



Sherif Elatafy

La responsabilité des centres d'arbitrage

ELATAFY Sherif. *La responsabilité des centres d'arbitrage*, sous la direction de Cyril Nourissat. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2016.

Disponible sur : www.theses.fr/2016LYSE3013



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2016LYSE3013

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

opérée au sein de
l'Université Jean Moulin-Lyon III

École Doctorale N° ED492
École Doctorale de Droit

Discipline de doctorat : Droit
Spécialité : mention droit international privé

Soutenue publiquement à 14h30 le 23/5/2016, par
Sherif ELATAFY

LA RESPONSABILITÉ DES CENTRES D'ARBITRAGE

Devant le jury composé de :

M. Ali BENCHENEB, Professeur émérite de l'Université de Bourgogne, Ancien Recteur d'Académie

M. Emmanuel JOLIVET, Professeur associé à l'Université de Versailles, Conseiller général, Chambre de commerce internationale (rapporteur)

M. Malik LAZOUZI, Professeur des universités, Université Jean Moulin – Lyon III

M. Denis MOURALIS, Professeur des universités, Université d'Aix Marseille (rapporteur)

M. Cyril NOURISSAT, Professeur des universités, Université Jean Moulin – Lyon III, Ancien Recteur d'Académie (directeur de recherches)

L'Université de Lyon 3 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

« With every action there's an equal opposite reaction, with every problem there's a solution just a matter of taking action »

Albert Einstein

*À mes parents, Alaa et Soheir, sans lesquels
rien de tout cela ne serait*

À mon frère Adham

*À mes chers professeurs en Égypte messieurs
Hassan Abdelhamid et Khaled Hamdi*

*À la Faculté de Droit, Université d'Ain
Shams, Égypte*

Remerciements

M Je remercie toutes les personnes formidables qui m'ont entouré, chacune à leur façon, et ce, à différentes étapes de mon cheminement, contribué, d'une manière ou d'une autre, à la réalisation de cette thèse de doctorat.

Mes remerciements vont d'abord à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Cyril NOURISSAT, qui, malgré ses nombreuses occupations, a accepté de prendre la direction de cette thèse. Je le remercie de m'avoir assuré un encadrement rigoureux tout au long de ces années, tout en me donnant toutefois la possibilité de trouver par moi-même mon cheminement personnel et en général de la confiance qu'il a su garder en ma capacité à rendre ce projet à terme. Je lui suis également reconnaissant pour ses précieux conseils et son soutien sans faille qui n'était pas limité à ma thèse, mais également à mes autres projets personnels comme faire L.L.M à Duke Law School et passer le barreau de New York. Il m'a toujours accordé généreusement le temps nécessaire pour partager avec moi ses idées et me faire plusieurs lettres de recommandation pour assister l'Arbitration Academy à Paris et le L.L.M à Duke. J'ai particulièrement apprécié sa très grande ouverture face à mes conditions personnelles. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je souhaite aussi remercier les membres du jury, MM. Denis MOURALIS, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Emmanuel JOLIVET, Conseiller Général Cour internationale d'arbitrage, Ali BENCHENEB, Professeur à l'Université de Bourgogne, Maalik LAAZOUZI, Professeur à l'Université Jean Moulin-LyonIII, qui ont accepté de faire partie du jury de ma thèse et pour leur disponibilité.

Je suis aussi redevable à la contribution de Madame Muriel DURRLEMAN pour la part certaine qu'elle a jouée dans la réalisation de cette thèse. Je suis reconnaissant pour ses conseils académiques ainsi que personnels. Je suis grandement reconnaissant au Monsieur Georges PEYRARD pour sa lecture soignée et ses commentaires judicieux, lesquels m'ont permis de raffiner davantage certains points de l'analyse et de l'interprétation de mes données.

Je suis reconnaissant aussi pour la contribution de Monsieur Clément BRAVARD qui a accepté avec beaucoup d'ouverture de

consacrer plusieurs de ses précieuses heures pour lire et donner son avis sur certaines parties de thèse. J'apprécie aussi les conseils généraux qu'il m'a offerts pendant tout mon séjour en France. Un clin d'œil de connivence à Monsieur Hatem ELABD pour l'aide qu'il m'a apportée dans la mise en forme de cette thèse.

Mes remerciements vont aussi au regretté Gérard DELABRE qui a offert à tous les étudiants égyptiens sans exception de plusieurs services personnels ainsi que professionnels qu'on reconnaît tous jusqu'à aujourd'hui.

J'adresse des remerciements à mon père, Alaa ELATIFY, qui m'a constamment encouragé et soutenu moralement et financièrement tout au long de ces années. Les mots me manquent pour remercier ma mère, Soheir SOROUR, pour ses soutiens moral et psychologique indispensables pour maintenir ce projet à flot au travers des aléas de la vie et pour avoir cru en mes capacités intellectuelles depuis toujours. Je ne saurai passer sous silence l'apport inestimable de mon frère qui m'a soutenu de près pendant son séjour en France. Je suis particulièrement reconnaissant de son soutien pendant l'opération que j'ai eue au genou malgré son occupation par ses études en Master 2.

Je ne saurais terminer sans souligner le soutien amical et chaleureux de mes copines et copains de tous les jours qui m'ont soutenu durant ce parcours doctoral. Je m'abstiens de les nommer tellement la liste est longue.

Liste des principales abréviations

Abréviation	Terme
A.A.A.	American Arbitration Association
Adde	Ajouter
Al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
B.C. L. Rev	Boston College Law School Review
Berkeley J. Emp. & Lab. L	Berkley Journal of Employment and Labor law
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage
Bull. CIA de la C.C.I	Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
Cass. civ.	Arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Egy.	Arrêts de la Cour de cassation égyptienne
Cass. soc	Arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
CBOE	The Chicago Board Options Exchange
C.C.I.	Chambre de Commerce Internationale
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEJ	Cour européenne de justice
Cf.	Confer
Chron.	Chronique
C.I.A.	Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de commerce internationale
C.R.C.I.C.A.	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
Cir.	Circuit. Federal Court of Appeal
Comp. Law Yearb. Intern. Bus.	Comparative Law Yearbook of International Business
Contra	Contre avis
CPC	Code de procédure civile
CPR	Civil Procedure Rules
CPRPD	Civil Procedure Rules Practice Direction
Croat. Arbit. Yearb.	Croatian Arbitration Yearbook
D.	Dalloz
D.S.C.	District Court of South Carolina

Dir.	Direction
e.g.	exempli gratia, "À titre d'exemple".
éd.	Édition
et al.	et alii, et d'autres
etc.	et cætera, et les autres choses
Fasc.	Fascicule
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPJ	General Personal Jurisdiction. Compétence personnelle générale
I.C.D.R.	International Center for Dispute Resolution
I.R.	Information rapide
ibid.	Ibidem (au même endroit)
id.	idem (le même)
infra	Plus loin
J-CI	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur périodique
JDI	Journal du droit international (Clunet)
Journ. int.law	Journal of international law
L.C.I.A.	London Court of International Arbitration
LPA	Petites affiches (Les)
Mass.	Massachusetts Supreme Judicial Court
Mich. Ct. App.	Michigan Court of Appeals
Minn.	Minnesota Supreme Court
N.D.Cal.	District Court of Northern California
N.Y.	New York Court of Appeals
NYSE	New York Stock Exchange
no, nos.	numéro, numéros
Obs.	Observation
ONG	Organisation Non Gouvernementale
Op.cit.	Dans l'ouvrage cité
Ord. réf.	ordonnance en référé
P.	Page
P.U.F.	Presses Universitaires de France
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RGDA	Revue générale du droit des assurances
Rec.	Recueil
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. sc. morales et pol	Revue sciences morales et politiques
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
S. Ct.	Supreme Court of the United States

S.D.N.Y.	District Court of Southern New York
SPJ	Specific Personal Jurisdiction. Compétence personnelle spécifique
spéc.	spécialement
supra	Plus haut
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
U.S.	Supreme Court of the United States
V.	Voir
Vol.	Volume
Yearb. Comm. Arb.	Yearbook commercial arbitration

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DES FONCTIONS CONTRACTUELLES DES CENTRES D'ARBITRAGE

Titre I : L'origine contractuelle des fonctions des centres d'arbitrage

Chapitre 1 : Le régime juridique des contrats impliquant les centres d'arbitrage

Chapitre 2 : Les effets de l'origine contractuelle des fonctions des centres d'arbitrage

Titre II : La dualité des fonctions des centres d'arbitrage

Chapitre 1 : La constatation de la fonction administrative

Chapitre 2 : La constatation de la fonction juridictionnelle résultant des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage

SECONDE PARTIE : Le RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DES CENTRES D'ARBITRAGE

Titre I : L'insuffisance du régime actuel de la responsabilité des centres de l'arbitrage

Chapitre 1 : La mise en action de la responsabilité des centres d'arbitrage.

Chapitre 2 : Les régimes actuels de la responsabilité des centres d'arbitrage.

Titre II : Le nécessaire encadrement de la responsabilité des centres d'arbitrage dans l'amplitude des fonctions dualistes des centres d'arbitrage : La dualité de la responsabilité des centres

Chapitre 1 : La responsabilité du droit commun pour la fonction administrative : La responsabilité civile du prestataire de service

Chapitre 2 : La protection conventionnelle pour la fonction juridictionnelle : La responsabilité limitée du prestataire d'un service juridictionnel

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

La recherche d'un responsable est un réflexe naturel dans notre société, lorsqu'une personne n'est pas satisfaite du service rendu. Après la mise en cause de la responsabilité des juges puis des arbitres, il n'est pas surprenant que celle des centres d'arbitrage le soit à son tour. C'est l'évolution générale des relations sociales.

La mise en cause de la responsabilité des centres d'arbitrage est la dernière façon de contester la sentence arbitrale de façon contournée. Historiquement, les parties à l'arbitrage avaient toute latitude pour attaquer la sentence arbitrale en engageant un recours, sur le fond ainsi que sur la forme, devant les juridictions étatiques.

Pour éviter la confusion née de l'utilisation du terme « parties » qui désigne alternativement les parties aux litiges et les parties au contrat de direction d'arbitrage, on choisit d'appeler dans la suite de notre développement, les parties à la convention d'arbitrage, les litigants, et les parties au contrat d'arbitre, contrat de direction de l'arbitrage ou contrat de collaboration arbitrale, « les parties ».

Etant donné l'inconvénient de ce système de recours illimité, qui s'opposait directement à l'esprit du commerce international et au but de l'arbitrage de faciliter et simplifier la résolution des litiges commerciaux, la communauté commerciale internationale a limité les voies de recours contre une sentence arbitrale en adoptant la convention de New York de 1958¹. La convention a pour objet de prévoir, exclusivement, les conditions dans lesquelles la reconnaissance et l'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger peuvent être obtenus dans la juridiction saisie².

¹ La Convention de New York du 10 juin 1958 sur « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ».

² La Convention de New York du 10 juin 1958,

Art. I « 1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par «sentences arbitrales» non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises. »

Art. V « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle

L'intégration des dispositions de la convention de New York dans les législations nationales des pays membres à la convention a donné au but de la convention sa pleine efficacité, à savoir la limitation des voies de recours contre les sentences arbitrales étrangères.

Néanmoins, les tentatives de remise en cause des sentences arbitrales, même de façon contournée, n'ont pas arrêté. Grâce à la créativité notable des juristes en matière d'arbitrage commercial, les litigants se sont retournés contre ceux qui rendent la sentence au lieu d'attaquer directement la sentence arbitrale rendue. Ils ont tenté d'engager la responsabilité des arbitres pour pallier la limitation introduite par la Convention de New York aux recours contre la sentence arbitrale. Mais, cette tentative est restée vaine en raison de l'immunité des arbitres reconnue dans presque tous les systèmes juridiques, malgré une portée différente de l'immunité qui varie d'un système juridique à l'autre.

Après avoir épuisé les tentatives de mettre en cause la responsabilité de ceux qui rendent la sentence arbitrale, à savoir les arbitres, les litigants ont tenté d'engager la responsabilité de ceux qui ont surveillé, dirigé et participé au rendu de la sentence, à savoir les centres d'arbitrage.

Bien que la responsabilité des centres d'arbitrage a été soulevée pour la première fois quelques années en arrière³, la question de la responsabilité des centres

les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b. Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c. Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d. Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

³ CA. Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *Rev. arb.*, 1985.141 ; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *Rev. arb.*, 1999.103; note E. Loquin, *JDI*, 1999.162; obs. M. -Cl., Rivier,

d'arbitrage est une nouvelle tendance en arbitrage. Ceci s'explique par le rôle important pris aujourd'hui par ces centres dans l'arbitrage international en raison de la croissance de crédibilité dont bénéficie « l'arbitrage institutionnel » vis-à-vis de l'arbitrage *ad hoc*⁴. « L'arbitrage institutionnel » est un type d'arbitrage, opposé à l'arbitrage *ad hoc*, dans lequel les litigants confient à tiers, un centre d'arbitrage, la mission d'organiser l'arbitrage⁵.

Pour les besoins de la présente étude, il convient d'indiquer que pour éviter la confusion née de l'utilisation du terme « institution d'arbitrage », qui désigne alternativement les personnes morales qui dirigent la procédure arbitrale, on choisit de les appeler « centres d'arbitrage », et on laisse le terme « institution d'arbitrage » pour désigner la procédure juridique par laquelle le litige des litigants est résolu.

« L'institution d'arbitrage » signifie, en particulier dans la cadre de notre étude, « l'institution par laquelle les parties [litigants] confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leur litiges »⁶. Cependant, la personne morale à laquelle les litigants confient la responsabilité de diriger l'arbitrage⁷ est appelée « Centre d'arbitrage » et non institution d'arbitrage. Cette personne morale a plusieurs dénominations qui sont synonymes. Elle est appelée, institution d'arbitrage, institution permanente d'arbitrage, ou centre d'arbitrage.

Un grand nombre des centres d'arbitrage sont d'origine corporative, créés à l'initiative d'une corporation ou d'un syndicat professionnel. Ils dirigent les procédures arbitrales au sein d'une profession ou d'une activité économique spécifique. Il existe des centres d'arbitrage à vocation générale et d'autres à compétence spécialisée. On se contente dans notre étude d'inclure les centres

RGDP, 1999.407 ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIVa, 1999.287; obs. Ch. Imhoos, *RDAL*, 1999.480 ; *Gaz. Pal.* 9-11 janv. 2000, p.60 ; Cass. Civ. 1^e, 20 fev. 2001, note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2001.511, spéc. n^o4, p. 514 ; M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *Fordham International Law Journal*, vol. 26, Issue 6, 2002, Article 9, p. 1824, spéc. p. 1867 ; CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2010.321 ; *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (N.Y. 1973) ; *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121(S.D.N.Y. 1989) ; *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982) ; *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F.Supp.2d 442 (S.D.N.Y. 2008).

⁴ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *Rev. arb.*, 1987.225, spéc. p. 226.

⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », *éd. Litec*, 1996, p. 36 et s.

⁶ M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », 2^{ème} éd., *GLN éd. Joly*, 1990, p. 5

⁷ Ils sont définis par le Code de procédure civil français, Art. 1452, 1453, 1454 et 1456. Aussi cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 11 et s.

d'arbitrage à vocation générale. En effet, les règlements des centres d'arbitrage à compétence spécialisée comportent des dispositions spécifiques à l'activité professionnelle concernée rendant la question de la responsabilité des centres d'arbitrage, en générale, plus difficile à aborder.

Compte tenu de l'aspect à la fois comparatif et international de notre étude, on choisit d'étudier certains centres d'arbitrage à vocation générale ayant une influence et une importance remarquable dans les régions où ils sont implantés. La Chambre de Commerce Internationale ("C.C.I.") et London Court of International Arbitration ("L.C.I.A.") jouent un rôle extrêmement important dans le milieu d'arbitrage commercial international en Europe et au Moyen Orient. Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration ("C.R.C.I.C.A.") joue également un rôle significatif au Moyen Orient, surtout concernant les affaires d'arbitrage dirigées en arabe. Par ailleurs, American Arbitration Association ("A.A.A.") prend une place importante pour les affaires d'arbitrage rendues en l'Amérique du nord. Certes, d'autres centres d'arbitrage jouent un rôle très important dans le milieu d'arbitrage en Extrême Orient⁸ et en Amérique latine, mais la barrière de la langue et le volume de notre étude sont les deux raisons principales de l'exclusion des centres d'arbitrage jouant un rôle significatif dans ces endroits du monde.

L'appellation « Cour d'arbitrage, Centre, Collège, Institut, Association, etc. » peut ainsi correspondre à la seule dénomination commerciale utilisée pour promouvoir l'activité d'une personne, comme elle peut aussi renvoyer au nom d'une personne morale dûment constituée et enregistrée selon les lois applicables à la forme sociétaire retenue : société commerciale, association reconnue d'intérêt public ou non, ou organisation internationale⁹.

Le statut d'un centre d'arbitrage et sa structure n'est pas clairement précis. Il est possible d'obtenir quelques informations afférentes à la structure des centres et leurs organes. Les statuts et les règlements des centres d'arbitrage prévoient parfois la mise en place de plusieurs organes distincts avec une répartition déterminée des tâches. Le plus souvent, dans cette hypothèse, coexistent un "organe de contrôle" et un "organe de surveillance et organisation".

⁸ A titre d'exemple la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international, « China International Economic and Trade Arbitration Commission » ("CIETAC").

⁹ E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *RGDA*, 1 janv. 2012, n° 2012-01, p. 216.

L'organe de contrôle : il s'agit de l'organe saisi pour trancher les incidents procéduraux comme les incidents de récusation des arbitres, de désignation des arbitres, l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage et l'examen du projet de la sentence. Cet organe de contrôle assure aussi le bon déroulement de l'instance arbitrale en veillant aux prorogations de délais¹⁰.

L'organe de surveillance et d'organisation : il s'agit de l'organe chargé non seulement des tâches matérielles d'organisation, mais aussi d'assurer la communication des pièces, et donc de veiller au respect du principe du contradictoire. Cet organe prend souvent la forme d'un secrétariat. Cependant, ces organes, l'organe de contrôle et l'organe de surveillance et d'organisation, n'ont pas de personnalité juridique indépendante des centres d'arbitrage.

Les "organes de contrôle" prennent souvent la forme d'une filiale des centres ; parfois appelée Cour d'arbitrage¹¹ ou administrateur d'arbitrage¹² ou même conseil consultatif¹³. Ils se constituent des personnes élues ou nommées pour superviser le travail du personnel administratif *stricto sensu* ou techniques, salariés ou consultants, du centre. Il est aussi l'organe saisi pour trancher les questions procédurales, par exemple la récusation d'un arbitre¹⁴.

La seule lecture d'un règlement d'arbitrage est insuffisante pour apprécier le sérieux d'un centre d'arbitrage et le statut de ses collaborateurs. Or, on tentera de l'identifier dans notre étude en se fondant sur les décisions judiciaires de différents systèmes juridiques et les commentaires de doctrine sur ces décisions.

❖ La Chambre de Commerce Internationale ("C.C.I.")

La C.C.I. repose sur un système structurel dont la compétence est partagée entre de la Cour internationale d'arbitrage et les comités nationaux. Certes, la Cour internationale d'arbitrage (C.I.A.) est l'organe chargé, en principe, de la constitution du tribunal arbitral et de surmonter les incidents procéduraux, néanmoins, les comités nationaux jouent également un rôle important dans l'organisation d'un arbitrage C.C.I.

¹⁰ Cf. E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.* ; E. Loquin « Arbitrage. Institutions d'arbitrage » J.- Cl pr. civ., Fasc. 1002, 10 oct. 2012, spéc. n° 36.

¹¹ e.g. la C.C.I. et la L.C.I.A. Court.

¹² e.g. l'A.A.A..

¹³ e.g. le C.R.C.I.C.A.

¹⁴ E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.* p. 216.

La Cour d'appel de Paris a indiqué que « *la C.C.I., organisation gouvernementale reconnue par l'ONU, est responsable des actes d'administration de la Cour internationale d'arbitrage, la C.C.I. étant seule à disposer de la personnalité juridique* »¹⁵.

Ainsi, la Cour internationale d'arbitrage ("C.I.A.") est l'organe de contrôle de la C.C.I. La Cour d'arbitrage est un organe permanent de la C.C.I. Bien qu'elle soit indépendante de la C.C.I., elle n'est pas autonome dès lors qu'elle n'a pas de personnalité juridique autonome. Cette Cour est chargée, en principe, de rendre les décisions institutionnelles. Elle est compétente pour statuer sur tous les incidents procéduraux réservés à la C.C.I. conformément à son règlement.

Bien que le siège de la C.C.I. soit à Paris, elle se présente comme « *l'organisation mondiale des milieux d'affaires* »¹⁶. A cette fin, les statuts de la C.C.I. permettent à ses membres d'établir un comité national affilié à la C.C.I. L'ensemble de ces comités nationaux constitue la C.C.I. dont le siège est situé à Paris sous le nom de "Secrétariat International".

Ces comités nationaux représentent les principaux secteurs de l'activité économique de leurs pays¹⁷. Ils peuvent varier en forme, cependant, le système économique des pays de ces comités doit être conforme aux objectifs de la C.C.I. Ils entretiennent des rapports particuliers avec l'ensemble de l'institution de la C.C.I.

Un tel comité national :

« a. agit en tant qu'organe permanent de liaison entre le Secrétariat International et les membres de la C.C.I. dans son pays, notamment en les représentant auprès de la C.C.I., particulièrement en ce qui concerne la tenue des réunions du Conseil Mondial et leur représentation à celles-ci; b.

¹⁵ CA Paris, 15 sept. 1998, (Sté Cubic), note P. Lalive, *Rev. arb.* 1999.103 ; note E. Loquin, *JDI*, 1999, p. 162. En ce sens cf. TGI Paris, 10 oct. 2007, note Ch. Jarosson, *Rev. arb.*, 2007.851 ; note E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *Chron. de droit d'arbitrage, LPA*, 25 mars 2008, n°5, p. 30; note Th. Clay, *JDI*, n°2, avril 2009, comm. 12. Th. Clay, « La responsabilité civile du centre d'arbitrage », *D.*, 2007, p. 2916. CA Paris, 22 janv. 2009, note Ch. Jarosson, *Rev. arb.*, 2010.321. Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *Cahiers d'arbitrage*, 1 janv. 2010, n° 1, p. 219, spéc. p. 221.

¹⁶ CA Paris, 4 mai 1998 (Rép. de Guinée), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657. Aussi, sur cette institution cf. W.L. W.W. Park et J. Paulsson, « International Chamber of Commerce Arbitration », 3^{ème} éd., *Oceana Publications*, 2000, spéc. Part I, p. 17 et s.

¹⁷ Statuts de la Chambre de Commerce Internationale, Art. 3

poursuit des activités dont l'objet est de faire connaître le rôle de la C.C.I. en général, et ce, s'il y a lieu, en liaison avec le Secrétariat International; c. œuvre de façon à mobiliser, formuler et défendre l'opinion des milieux économiques de son pays sur les questions traitées par la C.C.I.... »¹⁸.

Compte tenu du rôle de représentation, les comités nationaux sont appelés à représenter la C.C.I. dans un arbitrage ayant lieu dans leur pays. L'objectif de ces comités dans un arbitrage peut être résumée à :

«- Soutenir et promouvoir activement les services ICC de règlement des différends et en particulier l'arbitrage d'ICC. Le comité national proposera des arbitres, des tiers et des experts qualifiés quand les différends services de règlement d'ICC le lui demanderont. Le choix des arbitres/tiers/experts doit se faire indépendamment des membres, et les décisions finales quant à leur proposition et à leur choix sont prises par la Cour, ou par un autre organe concerné des services ICC de règlement des différends.

- Ne pas créer de confusion avec les règlements d'ICC pour la résolution des différends (tels que Règlement d'arbitrage d'ICC, Règlement d'expertise d'ICC, Règlement ADR d'ICC, etc.) en adoptant des règlements locaux copiant ou adaptant ces règlements d'ICC ».¹⁹

Néanmoins, à la différence de la C.I.A., les comités nationaux sont indépendants de la C.C.I. Les statuts de la C.C.I. précisent les obligations des

¹⁸ *ibid.*, Art. 3.4

¹⁹ V. l'exemplaire de la Charte entre ICC et le comité national, Obligations du comité national envers ICC; Cf. J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », Thèse Paris I, (dir.) Y. Guyon, 1994, p. 130 et s.

comités et leur objectif. Pour autant, les comités sont régis selon les législations des pays où ils sont localisés.

La C.C.I. est une association régie par la loi française et dispose de la personnalité juridique. Elle doit répondre de toute violation éventuelle de son règlement par la Cour internationale d'arbitrage. Ainsi, « les obligations mises à la charge de la Cour internationale d'arbitrage engagent juridiquement la C.C.I. ». Toute action engagée contre la Cour internationale d'arbitrage ou le secrétariat concerne donc en réalité la C.C.I. elle-même²⁰. En revanche, toute action engagée contre les comités nationaux ne concerne pas la C.C.I. D'ailleurs, il convient de souligner qu'il n'est pas concevable d'engager une action contre un comité national en raison d'un arbitrage parce que le comité n'est qu'un représentant et, c'est la Cour internationale d'arbitrage qui prend toutes les décisions qui pourraient affecter la procédure arbitrale.

❖ **London Court of international arbitration ("L.C.I.A.")**

« Pendant longtemps, l'arbitrage de la L.C.I.A. fut considéré comme un arbitrage à Londres et non comme un arbitrage de la L.C.I.A. »²¹. Cela explique l'influence remarquable de la loi anglaise de l'arbitrage sur les dispositions du règlement de la L.C.I.A.

La L.C.I.A. a été enregistrée en 1986 comme une « company limited by guarantee », une société à but non lucratif²². Elle se constitue de trois organes, la « Company », la « Arbitration Court » et le « Secrétariat ».

Le directeur général de la L.C.I.A. a le même rôle qu'un président-directeur général d'une entreprise. Il est chargé de gérer les affaires quotidiennes de la L.C.I.A. Il est également le point de contact entre l'entreprise, son conseil d'administration et de la Cour d'arbitrage

Le conseil d'administration de la L.C.I.A. est composé en grande partie de praticiens de l'arbitrage. Il est principalement concerné par le développement de l'activité de la L.C.I.A. Il n'a pas de rôle actif dans l'administration d'arbitrage. Cela appartient à la Cour d'arbitrage. En revanche, le conseil d'administration de la L.C.I.A. nomme les membres de la Cour d'arbitrage.

²⁰ CA Paris, 15 sept. 1998, (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.* ; note E. Loquin, *op. cit.* Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 221.

²¹ J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 141.

La Cour d'arbitrage de la L.C.I.A. est dotée d'un président, de trois vice-présidents et d'un maximum de trente-cinq membres, ainsi que les anciens présidents. Les membres sont choisis très attentivement pour permettre d'obtenir un juste équilibre de compétences entre ces habituées du commerce international.

Bien que la Cour se réunit régulièrement en séance plénière, la plupart de ses attributions sont effectuées, en son nom, par le Président, un vice-président, un vice-président honoraire, un ancien vice-président ou par une commission des 3 ou 5 membres de la Cour L.C.I.A. La Cour d'arbitrage de la L.C.I.A. est compétente pour rendre des décisions institutionnelles sur les incidents arbitraux et assurer l'application du règlement de la L.C.I.A.

Enfin, Le Secrétariat de la L.C.I.A., dirigé par le « Registrar », est chargé du traitement des dossiers du secrétariat. Il est responsable de l'administration de tous les différends introduits devant la L.C.I.A. au jour le jour.

❖ **American Arbitration Association ("A.A.A.")**

Il s'agit d'une association de « service public », à but non lucratif, qui offre une vaste gamme de service de règlement des différends, aux dirigeants d'entreprises, avocats, particuliers, associations commerciales, entreprises, mais aussi aux consommateurs, familles, communautés, et au gouvernement américain.

Il convient d'indiquer que l'International Center for Dispute Resolution ("I.C.D.R.") est la filiale de l'A.A.A. qui est exclusivement compétente pour l'administration de tous les arbitrages internationaux de l' A.A.A.²³. Par conséquent, le règlement d'arbitrage de l'I.C.D.R. est identique à l'A.A.A.²⁴, et pour cette raison on se réfère à ces deux règlements dans l'ensemble de notre étude.

L' "Administrator" est l'organe de contrôle de l'A.A.A. qui est compétente pour diriger et organiser l'instance arbitrale. Il est l'autorité équivalente à la C.I.A. de la C.C.I. et à la Cour d'arbitrage de la L.C.I.A.

Le règlement de la A.A.A. confère à l' "Administrator" des pouvoirs similaires à ce genre d'autorité. A la différence de la C.C.I., l'A.A.A. n'a pas de comités nationaux pour la représenter. En revanche, elle autorise qu'un arbitrage sous ses auspices puisse se faire en coopération avec d'autres centres d'arbitrage si

²² *ibid.*, p. 145.

²³ Règlement du 1 juin 2014 de l'I.C.D.R.

²⁴ Règlement d'arbitrage de l'I.C.D.R., Art. 1.

cela s'avérerait nécessaire. A titre d'exemple, l'I.C.D.R. est un "Administrator" de l'A.A.A.²⁵.

❖ **Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration ("C.R.C.I.C.A.")**

"L'organisation Consultative Juridique Afro-Asiatique"²⁶ a décidé en 1978, lors de la séance plénière à Doha, d'établir un centre régional qui dirigerait l'arbitrage commercial international en Afrique et en Asie. Elle a conclu, avec le gouvernement égyptien en 1979, une convention internationale constituant le centre régional d'arbitrage commercial international du Caire. Par ailleurs, selon l'accord de siège conclu en décembre 1987 entre le gouvernement égyptien et *l'Organisation Consultative Juridique Afro-Asiatique*, le statut d'organisation internationale a été reconnu au C.R.C.I.C.A.²⁷.

Le comité consultatif, "Advisory committee", est l'organe de contrôle du C.R.C.I.C.A.. Il se compose d'un président, de deux vice-présidents et de douze membres nommés par le directeur du Centre parmi les membres du conseil d'administration du centre et d'éminents praticiens de l'arbitrage et du commerce international. Le comité consultatif est compétent pour rendre des décisions

²⁵ Règlement de l'I.C.D.R., Art. 1.1

²⁶ Cette organisation, créé en 1956 à l'issue de la Conférence de Bandung, qui a eu lieu en 1955 à Bandung, en Indonésie, est siégee à New Delhi, Inde. Il était précédemment connu comme le Comité consultatif juridique afro-asiatique ("Comité consultatif") jusqu'en Juin 2001, où son nom a été changé à l'Organisation consultative juridique afro-asiatique ("AALCO"). AALCO ont actuellement quarante-sept pays membres, comprenant presque tous les grands États d'Asie et d'Afrique. Ces États sont: la République arabe d'Égypte; Bahreïn; Bangladesh; Brunei Darussalam; Botswana; Cameroun; Chypre; République populaire démocratique de Corée; Gambie; Ghana; Inde; Indonésie; Irak; République islamique d'Iran; Japon; Jordanie; Kenya; Koweït; Liban; Libye; Malaisie; Maurice; Mongolie; Myanmar; Népal; Nigeria; Oman; Pakistan; République populaire de Chine; Qatar; République de Corée; Arabie Saoudite; Sierra Leone; Sénégal; Singapour; Somalie; Afrique du Sud, le Sri Lanka; Palestine; Soudan; Syrie; Tanzanie; Thaïlande; Turquie; Ouganda; Émirats arabes unis; et la République du Yémen.

²⁷ Voir l'introduction du règlement du centre régional d'arbitrage commercial international du Caire version du 1^{er} mars 2011, www.crcica.org.eg

1. « The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (the "C.R.C.I.C.A." or the "Centre") is an independent non-profit international organization established in 1979 under the auspices of the Asian African Legal Consultative Organization ("AALCO"), in pursuance of AALCO's decision taken at the Doha Session in 1978 to establish regional centres for international commercial arbitration in Asia and Africa.

2. In 1979, an agreement was concluded between AALCO and the Egyptian Government for the establishment of C.R.C.I.C.A. for an experimental period of three years. In 1983, another agreement was concluded between AALCO and the Egyptian Government granting permanent status to C.R.C.I.C.A..

3. Pursuant to the Headquarters Agreement concluded in December 1987 between AALCO and the Egyptian Government, C.R.C.I.C.A.'s status as an international organization was recognized

institutionnelles sur les incidences arbitrales et assurer l'application du règlement du C.R.C.I.C.A.²⁸.

L'intervention d'un centre d'arbitrage au procès arbitral est une garantie supplémentaire pour surveiller et assurer la validité de la procédure arbitrale. Il permet aussi de mieux régler le problème de la gestion des coûts. Malgré sa flexibilité, l'arbitrage *ad hoc*, souffre de sa dépendance à la bonne volonté des parties et de son incapacité à résoudre certains problèmes ou situations, ce qui peut en ruiner l'efficacité.

and the Centre and its branches were endowed with all necessary privileges and immunities ensuring their independent functioning. »

²⁸ V. le règlement intérieur du comité consultatif « *By-laws Advisory Committee of the Centre*, Art. 3 :

1. The Advisory Committee shall carry out the functions provided for in the Centre's Arbitration Rules in force as from 1 March 2011 ("the Rules") as well as any other functions that may be referred to in the Centre's future Arbitration Rules, particularly the following:

a. Providing advice with respect to the Centre's decision not to proceed with arbitral proceedings, according to Art. 6 of the Rules;

b. Providing advice with respect to the Centre's decision to reject the appointment of arbitrators according to Art. 8(5) of the Rules;

c. Deciding on the removal of arbitrators according to Art. 12 of the Rules via an impartial and independent tripartite ad hoc committee to be composed by the Centre from among the members of the Advisory Committee without disclosing their names to the parties. The decision shall be made by the majority of votes of the members of the ad hoc Committee without giving reasons and shall be both final and unchallengeable;

d. Deciding on the challenge of arbitrators according to Art. 13(6) of the Rules via an impartial and independent tripartite ad hoc committee to be composed by the Centre from among the members of the Advisory Committee without disclosing their names to the parties. The decision shall be made by the majority of votes of the members of the ad hoc committee without giving reasons and shall be both final and unchallengeable;

e. Providing advice with respect to the Centre's decision to deprive any party of its right to appoint a substitute arbitrator according to Art. 14(2) of the Rules; and

f. Providing advice with respect to the Centre's determination, according to Art. 45(12) of the Rules, of the fees of the arbitral tribunal at a figure higher or lower than that which would result from the application of the tables of fees annexed to the Rules.

2. The Advisory Committee may delegate some of its functions to the Director of the Centre for making the necessary decisions, particularly with respect to the decision not to proceed with arbitral proceedings in accordance with Art. 6 of the Rules and the determination, according to Art. 45(12) of the Rules, of the fees of the arbitral tribunal at a figure higher or lower than that which would result from the application of the tables of fees annexed to the Rules. The Director of the Centre shall present a report to the Advisory Committee on the procedures taken or the decisions made according to the delegated functions.

3. The Director of the Centre may particularly consult with the Advisory Committee regarding the following matters:

a. Reviewing the potential proposals regarding the amendment of the Arbitration, Mediation and other Alternative Dispute Resolution (ADR) Rules and procedures under the auspices of the Centre, including the revision of arbitrators' fees, in light of the practical application of these rules as well as the proposed amendments of the UNCITRAL Rules;

b. Reviewing the nature and themes of the activities carried out by the Centre such as conferences and training programs;

c. Reviewing the cooperation agreements which are concluded by the Centre and its branches;

d. Reviewing the matters that may be proposed by the members of the Advisory Committee;

e. Reviewing the matters that may be referred thereto by the Director of the Centre; and

f. Reviewing the matters that may be referred thereto by the Board of Trustees of the Centre. »

Aujourd'hui, l'arbitrage institutionnel est un phénomène très vivant pas seulement en France, mais dans le monde entier. Une étude statistique publiée en 2008 montre que 76% des personnes préfèrent que leurs sociétés aient recours à l'arbitrage institutionnel plutôt qu'à l'arbitrage *ad hoc*²⁹.

❖ **A quoi sert un centre d'arbitrage ?**

Un centre d'arbitrage est tenu en principe de diriger la procédure arbitrale. En ce sens, il applique simultanément une fonction administrative et juridictionnelle, même si tous les obligations et pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage, afin de diriger l'arbitrage sont, bien entendu, d'origine contractuelle. Cette origine contractuelle des fonctions des centres est cohérente avec l'origine, contractuelle aussi, de l'in d'arbitrage qui est la rencontre de deux volontés, ou plus, qui s'est manifestée sous la forme d'une clause compromissoire ou compromis parfois appelée la convention d'arbitrage³⁰. Il convient d'indiquer que notre étude se concentre sur la clause compromissoire qui est une convention, stipulée par les litigants, par laquelle ils s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement au contrat principal³¹. Le contrat principal est le contrat de fond qui définit les obligations substantielles des litigants et comporte la convention d'arbitrage convenue par les litigants en forme d'une stipulation du contrat.

La convention d'arbitrage ne vise qu'à retirer le litige à la compétence d'une juridiction étatique. Ainsi, l'accord sur l'arbitrage, comme mode alternatif pour résoudre les litiges éventuels, n'implique pas forcément la désignation d'un arbitre ni la désignation du centre³². La désignation de chacun est une autre procédure résultant d'un accord différent.

A la différence de l'arbitrage *ad hoc*, l'entrée du centre dans le processus arbitral rend les relations juridiques plus compliquées. A la suite du choix des litigants du centre d'arbitrage dans leur convention d'arbitrage, le centre intervient entre l'arbitre et les litigants, ce qui donne naissance à deux relations juridiques dont une lie le centre aux litigants et l'autre le centre et l'arbitre.

²⁹ V. étude statistique sur l'arbitrage international, R. Naimark, I. Vaugon, *et al.*, « Dispute-Wise Business Management : Vers un management optimisé des litiges », *Fidal Direction Internationale / American Arbitration Association*, 2009, p. 15.

³⁰ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p.35.

³¹ Code de procédure civile français, Art. 1442.

En principe, dans un arbitrage institutionnel, la convention d'arbitrage représente une simple introduction à l'intervention du centre. Selon la définition du professeur Loquin, « *la convention d'arbitrage est la convention de procédure qui produit une restriction du droit d'action. Celle-ci ne pourra être exercée que devant la juridiction arbitrale. Elle est donc une modalité conventionnelle du droit d'action* »³³.

Bien que la désignation, faite par les litigants dans leur clause compromissoire, d'un centre d'arbitrage soit la première indication au centre, celui-ci n'est pas encore intervenu dans la procédure arbitrale. Le centre est lié aux litigants grâce au contrat de direction de l'arbitrage.

Par ailleurs, le centre d'arbitrage est lié aux arbitres par un contrat distingué qu'on appelle le contrat de collaboration arbitrale. Normalement, ce rapport contractuel n'est pas concevable en arbitrage *ad hoc*. Mais en raison de l'intervention du centre en tant que troisième acteur dans l'arbitrage institutionnel, ce rapport apparaît pour préciser les obligations réciproques entre l'arbitre et le centre, telles que mettre les arbitres en mesure d'exécuter leur mission et la non immixtion dans leur mission. Alors, les contrats de direction d'arbitrage et de collaboration arbitrale trouvent leur fondement juridique dans la convention d'arbitrage bien qu'ils soient indépendants.

Enfin, il convient d'indiquer que le contrat d'arbitre est celui qui relie d'un côté les litigants et de l'autre l'arbitre qui doit trancher le conflit. Cependant, il faut observer que le contrat d'arbitre ne lie qu'un seul arbitre aux litigants, ce qui implique qu'il y a autant de contrats d'arbitre que d'arbitres³⁴.

S'agissant de contrats civils, les conditions de validité et de formation des contrats de direction de l'arbitrage et de collaboration arbitrale sont bien entendu soumises aux règles de droit commun des contrats³⁵. Lorsqu'on analyse les conditions de la validité du contrat de direction de l'arbitrage, on met l'accent sur la condition du consentement des litigants. En particulier, on tente de préciser le moment de l'échange réciproque des consentements, entre le centre et les litigants,

³² *ibid.*, p.37

³³ V. E. Loquin, Loquin, « L'arbitrage du commerce international », *JOLY éd. Lextenso*, 2015, p. 117 ; Cf. en particulier, C. Legros, « L'arbitrage et les opérations à trois personnes », Thèse Rouen, 1999, spéc. n° 116 et s.

³⁴ Th. Clay, « L'arbitre », Nouvelle bibliothèque de thèses, *Dalloz*, 2001, p.473 et s.

qui est une question indispensable pour déterminer le moment à partir duquel la responsabilité contractuelle peut être mise en jeu.

La jurisprudence française affirme, depuis longtemps, que le règlement d'un centre d'arbitrage est qualifié d'offre à contracter, émise par le centre sans stipulation de délai³⁶.

Le juge français s'est fondé, dans l'affaire « SNF », sur la "théorie de l'émission" pour constater le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage. La Cour d'appel a jugé que le contrat est formé dès le moment où les litigants ont désigné le centre dans leur clause compromissoire³⁷.

Pourtant, plusieurs auteurs sont en faveur de la "théorie de réception". Selon eux, la version du règlement s'appliquant au litige est celui existant le jour du litige parce que le contrat serait formé le jour de la saisine du centre. Toujours selon cette théorie, la nature de l'arbitrage, des rapports contractuels de l'arbitrage, et du litige supposent l'application du règlement en vigueur le jour où le litige est survenu³⁸.

Cependant, il nous semble que la détermination du moment de la conclusion du contrat peut être résolue par la théorie du « contrat préparatoire »³⁹. Selon cette théorie, la simple référence au règlement du centre dans la convention d'arbitrage ne constitue pas une acceptation de l'offre permanente donnant lieu à la formation du contrat, mais elle fait naître une obligation à la charge du centre d'accepter sa désignation. Elle permet alors aux litigants de manifester leur volonté d'inclure les modifications survenant au règlement du centre désigné et en même temps elle assure le caractère irrévocable de l'offre fournie par le centre.

La validité du contrat de direction de l'arbitrage est également soumise à des conditions spécifiques induites par la spécificité des rapports contractuels en arbitrage, à savoir la validité préalablement constatée des autres contrats passés dans

³⁵ Cass. Civ. 1^e, 20 fev. 2001, note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2001.511

³⁶ TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *Rev. arb.*, 1997.417; obs Ch. Imhoos, *RDAL*, 1997.1044 ; et sur appel, rejeté : CA Paris, 15 sep. 1998, note P. Lalive, *op. cit.* ; note E. Loquin, *op. cit.* ; obs. M.-Cl Rivier, *op. cit.* ; *Yearb. Comm. Arb.* Vol. XXIVa, 1999.287; obs. Ch. Imhoos, *op. cit.* ; *Gaz. Pal.* 9-11 janv. 2000.60.

³⁷ CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2010.321

³⁸ Les favorables à l'application du règlement en vigueur au jour du litige : Ch. Jarrosson « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.381, spéc. n^o 13-24. ; E. Loquin, note sous CA Paris 15 sept. 1998 (Sté Cubic), *op. cit.*, p.181; note sous CA Paris, 1^{er} juin 1999 (Sté Tarom), *JDI* 2000.370, spéc. p.383 ; P. Plantey « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *JDI*, 1999, p. 731, spéc. p. 736.

le cadre d'arbitrage, comme le contrat principal⁴⁰, la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre.

Ainsi, on envisage d'aborder les rapports entre ces deux contrats et le contrat principal, la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Bien que les contrats d'arbitrage soient indépendants, la non-validité constatée de la convention d'arbitrage et, parfois dans certains cas, celle du contrat d'arbitre ont des effets négatifs sur l'existence des contrats de direction de l'arbitrage et de collaboration arbitrale. Si la convention d'arbitrage est jugée nulle ou inexistante, le contrat de direction de l'arbitrage l'est aussi par ricochet.

L'essence et la teneur des fonctions des centres d'arbitrage varie d'un centre à l'autre en fonction des dispositions de chaque règlement. Néanmoins, il y a des obligations qui ne changent pas d'un règlement à l'autre et qui sont à la charge de tous les centres sujets de notre étude. Il s'agit des obligations sans lesquelles le fonctionnement de la procédure arbitrale n'est pas concevable. De même, les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage, sujets de notre étude, sont similaires sauf le pouvoir d'approuver le projet de la sentence en la forme qui est un pouvoir spécifique à la C.C.I.

❖ **Quelles sont les obligations à la charge des centres d'arbitrage ?**

Les centres d'arbitrage sont normalement tenus par deux types d'obligations. En premier lieu, les obligations de comportement générales qui sont des obligations générales nées de n'importe quel lien contractuel, comme l'obligation d'agir en bonne foi avec diligence et de maintenir un comportement loyal et coopératif. En second lieu, les obligations spéciales nées à l'occasion de la conclusion des contrats de direction de l'arbitrage et de collaboration arbitrale, comme préserver la confidentialité, l'organisation de l'instance arbitrale ou plus précisément l'organisation matérielle de la procédure arbitrale, la perception et la réservation des frais de l'arbitrage, assurer un procès équitable et respecter les garanties fondamentales de bonne justice, être indépendant, exécuter l'obligation de révélation. Il convient d'indiquer que l'obligation de révélation incombe, en principe, aux arbitres dont les centres d'arbitrage doivent assurer le respect.

³⁹ En ce sens cf. CA Paris, 1^{er} juin 1999 (Sté Tarom), note E. Loquin, *JDI*, 2000.370, spéc. p.384

⁴⁰ C'est le contrat de fond qui définit les obligations substantielles des parties et comporte la convention d'arbitrage convenue par les parties en forme d'une stipulation du contrat.

Cependant, les centres d'arbitrage sont tenus également par l'obligation de révélation en raison des personnes physiques gérant l'organe de contrôle et agissant au nom du centre. Ces personnes physiques sont tenues de révéler tout ce qui serait susceptible de mettre en doute soit leur indépendance soit l'indépendance du centre dans l'administration du litige, surtout, lorsque le centre est invité à statuer sur une demande de récusation d'un arbitre⁴¹.

❖ **Quels sont les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage?**

Il convient d'indiquer qu'on n'entend pas par le terme "pouvoir" l'acception largement reconnue par la doctrine en droit privé comme les pouvoirs conférés au mandataire pour exécuter le contrat de mandat. En effet, le "pouvoir" est reconnu, en général, comme la capacité de faire quelque chose pour autrui ou de gérer les biens du mandant⁴². Néanmoins, dans notre étude, le terme "pouvoir" n'a pas cette signification qui s'oppose à notre développement qualifiant le contrat de direction de l'arbitrage en tant que contrat d'entreprise et non de mandat.

En effet, on entend, par le terme "pouvoir", une signification plus large que la seule gestion de biens pour autrui. Ce terme signifie l'ensemble des obligations à la charge des centres d'arbitrage qui se traduisent par la capacité de rendre des décisions institutionnelles sur la désignation du tribunal arbitral, de maintenir leur désignation et de prononcer leur récusation et leur remplacement le cas échéant ainsi que la capacité de vérifier *prima facie* l'opposabilité et la validité de la convention d'arbitrage. De surcroît, certains centres d'arbitrage, comme la C.C.I, se sont conférés la capacité d'approuver le projet de la sentence arbitrale avant que la sentence arbitrale soit définitivement rendue.

L'identification des contrats liant les centres d'arbitrage et l'inférence des obligations et pouvoirs en provenant nous permettent d'établir les fonctions exercées par les centres d'arbitrage. On regroupe cet ensemble des obligations et pouvoirs autour de deux axes, à savoir la fonction administrative et la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage.

⁴¹ V. *infra*, « § 3 : Exécuter l'obligation de révélation », p. 156

⁴² V. Code civil français., art. 1988; L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », 7^{ème} éd., 2014, p. 320 et s.

❖ **Quelles sont les fonctions des centres d'arbitrage ?**

Personne, en particulier dans les pays de tradition civile, ne peut ni nier ni contester la fonction administrative de la mission des centres. Il y a presque un consensus sur le caractère administratif de la mission des centres, pourtant ce sont les limites de ce caractère administratif qui créent une polémique. La reconnaissance de la fonction administrative de la mission des centres n'a pas posé de difficultés. On ne peut que partager l'avis de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire française qui est favorable à la fonction administrative.

En effet, l'obligation générale des centres est d'organiser et administrer l'arbitrage. La jurisprudence, la doctrine et les centres eux-mêmes ont reconnu le caractère administratif de leur mission dans leurs règlements. La majorité des règlements des centres d'arbitrage, constituant le rapport contractuel liant le centre aux autres acteurs, assure la fonction administrative du centre. Les dispositions du règlement fixent l'ensemble des devoirs et obligations constituant l'intégralité de la fonction administrative à la charge du centre pendant la procédure arbitrale.

A cet égard, il nous semble primordial de clarifier deux choses. En premier lieu, les décisions institutionnelles qui signifient les décisions relatives à un acte de police de l'instance arbitrale. Ce sont les décisions prises par les centres d'arbitrage lors de la direction ou l'organisation de l'instance arbitrale : la confirmation de la désignation d'un arbitre, la récusation ou le remplacement d'un arbitre, l'examen *prima facie* de la validité de la clause d'arbitrage, la prolongation de délai de l'arbitrage, la communication ou la production des documents, et l'approbation en forme du projet de la sentence.

En second lieu, la référence au terme « administratif » dans notre étude signifie que soit la décision en cause n'a pas de caractère juridictionnel soit la fonction en cause n'est pas juridictionnelle. Il ne faut pas le confondre alors avec la signification utilisée en droit public. En droit administratif, les publicistes distinguent les actes juridictionnels de ceux non juridictionnels en les divisant en deux catégories : les actes juridictionnels et les actes administratifs⁴³.

Pourtant, lorsqu'on parle ici, dans le contexte d'arbitrage international, de la distinction entre les actes administratifs et les actes juridictionnels, on ne se réfère

⁴³ Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *L.G.D.J.*, 1987, p. 30

pas à l'acte administratif au sens des publicistes puisque les centres d'arbitrage n'ont évidemment pas l'autorité pour prononcer des décisions administratives. Ces décisions sont réservées aux autorités publiques (personne de droit public) dont les centres d'arbitrage ne font bien entendu pas partie.

Les centres sont des personnes de droit privé, parfois des personnes internationales de droit public, mais en tout état de cause, ils sont dépourvus du pouvoir de rendre une décision administrative au sens strict du terme⁴⁴. Cela a été confirmé par le tribunal administratif de Paris lorsqu'il a dénié à la Chambre arbitrale de Paris *le caractère de service public*. Il a énoncé que « *la Chambre arbitrale de Paris, organisme constitué sous l'égide de l'Union des syndicats professionnels, ne tient ses pouvoirs de trancher les litiges que de la convention des parties ; les tribunaux arbitraux qu'elle constitue ne prononcent pas leurs décisions au nom du peuple français et n'exercent aucune mission de service public* »⁴⁵.

Ainsi, lorsqu'on parle des actes administratifs ou de la mission administrative des centres d'arbitrage, le terme « administratif » n'a pas la même signification qu'en droit administratif.

Cependant, bien qu'on souscrive à la position du droit français considérant que le centre exécute une fonction administrative, on n'arrive pas à la même conclusion parce que cette fonction administrative va de pair avec la fonction juridictionnelle. Il nous paraît fort contestable d'affirmer que les centres n'exécutent qu'une fonction administrative. On ne pense pas que la fonction des centres est absolument administrative. Ici se profile le différend avec la position française. On croit que, pendant la procédure arbitrale, le centre exécute, à côté de sa fonction administrative, une fonction incontestablement juridictionnelle.

L'obligation de diriger l'arbitrage mis en place par les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage, comme statuer sur les demandes de récusation des arbitres, l'examen *prima facie* de la validité de la convention de l'arbitrage et l'approbation du projet de la sentence, permettent aux centres de prononcer des décisions institutionnelles qui constituent effectivement des « actes juridictionnels ». A cela s'ajoute d'autres aspects de la fonction juridictionnelle développés.

⁴⁴ *ibid.*, p. 32;

⁴⁵ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 229

Alors, selon nous, la mission des centres est de nature duelle. Elle se compose de la fonction administrative, reconnue par le droit positif français, et de la fonction juridictionnelle compte tenu de l'objet de la mission qui implique de vraies décisions juridictionnelles.

D'ailleurs, la constatation de la dualité des fonctions des centres d'arbitrage nous permet de savoir si les centres agissent en tant qu'un mandataire ou prestataire de service. C'est une question très importante parce que le régime de la responsabilité applicable varie selon la qualification des missions des centres d'arbitrage.

Philippe Fouchard considérait le centre d'arbitrage comme un mandataire des litigants⁴⁶. Néanmoins, bien que l'arbitrage emprunte une partie de son régime au contrat de mandat, le régime du contrat de direction de l'arbitrage présente des différences telles avec le contrat de mandat que les deux contrats ne peuvent pas être totalement assimilés. A titre d'exemple, les centres ne sont pas tenus par l'obligation du mandataire de rendre des comptes au mandant de son activité (art. 1993 C. civ.). Normalement, les centres, selon leurs règlements, ne sont pas obligés de rendre des comptes.

D'ailleurs, le contrat de direction de l'arbitrage comporte des obligations certainement incompatibles avec celles du contrat de mandat. Le mandataire a pour rôle de représenter le mandant, alors que le centre a pour mission de diriger l'arbitrage. Il est vrai que le centre rend des services pour les litigants, mais ces services sont faits par le centre en son nom et pas au nom des litigants.

De surcroît, l'obligation qui concerne la pure gestion de la procédure arbitrale - comme fournir des lieux d'audience et des interprètes, assurer l'échange des écritures, s'occuper de la sténotypie des audiences, de la conservation de sentence, du versement des honoraires et frais- s'apparente plus à rendre un service, et ainsi un contrat d'entreprise⁴⁷, qu'à agir au nom d'autrui, et ainsi un contrat de mandat.

Au surplus, au contraire d'un mandataire classique, le centre n'agit certainement pas au nom des litigants, lorsqu'il rend des décisions institutionnelles

⁴⁶ CA Paris 4 mai 1988, TGI Paris 23 juin 1988, note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657, spec. 674 et s.

⁴⁷ L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 407 et s.

portant sur l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral, le maintien ou la récusation de l'arbitre ainsi que l'approbation du projet de la sentence. Un centre d'arbitrage est normalement capable d'imposer aux arbitres et aux litigants ses décisions institutionnelles auxquelles les litigants sont obligés de se soumettre. Un mandataire classique n'est pas capable d'imposer ses décisions à son mandant.

Compte tenu de cette incompatibilité avec le régime du contrat de mandat, il nous paraît que la qualification de contrat d'entreprise convient mieux au contrat de direction de l'arbitrage. Selon la définition prévue dans l'article 1710 du C. civ., un contrat d'entreprise est le contrat par lequel « *une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

Il convient d'indiquer que le contrat d'entreprise ne concerne pas seulement des actes matériels. Bien qu'il le fût initialement, le contrat d'entreprise a connu une *dématérialisation*⁴⁸ de son objet qui a permis de qualifier en contrat d'entreprise des activités de nature intellectuelle⁴⁹. En conséquence, le contrat d'entreprise en deviendrait presque une sorte de qualification résiduelle prête à aspirer toutes les obligations à la charge des centres d'arbitrage.

Le contrat d'entreprise est, à notre avis, la qualification qui conviendrait a priori mieux à la dualité de fonction des centres, ce qui permet aussi de mettre en œuvre un régime de responsabilité dualiste qui alterne selon la fonction du centre mise en cause⁵⁰.

Après avoir identifié le premier élément de notre recherche, à savoir les centres d'arbitrage, on identifie ce que signifie la responsabilité de ces centres d'arbitrage.

❖ Qu'est ce que c'est la responsabilité des centres d'arbitrage ?

Notre recherche envisage la problématique de la responsabilité des centres d'arbitrage internationaux. Le type de responsabilité envisagée par notre étude est la responsabilité civile en ses deux branches : responsabilité contractuelle et

⁴⁸ D. Grillet-Ponton, « Essai sur le contrat innommé », Thèse Lyon II, (dir.) sous la direction de F. Terré, 1982, spec. n° 116. L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », *op. cit.*, spéc. n° 51, 700 et 709.

⁴⁹ *id.*

⁵⁰ V. *infra*, « Titre II : La dualité des fonctions des centres d'arbitrage », p. 169.

responsabilité extracontractuelle. La responsabilité pénale est exclue de notre étude puisque, d'abord, la responsabilité pénale des centres d'arbitrage est peu concevable dans le cadre d'arbitrage international, et ensuite, la responsabilité pénale des personnes morales est une question complexe qui mérite une étude indépendante. Enfin, la responsabilité pénale est souvent et généralement une question de droit interne plus que droit international.

Ainsi, la question essentielle, autour de laquelle se développe notre raisonnement, est de savoir si les centres d'arbitrage, en matière internationale, sont civilement responsables pour les fautes qu'ils pourraient commettre lors de la direction de l'arbitrage.

Néanmoins, préalablement à l'étude de la responsabilité, il faut noter l'évolution du concept de responsabilité et savoir s'il s'agit d'une question d'ordre interne ou internationale. Les centres d'arbitrage dirigent souvent des litiges ayant un caractère international ce qui pose la question de savoir si les contrats de direction de l'arbitrage, de collaboration arbitrale et le contrat d'arbitre peuvent être détachés de toute loi étatique, à l'instar de la convention d'arbitrage qui peut être détachée de toute loi étatique et soumise, à cet effet, aux principes généraux du droit du commerce international. En d'autres termes, on se demande si le caractère international et le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage produisent, tous deux, les mêmes effets à l'égard des contrats d'arbitrage qu'ils engendrent à l'égard de la convention d'arbitrage.

La soumission de la convention d'arbitrage à une loi non étatique est une conséquence qui résulte du caractère international de l'arbitrage et du principe d'autonomie de la convention par rapport au contrat principal mondialement reconnu⁵¹. Ce principe est déjà reconnu dans le droit français⁵², américain⁵³,

⁵¹ G. Born, « *International Commercial Arbitration* », *Kluwer Law International*, 2^{ème} éd, 2014, pp. 349 : 471. G. Born, « *International Arbitration: Cases and Materials* », *Kluwer Law International*, 2^{ème} éd, 2015, p. 190. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « *Traité de l'arbitrage commercial international* », *op. cit.*, n^o. 398 et s. E. Loquin, « *L'arbitrage du commerce international* », *op. cit.*, p. 118 et s.

⁵² Cass. Civ. 1^e, 7 mai 1963, note Goldman, *JCP*, 1963, II, p. 13405 ; note Berdin, *JDI*, 1964, p. 82 ; note H. Motluskky, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615 ; note Robert, *D.*, 1963.545. Code de procédure civile français, Art. 1465 « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* » ; Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « *Traité de l'arbitrage commercial international* », *op. cit.*, n^o. 398 et s. ; E. Loquin, « *L'arbitrage du commerce international* », *op. cit.*, p. 118 et s. ; A. Kassis, « *L'autonomie de l'arbitrage commercial international* », *L'Harmattan*, 2006, préface de P. Lagarde, p. 23:27.

anglais⁵⁴, et droit égyptien⁵⁵. En France, il a été fixé par l'arrêt « Gosset » de la Cour de cassation du 7 mai 1963. La Cour a considéré que

« en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente, toujours, sauf circonstances exceptionnelles⁵⁶..., une autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »⁵⁷.

Au surplus, le législateur français a reconnu, explicitement, ce principe d'autonomie dans la nouvelle réforme de droit d'arbitrage⁵⁸. D'après l'article 1447 C. civ., « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ».

Les conséquences du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage sont nombreuses. Il en résulte que même après le terme du contrat principal la convention d'arbitrage s'applique⁵⁹. De même, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage permet aux litigants de soumettre la convention d'arbitrage à une loi

⁵³ V. le concept de la séparabilité in G. Born, « International Arbitration: Cases and Materials », *op. cit.*, p. 190, spec. p. 367

⁵⁴ English Arbitration Act 1996, Art. 30 « Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,
(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part »

⁵⁵ Droit d'arbitrage égyptien, Loi n° 27 de l'année 1994, Art. 13 : « la juridiction étatique doit juger fin de non recevoir s'il y a une convention d'arbitrage et l'action portée devant la juridiction étatique est contestée par le défendeur, à défaut, la juridiction étatique est compétente de juger les demandes en cause malgré la convention d'arbitrage »

⁵⁶ A cet égard J. Robert observe que l'invocation de « circonstances exceptionnelles » n'est qu'une précaution rédactionnelle qui n'est pas reprise dans les arrêts ultérieurs, cf. J. Robert, « L'arbitrage », 6^{ème} éd., Dalloz, 1993, n° 283.

⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, note Goldman, *op. cit.*; note Berdin *op. cit.*; note H. Motlusky, *op. cit.*; note Robert, *op. cit.*

⁵⁸ Réforme du 13 janvier 2011, v. Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

⁵⁹ CA Paris, 10 juill. 1990, note E. Loquin, *JDI*, 1999, p. 168. Voir également, CA Paris, 19 janv. 1999, note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 1999.601 ; E. Loquin, « L'arbitrage du commerce international », *op. cit.*, p. 121

différente de celle qui régit le contrat principal⁶⁰, ou même de détacher la convention d'arbitrage de toute loi étatique, et de soumettre ainsi la convention d'arbitrage aux principes généraux du droit du commerce international appelés les *règles anationales* par le professeur Gaillard. Selon lui, ces principes trouvent leurs sources dans la jurisprudence d'arbitrage, les conventions internationales et les principes dégagés de l'analyse de droit comparé des grandes familles de systèmes juridiques⁶¹.

En revanche, les professeurs Loquin et Osman, tous deux, utilisent une autre dénomination : la *Lex Mercatoria*. Il s'agit de la dénomination classique des principes généraux du droit du commerce international. Selon eux, la *Lex Mercatoria* ne se compose pas seulement des principes généraux régissant l'interprétation, la formation et l'exécution du contrat international, aussi est-il important de rechercher les canaux qui permettent l'élaboration des normes anationales⁶².

Ils estiment que les normes de la *Lex Mercatoria* comportent des sources et documents assez riches et divers. Tout d'abord, il y a les conventions interétatiques d'unification du droit du commerce international. Ensuite, la contribution des organismes professionnels comme celle des centres d'arbitrage. Et enfin, le soft-law, il s'agit de la formulation de comportements souhaitables⁶³.

Quelle que soit la dénomination, la jurisprudence française a déjà affirmé à plusieurs reprises que la validité de la convention d'arbitrage est régie à la lumière du consentement des litigants ou des règles de la *Lex Mercatoria*. La Cour d'appel de Paris a énoncé, dans l'arrêt de « *Gatoil* » que

« En matière d'arbitrage international, le principe d'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant

⁶⁰ Cass. Civ. 1^e, 6 déc. 1988, note B. Goldman, *Rev. arb.*, 1989.641. E. Loquin, « L'arbitrage du commerce international », *op. cit.*, p. 122.

⁶¹ A. Kassis, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 434 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n°1447, 1458.

⁶² F. Osman « Les principes généraux de la *Lex Mercatoria* : Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational », L.G.D.J., 1992, préface de E. Loquin., p. 257

⁶³ *ibid.*, p.263.

être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international »⁶⁴.

Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation à une autre occasion. Il s'agit de l'arrêt « *Dalico* » où elle a énoncé qu'

« en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »⁶⁵.

Cependant, c'est une chose d'affirmer l'autonomie de la convention d'arbitrage et d'en tirer le détachement de la convention d'arbitrage de toute loi étatique, c'en est une autre de détacher l'arbitrage, spécifiquement les contrats de direction de l'arbitrage, de collaboration arbitrale et contrat d'arbitre, de tout droit étatique.

On ne pense pas qu'il est possible de détacher les contrats de direction de l'arbitrage, de collaboration arbitrale et le contrat d'arbitre de tout droit étatique, et de les soumettre, à cet effet, aux principes généraux du droit du commerce international. Tout d'abord, pour qu'un contrat soit légitime, il faut qu'il soit soumis à un ordre juridique qui assure la force obligatoire et la bonne exécution du contrat. Néanmoins, *la Lex Mercatoria* ne constitue pas un ordre juridique, à proprement parlé, permettant d'offrir aux contrats de direction de l'arbitrage, de collaboration arbitrale, et le contrat d'arbitre une légitimité, une force obligatoire ainsi qu'une autonomie complète.

Ensuite, l'institution d'arbitrage en général, et la responsabilité des centres d'arbitrage en particulier, sont des questions qui relèvent de l'ordre public national. L'institution d'arbitrage est soumise, par sa nature, à des contraintes

⁶⁴ CA Paris, 17 déc. 1991, note Synvet, *Rev. arb.*, 1993.281.

particulières, et spécialement à l'ordre public de chaque État concerné, parce que rendre la justice est un droit régalien dont nul État ne peut se défaire. Ainsi, la procédure arbitrale et les participants à cette procédure ne peuvent s'affranchir totalement du cadre juridique qui régit l'ordre public, social, économique et politique propre à chaque État.

Enfin, être responsable ou exonéré de responsabilité est une question de droit interne plus qu'elle est une question de droit international, car l'ordre public interne de chaque État comporte un ensemble des restrictions qui limite la liberté de l'individu au regard des nécessités de l'intérêt général⁶⁶. Comme l'auteur écrit, « *toute société définit le type de responsabilité qu'elle entend voir s'exercer en son sein : pénale, civile ou autre. Elle en fixe les formes et les modes de mise en œuvre. Les participants à l'arbitrage s'inscrivent dans ce cadre législatif, notamment pour la gestion de leurs relations* »⁶⁷.

Ainsi, la responsabilité des centres d'arbitrage, des litigants, et des arbitres, liés par les contrats de direction de l'arbitrage, de collaboration arbitrale et d'arbitre, est une question d'ordre interne, et par conséquent tous ces acteurs d'arbitrage sont soumis à cette sphère de droit interne.

Cependant, soumettre la question de responsabilité au droit interne de chaque État augmente la divergence dans l'issue des actions en responsabilité engagée contre les centres d'arbitrage. En effet, une faute perçue comme grave, dans un pays, justifiant la mise en œuvre de la responsabilité des centres d'arbitrage, peut dans un autre pays ne pas justifier l'engagement de la responsabilité de son auteur en raison d'une immunité reconnue.

L'institution d'arbitrage n'échappe pas à ces dissensions, le débat sur la responsabilité des centres d'arbitrage en est le reflet. A titre d'exemple, l'article 40 de la C.C.I. - cœur de notre étude- prévoyant que « *ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres, ni la chambre de commerce international ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission, en relation avec un arbitrage* », a reçu de

⁶⁵ Cass. Civ. 1^e, 20 déc. 1993, note Mayer, *Rev. crit.*, 1994.663.

⁶⁶ H. Battifol et P. Lagarde, « Droit international privé », t. II, 7^{ème} éd, *L.G.D.J.*, 1983. P. Lerebourg-Pigonnière et Y. Loussouarn, « Droit international privé », 9^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 1970. J. Robert, Robert, B. Moreau (coll.), « L'arbitrage : droit interne, droit international privé », 6^{ème} éd., *Dalloz*, 1993, spéc. n° 416 et s.

⁶⁷ J-Y. Sorrente, « La responsabilité de l'arbitre », Thèse Lyon III, (dir.) Y. Reinhard, 2007, p. 33.

réactions extrêmement divergentes. Il a fait l'objet d'un accueil bienveillant dans les pays anglo-saxons, mais il en va différemment dans les pays de tradition romaniste.

En outre, les problèmes créés par cette contradiction dans l'application des clauses exclusives de responsabilité qui impliquent les centres d'arbitrage, suppose de faire une étude comparative qui aborde la question dans les autres systèmes juridiques. Les centres d'arbitrage sont en effet impliqués dans des conflits internationaux en raison des décisions institutionnelles qu'ils rendent pendant l'instance arbitrale. Ces décisions pourraient influencer l'issue de la sentence qui est destinée à s'intégrer dans l'ordre juridique d'un ou plusieurs pays. Cette intégration, concevable dans les autres systèmes juridiques, suppose la prise en compte des lois étrangères lorsqu'on aborde la question de la responsabilité des centres d'arbitrage.

Ainsi, l'observation de certaines règles des lois étrangères, même en dehors de territoire du juge de for, est importante. Tout cela explique l'aspect comparatif de notre étude et démontre la raison pour laquelle on aborde à la fois la responsabilité des centres d'arbitrage dans les systèmes de *commun law* et ceux de droit civil.

Cependant, il nous paraît essentiel de limiter l'étude des régimes différents de responsabilité aux quatre systèmes juridiques principaux, à savoir les systèmes juridiques français, égyptien, américain et anglais, qui sont sources d'influence dans les autres systèmes juridiques et aussi dans lesquels les quatre centres d'arbitrage sujets principaux de notre étude se situent. Au surplus, il y avait une impossibilité pratique d'impliquer tous les régimes de responsabilité des centres d'arbitrage dans notre étude. Cette étude comparative nous guidera enfin à identifier les fonctions des centres d'arbitrage et trouver par suite le régime de responsabilité le plus pertinent.

Il convient d'indiquer que notre étude est principalement fondée sur la doctrine et le droit français malgré la référence aux autres systèmes juridiques, système anglais, américain et égyptien, à différents instants de notre recherche. La raison d'un tel choix est notre connaissance approfondie du droit français de l'arbitrage international.

En effet, on a aussi une connaissance approfondie du droit égyptien de l'arbitrage international, mais la question de la responsabilité des centres d'arbitrage est peu traitée dans la doctrine et la jurisprudence égyptienne. Ainsi, la rareté des références en droit égyptien est la raison de choisir le droit français de l'arbitrage international au lieu du droit égyptien de l'arbitrage international.

En revanche, le fait de ne pas choisir le droit américain de l'arbitrage international n'est assurément pas la rareté des références. Notre choix du droit français sur le droit américain résulte d'une raison technique ; le régime français de responsabilité des centres d'arbitrage est le régime le plus proche de notre proposition, à savoir la protection conventionnelle des centres d'arbitrage pour leur fonction juridictionnelle. En ce qui concerne le droit anglais, notre connaissance non approfondie de celui-ci en matière d'arbitrage international est la raison de ne pas le choisir en tant que droit sur lequel se fonde notre étude⁶⁸.

D'ailleurs, il nous paraît utile d'expliquer comment la responsabilité des centres d'arbitrage est mise en jeu, avant de démontrer les régimes de responsabilité applicable dans chaque système. Dans cette perspective, on commence par identifier l'action en responsabilité en la distinguant, d'une part, des autres actions voisines intentées contre les centres, et d'autre part, en identifiant les sujets de telle action. Au demeurant, il convient de souligner que le juge compétent pour statuer sur des questions touchant à la formation et l'existence des contrats d'arbitre⁶⁹, de direction de l'arbitrage et de collaboration arbitrale est le juge de droit commun.

Le juge d'appui n'est pas compétent pour les actions en responsabilité engagées contre les centres d'arbitrage. Il est simplement compétent pour trancher tous les différends procéduraux nés tout au long l'instance arbitrale⁷⁰. Ce juge d'appui est le président du tribunal de grande instance de Paris⁷¹ qui est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454 du CPC⁷². Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455 du CPC⁷³. Il est également compétent pour statuer sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les litigants⁷⁴.

⁶⁸ À côté de ces raisons techniques s'ajoute une autre raison d'efficacité, à savoir le problème de la langue et la traduction. Dès lors que notre recherche est rédigée en français, il nous paraît inefficace que notre travail soit fondé sur un droit écrit dans une langue autre que le français en raison des problèmes de la traduction des termes et notions juridiques existant dans les autres systèmes juridiques. Donc, pour toutes ses raisons on choisit de fonder notre étude dans le contexte du français de l'arbitrage international.

⁶⁹ P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui » *op. cit.*, p. 149.

⁷⁰ Cf. P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui » in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, (dir.) Th. Clay, *Lextenso*, 2011, p. 143 et s.

⁷¹ Code de procédure civile français, Art. 1505.

⁷² *ibid.*, Art. 1506 et 1459.

⁷³ *ibid.*, Art. 1459.

⁷⁴ *ibid.*, Art.1449.

Ensuite, on énonce les règles conflictuelles de chaque système qui permettent l'accès aux juridictions étatiques du for saisi. En d'autres termes, on démontre quelle juridiction est compétente d'une action en responsabilité engagée contre un centre d'arbitrage et quelle loi doit être appliquée à la question de la responsabilité.

Revenant à la question principale de notre recherche, à savoir la responsabilité des centres d'arbitrage, on constate que le problème essentiel apparaît dans la diversité des régimes de responsabilité applicables. Ces régimes varient en fonction des juridictions saisies et des lois applicables. En effet, les centres d'arbitrage sont soumis à des régimes de responsabilité différents, bien qu'ils aient presque les mêmes droits et les mêmes obligations. La complexité du problème se manifeste plus clairement dans l'hypothèse où le même centre d'arbitrage est jugé responsable devant une juridiction donnée et, en même temps, irresponsable devant une autre juridiction quasiment pour le même manquement.

Les américains sont les premiers qui ont pensé à avoir mis en cause la responsabilité des centres d'arbitrage à la place des arbitres. Ce changement a été cité comme une des raisons pour laquelle la jurisprudence a établi la théorie d'« arbitral immunity »⁷⁵. L'« Arbitral immunity » est une théorie d'immunité civile mise en place par la juridiction américaine pour protéger les arbitres ainsi que les centres d'arbitrage contre les actions en justice sollicitant l'engagement de leur responsabilité civile pour des fautes commises pendant leurs missions arbitrales en raison de leur fonction juridictionnelle ou quasi juridictionnelle.

Ainsi, le régime de responsabilité applicable par les juridictions américaines est fondé sur le concept que les centres exécutent une fonction quasi juridictionnelle. Celle-ci permet aux juges américains d'étendre l'immunité des arbitres aux centres d'arbitrage. La jurisprudence américaine ignore le fait que les centres d'arbitrage exécutent une fonction administrative.

Par conséquent, elle tire de cette fonction quasi juridictionnelle la justification de ne pas mettre en cause la responsabilité des centres d'arbitrage. Selon la jurisprudence américaine, les centres d'arbitrage, qui bénéficient de l'immunité à l'instar des juges et/ou des arbitres, ne peuvent pas être tenus responsables même pour un manquement à leurs obligations contractuelles.

⁷⁵ V. *infra*, « Section 2: L'insuffisance du régime de l'immunité civile fondé sur la fonction exclusivement quasi juridictionnelle », p. 346

Cependant, le régime de responsabilité américain applicable aux centres d'arbitrage induit un effet désastreux qui est l'immunité quasi absolue des centres d'arbitrage. Ceux-ci ne sont pas responsables sauf en cas de négligence, mauvaise foi et fraude. Ils sont, alors, protégés même des actions contre leurs décisions ayant un caractère administratif.

En revanche, en droit positif français, il ne fait plus de doute que la mise en cause de la responsabilité des centres repose sur les conditions de droit commun⁷⁶. Il faut avoir un lien contractuel entre le centre et les litigants, ou le centre et l'arbitre, d'une part, et l'existence classique d'un lien de causalité et un préjudice qui en résulterait, d'autre part. Le contrat de direction de l'arbitrage, conclu avec les litigants, et le contrat de collaboration arbitrale, conclu avec l'arbitre, sont alors les fondements sur lesquels la responsabilité des centres est mise en cause.

En outre, la jurisprudence n'a pas refusé, théoriquement, d'engager la responsabilité extracontractuelle des centres d'arbitrage, bien qu'elle ne soit jamais pratiquement engagée, lorsqu'elle était saisie des demandes d'annulation des contrats de direction de l'arbitrage ou des actions en responsabilité pour les fautes précontractuelles prétendument commises par les centres d'arbitrage.

Le régime actuel de responsabilité applicable aux centres d'arbitrage en droit positif française, à savoir le régime de droit commun de responsabilité, est fondé sur le concept que les centres n'exécutent qu'une fonction administrative. Ce système aurait été pertinent, si les centres exerçaient en réalité une fonction exclusivement administrative, ce qui n'est pas vrai dès lors qu'ils exécutent aussi une fonction juridictionnelle.

Le régime de responsabilité français applicable aux centres d'arbitrage produit aussi des effets malheureux. Il en résulte l'atteinte à l'indépendance des centres, la non-validité de la clause exclusive de la responsabilité, et la non-motivation des décisions institutionnelles.

Au contraire du droit positif américain, l'immunité conférée aux centres d'arbitrage en Angleterre est plus restrictive. Compte tenu de l'immunité relative des

⁷⁶ CA Paris, 4 mai 1988 (Rép. de Guinée), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657, ; cf. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*

arbitres⁷⁷, les centres ne bénéficient que d'une immunité aussi relative⁷⁸. En Angleterre, les centres d'arbitrage jouissent, en principe, d'une sorte d'immunité, mais bien plus restreinte que l'immunité américaine. D'après la section 74 de l'« *Arbitration Act 1996* », l'immunité arbitrale, conférée aux centres, ne s'applique qu'aux décisions institutionnelles afférentes à la désignation des arbitres, sauf évidemment, en cas de faute intentionnelle ou mauvaise foi de leur part⁷⁹.

Cependant le régime de responsabilité anglais applicable aux centres d'arbitrage, à savoir l'immunité restreinte des centres d'arbitrage, n'emporte pas la conviction. En effet, il protège les centres par rapport aux décisions de récusation sans comporter les autres décisions institutionnelles appartenant aussi à la fonction incontestablement juridictionnelle, comme les décisions prononcées lors de l'examen *prima facie* de la validité de la clause et de l'approbation du projet de la sentence arbitrale.

En Égypte, la position du droit positif est intéressante parce que la jurisprudence égyptienne adopte les deux régimes, à savoir la responsabilité contractuelle des centres d'arbitrage et l'immunité des centres d'arbitrage, ce qui paraît à première vue incohérent et paradoxal. La responsabilité d'un centre d'arbitrage n'a été soulevée devant les juridictions qu'en deux occasions.

Lors de la première occasion, la position de la juridiction égyptienne était identique à la position française étant donnée l'influence du droit français sur le droit égyptien qui est de tradition civile. Dans l'affaire « *Westland* », la juridiction égyptienne a considéré comme défectueuse la décision institutionnelle de la C.C.I, confirmant la validité *prima facie* et l'opposabilité de la convention d'arbitrage au

⁷⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Arbitration*, 1999, spéc. n° 592 (*indiquant que l'immunité arbitrale est limitée*) ; J.-M.D. Lew, « Introduction, in the immunity of arbitrators », *Lloyd's of London Press (LLP)*, 1990, spéc. n° 4 (qualifiant l'immunité arbitrale en droit anglais en tant que relative).

⁷⁸ M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p.1857 « *Noting that U.K. Act extends arbitral immunity to sponsoring institutions, therefore, If the immunity of arbitrators in England is qualified and this immunity is also granted to institutions that sponsor arbitrations it logically follows that the immunity of the institution too will be qualified* ».

⁷⁹ English Arbitration Act 1996, Section 74 paragraph 1; A. Sheppard, « English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Miscellaneous, Section 74, Immunity of arbitral institutions », in *Concise International Arbitration, Kluwer Law International*, éd. Mistelis, 2010, p. 835, 836.

gouvernement égyptien malgré la théorie de l'immunité des États souverains, ce qui était le fondement juridique de l'engagement de la responsabilité de la C.C.I.⁸⁰.

En revanche, lors de la deuxième occasion, la position de la juridiction égyptienne n'était semblable ni à la position française ni à la position américaine. En droit égyptien, les centres d'arbitrage peuvent jouir de l'immunité internationale grâce à leur statut juridique. Si le centre est considéré comme une organisation internationale, et par conséquent une personne de droit international public, il bénéficie de l'immunité reconnue par le droit international public.

Cependant, le régime égyptien de responsabilité applicable aux centres d'arbitrage, à savoir l'immunité des centres d'arbitrage grâce à leur statut juridique est fort contestable. Soumettre les centres à des régimes de responsabilité différents, bien qu'ils exécutent les mêmes activités, juste parce qu'ils sont établis grâce à une convention conclue entre des sujets publics de droit international n'emporte pas la conviction. Il est fortement critiquable d'avoir deux personnes morales, exerçant exactement la même activité dont l'une jouit de l'immunité judiciaire alors que l'autre non !

On constate de ce qui est évoqué que la nature de la fonction, et surtout l'exercice d'une fonction juridictionnelle, modifie l'étendue de la responsabilité civile. Ainsi, il nous semble primordial de démontrer le rapport entre les fonctions des centres d'arbitrage et le régime de responsabilité qui leur est applicable.

❖ Le rapport entre le régime de responsabilité applicable et les fonctions contractuelles exercées

Il est vrai que le fondement de la responsabilité des centres d'arbitrage est essentiellement contractuel et soumis aux règles de droit commun de responsabilité. Cependant, on se demande si cette responsabilité est limitée par d'autres facteurs. On estime que la réponse est assurément positive. Les facteurs qui peuvent limiter la responsabilité, surtout civile, des personnes sont multiples. L'intérêt général, les relations internationales réciproques, et la nature de l'activité ou la fonction exercée sont tous des facteurs qui modifient l'étendue de la responsabilité civile classique.

A titre d'exemple, les arbitres bénéficient d'une sorte de responsabilité civile limitée, même parfois d'immunité, en raison de la nature juridictionnelle de leur

⁸⁰ Y. Derains E. Schwartz, « Guide to the ICC rules of arbitration », 2^{ème} éd., *Kluwer Law*

fonction⁸¹. En revanche, le secrétaire arbitral⁸², qui exécute une fonction purement administrative, dont la fonction n'exige aucune protection, risque de voir sa responsabilité engagée pour tout manquement selon les règles de droit commun puisqu'il est un prestataire de service classique.

La fonction juridictionnelle exercée par les acteurs de l'arbitrage n'est évidemment pas une notion nouvelle. Elle a déjà été envisagée par la doctrine française lors de la recherche sur la nature de l'institution d'arbitrage avant qu'elle ne soit traitée à nouveau lors de la recherche sur la responsabilité de l'arbitre⁸³.

La nature de l'institution d'arbitrage est un débat qui a fait couler beaucoup d'encre. Les caractéristiques de l'arbitrage ont suscité d'importantes controverses entre partisans de la nature contractuelle et ceux de la nature juridictionnelle. L'origine du différend réside dans la spécificité de l'arbitrage. Le fait que des particuliers puissent choisir au moyen d'une convention d'autres particuliers pour s'occuper de la résolution définitive d'une contestation, fait de l'institution d'arbitrage une notion dont le caractère juridique est difficilement définissable.

Pourtant, il est indispensable de clarifier le caractère ou la nature de l'institution d'arbitrage, car en principe les règles applicables aux acteurs de l'arbitrage, et notamment les arbitres et les centres, changent en fonction de la fonction exercée. En effet, le régime de la responsabilité (est-il responsable ou bénéficiaire d'une immunité ?) dépend de la qualification de la fonction de l'arbitre, suivant qu'il agit comme un juge ou non. De la même manière pour le centre, son régime de responsabilité (est-il responsable ou bénéficiaire d'une immunité ?) dépend de la qualification de sa fonction, qu'il s'agisse d'une mission quasi juridictionnelle ou non. Alors, il n'est pas étonnant que le classement de l'institution

International, 2005, chapitre 8, p. 383

⁸¹ V. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*; J-Y. Sorrente, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*; Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » Thèse St Quentin en Yvelins, (dir.) Th. Clay, 2010; S. Franck, « The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity », *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, p. 1; J.-M. Hunter, « The Immunity of Arbitrators, Arbitration International »-Book Review, *Kluwer Law International*, vol. 9, Issue 3, 1993, p. 329; Ch. Hausmaninger, « Civil Liability of Arbitrators » - Comparative Analysis and Proposals for Reform, *Journ. int. arb., Kluwer Law International*, vol. 7, Issue 4, 1990, p. 40 et s.

⁸² L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*, p. 349

⁸³ Cf. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*; J-Y. Sorrente, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*; Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*; S. Franck, « The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 1; J.-M. Hunter, « The Immunity of Arbitrators, Arbitration International », *op. cit.*, p. 329; Ch. Hausmaninger, « Civil Liability of Arbitrators », *op. cit.*, p. 40 et s.

arbitrale⁸⁴, soit contractuel soit juridictionnel, produise des effets qui affectent tous les acteurs.

La doctrine est divisée en trois courants quant à la question de la nature de l'arbitrage. Le premier courant est issu de la thèse contractuelle⁸⁵. Il s'agit d'un courant doctrinal minoritaire. Les principaux partisans sont Foelix, Aubry et Rau, Weiss, et plus récemment Klein qui désireait soumettre l'arbitrage dans son ensemble au régime contractuel⁸⁶. Ils estiment, en général, que l'accord des parties domine toute l'institution. Ils considèrent que l'institution arbitrale est un véritable contrat⁸⁷. Pour eux, la sentence arbitrale n'est plus que le complément et l'aboutissement de la convention de l'arbitrage, dont elle assure l'exécution⁸⁸. Ils considèrent que l'autorité de la chose jugée, attribuée à la sentence arbitrale, comme une irrévocabilité conventionnelle⁸⁹.

L'autre courant, aussi minoritaire, adopte une vision qui prend l'exact contre-pied de la théorie contractuelle, il s'agit de la thèse favorable à la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Les partisans principaux de ce courant sont Martin, Pille et Niboyet⁹⁰.

En outre, les partisans de cette thèse considèrent l'arbitrage comme « *une émanation spécifique de l'administration de la justice qui relèverait en principe des seules juridictions d'État* »⁹¹. L'arbitrage devrait, d'après eux, être entièrement gouverné par les principes dirigeant l'organisation judiciaire. Pour ces partisans, la sentence arbitrale est totalement assimilée à une décision judiciaire⁹².

⁸⁴ Il convient de souligner que lorsqu'on parle du classement ou nature de l'institution d'arbitrage, ce sujet implique une vision générale qui englobe tous les acteurs de l'arbitrage et pas seulement les arbitres. Cela signifie qu'un classement juridictionnel ne donne pas seulement aux arbitres des pouvoirs inconcevables en matière contractuelle, mais aussi il en donne aux autres acteurs de l'arbitrage, comme le centre, s'il y a lieu.

⁸⁵ En ce sens cf. M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, n° 23 p. 11 ; J. Rubellin-Devichi, « L'arbitrage, nature juridique », Thèse, *L.G.D.J.*, 1965, spéc. n° 4,5 et 8 ; Ph. Fouchard « L'arbitrage commercial international », *op. cit.*, spéc. n° 17 ; H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, spéc. n°5. P. 8. ;

⁸⁶ *ibid.*, n° 24 p. 11.

⁸⁷ Merlin, cité par H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, spéc. n°5. p. 8.

⁸⁸ M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, n° 23 p. 11.

⁸⁹ H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁰ M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, n° 27 p. 13. cf. aussi H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, p. 7

⁹¹ M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, n° 26 p. 13.

⁹² *id.*

Quoi qu'il en soit, ni le courant juridictionnel minoritaire ni le courant contractuel également minoritaire n'ont reçu l'approbation de la majorité de la doctrine en raison de l'insuffisance que les deux comportent⁹³.

Heureusement, ce conflit doctrinal a été résolu par une doctrine majoritaire conciliatrice. Aujourd'hui, d'après l'avis de la majorité des auteurs⁹⁴, il est bien établi que l'arbitrage se caractérise par sa nature mixte. Selon l'avis du professeur Loquin, l'institution d'arbitrage « *est le lieu de rencontre entre deux influences, l'influence juridictionnelle et l'influence contractuelle* »⁹⁵. Il semble s'être inspiré de la définition de Motulsky qui considère l'arbitrage comme « *une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »⁹⁶.

Alors, conformément à la doctrine majoritaire, les deux aspects contractuel et juridictionnel existent bien dans l'institution d'arbitrage. Au surplus de l'aspect contractuel de l'arbitrage, Motulsky estime que « *la fonction juridictionnelle est, en quelque sorte, congénitale à l'arbitrage* ». Pour lui, les détracteurs de la théorie juridictionnelle soit « *se livrent à des explications qui altèrent complètement la nature de l'arbitrage* » soit « *méconnaissent la portée de l'activité juridictionnelle* »⁹⁷.

Selon cette théorie mixte, l'arbitrage est alors un « corps composé ». Il est constitué de deux éléments incontestables, d'une part, la composante juridictionnelle, et d'autre part, la composante contractuelle.

Alors, on peut déduire que la doctrine moderne, confrontée à la question de la nature juridique de l'arbitrage par les principes généralement adoptés dans les législations modernes sur l'arbitrage, est arrivée à la conclusion inévitable que l'arbitrage a une nature mixte⁹⁸. Une conclusion qui a été illustrée par l'auteur qui

⁹³ Pour la réfutation de l'une ou de l'autre des ces théories, cf. H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, p. 9 : 13 et 464, 465.

⁹⁴ Parmi ces partisans, H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, p. 464 ; Ph. Fouchard « L'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n°18 ; R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », *Economica*, 1982, spéc. n° 86 ; Sirefmann, « A la recherche d'une théorie de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1960.116 ; M. de Boissésou, « Le droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 5 ; M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, p. 16 ; E. Loquin « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p. 293

⁹⁵ *ibid.*, n° 5 p. 294.

⁹⁶ H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, n°2. p. 6

⁹⁷ *ibid.*, n°5. p. 9

⁹⁸ R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », *op. cit.*, n° 86, p. 109 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 11, p. 14 : « (...) il convient de définir l'arbitrage à partir des deux éléments constitutifs qui lui sont reconnus

disait « *il nous paraît indéniable, pour notre part, que l'arbitrage est une institution hybride, qui tient à la fois de l'acte juridictionnel et du contrat, sans qu'il soit permis de la soumettre globalement au régime de l'un ou de l'autre* ». ⁹⁹

L'exercice d'une fonction juridictionnelle par les acteurs de l'arbitrage est donc la conséquence logique de la nature juridictionnelle de l'institution d'arbitrage. D'ailleurs, il convient d'observer que cette nature juridictionnelle impose des obligations et confère des pouvoirs qui ne résultent normalement pas de la nature contractuelle de l'arbitrage. Elle assure la loyauté des débats entre les acteurs de l'arbitrage et la bonne exécution de la mission des arbitres en imposant le respect du droit de la défense et plus particulièrement celui du contradictoire.

Ainsi, il nous ait apparu pertinent d'identifier les fonctions des centres d'arbitrage, non seulement en raison du rôle très significatif que la fonction juridictionnelle joue en limitant l'étendue de la responsabilité civile, ou pour démontrer le fondement de la responsabilité, mais également pour démontrer les obligations qui incombent aux centres d'arbitrage en raison de cette fonction.

Néanmoins, il faut souligner que la constatation de la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage ne veut pas dire que leur responsabilité est fondée sur la fonction juridictionnelle qu'ils exercent. Le fondement de leur responsabilité reste contractuel, cela est une conséquence de la nature contractuelle de l'institution d'arbitrage. Cependant, l'étendue de la responsabilité contractuelle des centres d'arbitrage est limitée en raison de la fonction juridictionnelle.

Malheureusement, les régimes de responsabilité actuels sont bien entendu insuffisants et non pertinents avec la fonction dualiste des centres d'arbitrage parce que chaque système fonde son régime de responsabilité exclusivement sur une fonction des centres d'arbitrage sans impliquer l'autre fonction.

L'incompatibilité de chaque régime de responsabilité avec l'activité réelle des centres, à savoir la fonction duelle qui est administrative et juridictionnelle, n'est pas le seul problème. D'autres conséquences défavorables proviennent de la diversité des régimes de responsabilité applicable aux centres et de l'absence d'un

aujourd'hui par une doctrine à peu presque unanime, et qui sont consacré également par le droit positif ».

⁹⁹ H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, p. 464

régime de responsabilité homogène applicable dans la majorité des systèmes juridiques.

Par exemple, les centres peuvent stipuler dans leur règlement soit une clause attributive de juridiction dont la règle matérielle leur offre la protection la meilleure, soit une clause électorale d'une loi dont les dispositions prévoient l'immunité. En outre, les centres peuvent recourir à d'autres moyens plus pratiques et économiques. Ils peuvent se délocaliser vers des pays où les centres d'arbitrage sont mieux protégés, surtout, si on prend en compte la concurrence importante entre les places d'arbitrage et les centres d'arbitrage. La nature internationale des centres d'arbitrage rend l'idée de se déplacer vers un État plus accueillant – comme un État de tradition juridique de common law – très attirante.

Il faut observer que la solution de se délocaliser ne représente pas la solution idéale. Déjà elle implique une perte économique remarquable pour les pays des systèmes juridiques quittés. De plus, à notre avis, il ne faut pas que le régime d'immunité soit l'abri des centres d'arbitrage. Il faut qu'il soit remplacé par un autre régime, plus pertinent, en raison de l'insécurité juridique que ce système cause aux litigants en cas de faute administrative commise par le centre d'arbitrage.

❖ **Comment appréhender ce problème que le droit comparatif nous apporte ? (Objectif de la thèse)**

Certes, on ne peut pas se contenter de critiquer les régimes de responsabilité existants sans proposer un régime de responsabilité homogène qui a une vocation à s'appliquer dans la majorité des systèmes juridiques. Pendant que la fonction administrative permet de soumettre les centres au régime de responsabilité de droit commun, la fonction juridictionnelle exige de les soumettre à un régime de responsabilité différent de celui de droit commun. On ne veut pas dire que les centres doivent jouir d'immunité. On entend plutôt qu'il faut mettre en place un régime de responsabilité limitée pertinent avec la fonction juridictionnelle.

Cela est évoqué dans notre étude lorsqu'on parle de la « protection conventionnelle ». C'est un régime de responsabilité homogène, qui correspond bien à la fonction dualiste des centres d'arbitrage. Selon ce régime, on propose de donner pleine efficacité aux clauses exclusives de responsabilité, telles que celles prévues à l'article 40 du règlement de la C.C.I., article 31 du règlement de la L.C.I.A., R-52 du règlement de l'A.A.A., article 38 du règlement de l'I.C.D.R., et

article 16 du règlement du C.R.C.I.C.A, lorsque la responsabilité est mise en cause pour les fautes relatives à la fonction juridictionnelle.

En d'autres termes, d'après le régime de la « protection conventionnelle », la responsabilité des centres sera mise en place en fonction de l'origine et la nature de la faute reprochée. S'il s'agit d'un manquement à une des obligations relatives à la fonction administrative, les règles de responsabilité de droit commun s'appliquent sans aucun doute. Selon l'article 1147 du C. civ., le manquement contractuel peut consister, indifféremment, dans une inexécution totale ou partielle d'une obligation, ou encore dans une mauvaise exécution de ladite obligation. Alors, le manquement éventuel implique les obligations des mesures organisatrices de l'arbitrage comme la fixation du siège arbitrale, du délai de l'arbitrage et sa prorogation, les honoraires des arbitres, les frais administratifs, etc.

En revanche, s'il s'agit d'une faute commise lors de l'exercice de la fonction juridictionnelle, la responsabilité du centre ne doit pas être mise en cause tant que la faute reprochée n'est ni lourde ni intentionnelle. Il convient de souligner qu'on ne cherche pas, dans cette perspective, à mettre en place un nouveau régime de protection. On envisage, en revanche, de donner pleine efficacité à « la protection conventionnelle » prévue par le règlement du centre, tant que la responsabilité est mise en question pour une faute relative à la fonction juridictionnelle.

Ainsi, dès lors que l'arbitrage est de nature hybride, compte tenu de l'acte juridictionnel et l'origine contractuelle, on estime que la responsabilité civile des acteurs participant à l'arbitrage, à savoir les arbitres et centres d'arbitrage, est également hybride. Cela ne veut pas dire que la responsabilité des centres d'arbitrage n'est pas soumise aux règles de droit commun.

Au contraire, la responsabilité des centres d'arbitrage est régie par les règles de responsabilité de droit commun qui est altérée en raison de cette nature hybride. A l'instar de l'arbitre dont la responsabilité civile n'est pas engagée, à moins qu'une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice¹⁰⁰, on pense que la responsabilité des centres d'arbitrage est soumise aux règles de responsabilité de droit commun sauf pour les actes relatifs à la fonction juridictionnelle qui ne peuvent pas être source de responsabilité en raison des clauses exclusives de responsabilité.

La majorité des règlements des centres comportent une clause excluant leur responsabilité¹⁰¹. On ne conteste pas que cette clause doit être réputée non écrite lorsqu'il s'agit d'un manquement à une obligation administrative. Les justifications d'un tel jugement sont bien expliquées par la jurisprudence « *Chronopost* ». Ces justifications ont été reprises dans le cadre d'arbitrage par la Cour d'appel dans l'arrêt « *SNF* ». Pourtant, pour plusieurs raisons développées dans notre étude, on pense qu'une telle clause doit être jugée efficace lorsqu'il s'agit d'une faute commise pendant la fonction juridictionnelle.

Il convient de souligner, au final, que cette protection ne signifie ni immuniser les décisions ni garder une décision défectueuse qui s'oppose à rendre la justice. En effet, les voies de recours exercées contre la sentence permettent, selon l'article 1520 du CPC, de rectifier toute anomalie dans la sentence dont l'origine de défaut est commise dans les décisions des centres¹⁰². Les décisions impliquant la confirmation de la désignation et les demandes de récusation sont contrôlées lorsque le juge étatique vérifie que le tribunal arbitral a été régulièrement constitué. De même, la décision sur la validité *prima facie* de la clause compromissoire est vérifiée deux fois. La première fois par le tribunal arbitral lorsqu'il statue sur sa propre compétence (principe "compétence de compétence"), et la deuxième fois par la juridiction étatique lorsqu'elle vérifie si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

❖ Annonce de plan

Il s'agira ainsi d'identifier, dans un premier temps, les fonctions contractuelles des centres d'arbitrage à travers la compréhension de l'essence contractuelle des fonctions, i.e. les rapport contractuels liant les centres d'arbitrage et donnant lieu des pouvoirs et des obligations à leur charge, et la constatation des deux fonctions administrative et juridictionnelle des centres. S'ensuivra en toute logique, dans un second temps, l'analyse de l'insuffisance des régimes de

¹⁰⁰ cf. Cass. Civ. 1^{er}, 15 janv. 2014 (Azran), n° 11-17.196 *Bull. civ.*, I, n° 1.

¹⁰¹ « Because of the increasingly litigious environment in which both international arbitrators and institutions function, arbitral institutions have been required in recent years to give greater attention to the possible need to protect themselves and arbitrators from possible claims arising in connection with the performance of their functions » cf. Y. Derains E. Schawrtz, « Guide to the ICC rules of arbitration », *op. cit.*, p. 381.

¹⁰² Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*; A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2008, n° 89, p. 21

responsabilité actuellement applicable au centre et la constatation de la nécessité d'encadrer la responsabilité des centres d'arbitrage dans l'amplitude de leurs fonctions.

Par conséquent, mieux comprendre la responsabilité des centres d'arbitrage dans un contexte de droit international, implique qu'on procède, dans un premier temps, à l'identification des fonctions contractuelles des centres (1ère Partie), puis dans un second, à l'analyse du régime de la responsabilité qui leur est applicable (2nde Partie).

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DES FONCTIONS CONTRACTUELLES DES CENTRES D'ARBITRAGE

SECONDE PARTIE : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DES CENTRES D'ARBITRAGE

**PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION
DES FONCTIONS CONTRACTUELLES DES
CENTRES D'ARBITRAGE**

Dans cette partie on identifie la mission des centres d'arbitrage lors de l'instance arbitrale en analysant, dans un premier temps, les sources contractuelles des fonctions que les centres d'arbitrage sont tenus d'exécuter (Titre I). Il s'agit de l'ensemble des rapports contractuels liant les centres aux autres acteurs de l'arbitrage, à savoir le contrat de direction de l'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale (Chapitre 1). L'identification des origines contractuelles des fonctions des centres nous permet d'inférer l'ensemble des droits et des pouvoirs à la charge des centres d'arbitrage lors de l'instance arbitrale (Chapitre 2).

Ensuite, dans un second temps, on démontre comment les contrats liant les centres d'arbitrage s'organisent autour de deux groupes (Titre II) qui reflètent la fonction à la fois administrative et juridictionnelle des centres d'arbitrage. On démontre la fonction administrative bien constatée dans les pays de tradition civile (Chapitre 1). Après, on constate la fonction juridictionnelle accomplie par les centres d'arbitrage pendant la procédure arbitrale (Chapitre 2). Cette constatation produit des effets significatifs sur l'étendue de responsabilité des centres en raison du caractère juridictionnel.

Titre I : L'ORIGINE CONTRACTUELLE DES FONCTIONS DES CENTRES D'ARBITRAGE

Dans ce titre, on identifiera tous les contrats qui impliquent les centres d'arbitrage lorsqu'ils dirigent une instance arbitrale (Chapitre 1). Il s'agit du contrat de direction de l'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale. Dans ce chapitre, après démontrer l'existence, la dénomination, et les conditions de validité de chaque contrat, on démontre l'ensemble des obligations et des droits qui résultent de ces rapports contractuels

Puis, de ces contrats on inférera un ensemble d'obligations et de pouvoirs à la charge des centres sur lesquels on se fonde dans notre développement de fonction dualiste des centres d'arbitrage (Chapitre 2). Dans ce chapitre on démontre trois types des obligations qui reflètent en général la fonction administrative. En premier temps, les obligations inhérentes à tous contrats civils comme l'obligation d'agir de bonne foi avec diligence et de respecter et faire respecter le règlement d'arbitrage.

En deuxième temps, les obligations spécifiques au contrat de direction d'arbitrage qui sont explicitement prévues dans les règlements des centres d'arbitrage, comme l'obligation de préserver la confidentialité et l'obligation de perception des frais d'arbitrage.

En dernier temps, les obligations implicitement opposées aux centres d'arbitrage qui sont exigées par la nature de la mission des centres d'arbitrage, comme l'obligation d'assurer un procès équitable, de respecter les garanties fondamentales de bonne justice, et d'être indépendant. On démontre aussi l'ensemble des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage, comme les pouvoirs de vérifier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, de contribuer à la constitution du tribunal arbitral, et de vérifier la validité de la sentence arbitrale, qui reflètent par contre la fonction juridictionnelle.

Chapitre 1 : Le régime juridique des contrats impliquant les centres d'arbitrage

Notre étude concerne, parmi les contrats d'arbitrage, deux contrats essentiels. Il s'agit, d'un côté, du rapport contractuel liant le centre aux litigants, à savoir le contrat de direction de l'arbitrage, et de l'autre côté, le rapport contractuel liant le centre aux arbitres, à savoir le contrat de collaboration arbitrale. Ces deux rapports contractuels sont la conséquence juridique de la convention d'arbitrage désignant un arbitrage institutionnel. Dans la première section, sera envisagé le régime juridique du contrat de direction de l'arbitrage, contrat conclu entre le centre et les parties. On aborde l'existence, la dénomination, les conditions de validité et la qualification du contrat de direction de l'arbitrage. Dans la seconde section, le régime du contrat de collaboration arbitrale, on aborde l'existence, la dénomination, et les conditions de validité du contrat conclu entre le centre et les arbitres.

Section 1 : Le régime juridique du contrat de direction de l'arbitrage

Dès lors qu'on parle du régime juridique de contrat de direction de l'arbitrage, il nous semble pertinent d'aborder la qualification du contrat (sous-section 2). La qualification du contrat contribue à reconnaître un régime juridique auquel le contrat de direction de l'arbitrage se rapporte, ce qui sera utile lorsqu'on déterminera le régime de responsabilité applicable au contrat de direction de l'arbitrage.

Ensuite, on aborde les conditions de validité parce que la qualification gouverne les règles applicables au contrat (sous-section 3). Étant un contrat civil, les conditions de validité et de formation du contrat de direction de l'arbitrage sont bien entendu soumises aux règles du droit commun des contrats¹⁰³. Néanmoins, étant donné la spécificité et la complexité des rapports contractuels dans l'arbitrage, la validité du contrat de direction de l'arbitrage est également soumise à des conditions spécifiques, à savoir la validité préalablement constatée des autres contrats passés dans le cadre de l'arbitrage (sous-section 4). En effet, malgré l'indépendance du contrat de direction de l'arbitrage, la formation de celui-ci dépend incontestablement de la validité constatée de la convention d'arbitrage et, parfois dans certains cas, de la validité du contrat d'arbitre. Si la convention d'arbitrage est jugée nulle ou inexistante, le contrat de direction de l'arbitrage l'est aussi par conséquent. Il convient donc de déterminer quelle est l'étendue exacte de l'autonomie du contrat de direction de l'arbitrage vis-à-vis des autres contrats impliqués lorsqu'on étudie la formation du contrat de direction.

Néanmoins, avant de parler des conditions de formation et conclusion du contrat, il nous semble primordial d'assurer en premier l'existence du contrat et justifier la dénomination qu'on lui accorde (sous-section 1).

¹⁰³ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2001.511.

Sous-Section 1 : L'existence et la dénomination du contrat

Logiquement, avant de parler des conditions de la validité et le moment de la conclusion du contrat, il faut vérifier que l'existence de ce contrat est certaine, car sinon notre étude sera certainement sans objet.

§1 : L'existence d'un contrat

Le fait de souscrire à un arbitrage institutionnel, en désignant un centre d'arbitrage précis pour organiser et diriger l'instance arbitrale, donne naissance à une relation contractuelle nouée entre les parties à l'arbitrage, appelées les litigants, et le centre d'arbitrage. « *Le caractère contractuel des liens unissant les parties et les institutions n'est plus sérieusement contesté* »¹⁰⁴.

L'affirmation de la nature contractuelle des liens unissant le centre aux litigants a déjà été constatée par les résultats de l'étude lancée par la C.C.I auprès de 47 praticiens de l'arbitrage appartenant à plus de 24 pays¹⁰⁵ et par la doctrine française.

Le contrat de direction d'arbitrage intéresse la doctrine française beaucoup plus que le contrat d'arbitre¹⁰⁶, même si certains se contentent d'en signaler l'existence sans en détailler le régime¹⁰⁷. De même, la doctrine internationale

¹⁰⁴ J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 445.

¹⁰⁵ Ph. Fouchard, « Rapport final sur le statut de l'arbitre », *Bull. CIA de la C.C.I*, vol. 7, n°1, 1996.28, spéc. p. 30 ; W. Melis, « Function and responsibility of arbitral institutions », conférence, Bologne, 29-30 mai 1987, *Comp. Law Yearb. Intern. Bus.*, vol. 13, 1991.107, spéc. p.112..

¹⁰⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p 551. Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*; « Quelques précisions sur les rapports d'arbitrage et le juge étatique », note sous CA Paris, 18 nov. 1987, 4 mai 1988, TGI Paris 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), *Rev. arb.* 1988.657, spéc. n° 7-11 ; « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », *Bull. de la Cour international d'arbitrage*, déc. 1995, spéc. no 5 et 28-29. Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n° 7-28 ; « Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres », note sous CA Paris, 16 déc. 1996, *Rev. arb.*, 1998.121, spéc. n°13. E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 5 et s. M. de Boisséson, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n°650 ; « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel » in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.337, spéc. 338 et s., et les débats p.375 et 473 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, spéc. n°1110 ; P. Plantey « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *JDI*, 1999, p. 731, spéc. p. 735 et s. Aussi cf. les débats in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.375 et 473.

¹⁰⁷ Cass. Civ. 2°, 11 déc. 1985, obs. J. Pellerin, *Rev. arb.*, 1987.387, spéc. 390. A. Plantey « L'arbitrage dans l'échanges internationaux », *Rev. sc. morales et pol.*, 1995.323, spéc. p.325. B.

affirme l'existence d'un tel rapport contractuel¹⁰⁸. L'existence d'un lien contractuel entre les litigants et le centre est confirmée au niveau international tant dans des pays de common law que les pays de tradition civile.

La nature contractuelle a été formellement énoncée, par la juridiction française, pour la première fois dans l'affaire « *Ceksobanka* »¹⁰⁹. Ensuite, la nature contractuelle a été confirmée, plusieurs fois, dans la série des décisions rendues dans les affaires « *Cubic* »¹¹⁰ et « *SNF* »¹¹¹.

Le professeur Clay affirme aussi la nature contractuelle de cette relation entre le centre et les litigants lorsqu'il écrit dans son commentaire qu'

*« à l'instar de l'arbitre dans le contrat d'arbitre, le centre est lié, non pas à chaque litigant, mais aux deux litigants ensemble. C'est un acte conjonctif, car les deux litigants constituent la partie contractante plurale du contrat dont l'autre partie est le centre d'arbitrage »*¹¹².

L'existence d'un contrat de direction d'arbitrage ne donne pas lieu à contestation dans le domaine de l'arbitrage. Les juridictions étatiques et la doctrine reconnaissent l'existence d'un contrat de liant le centre d'arbitrage aux litigants.

Ainsi, après avoir constaté la nature contractuelle de ce rapport, il convient, pour les besoins de l'étude présente, de se pencher sur la dénomination de ce rapport contractuel ainsi que de justifier le choix d'une dénomination précise.

Moreau « La signification des sentences arbitrales », note sous Cass. Civ. 2^e, 15 fév. 1995, *Rev. arb.*, 1996.223, spéc. p.226. Cf J.-M. Hunter, A. Redfern « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », M. Smith (coll.) et E. Robine (trad.), 2^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 1994, spéc. p.129 ; CA Paris, 15 sept. 1998, note E. Loquin, *op. cit.*

¹⁰⁸ L. Fumagalli, « Liability of Arbitral Institutions for the Administration of Arbitration Proceedings », *14 Croat. Arbit. Yearb.*, 2007, p. 61

¹⁰⁹ TGI Paris, 8 oct. 1986 (*Ceskobanka*), *Rev. arb.*, 1987.367. A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *L.G.D.J.*, 1988, spéc. n° 68-75.

¹¹⁰ TGI Paris, 21 mai 1997 (*Sté Cubic*), *op. cit.*; sous obs. Ch. Imhoos, *op. cit.*. Et sur appel, rejeté, CA Paris, 15 sept. 1998 (*Sté Cubic*), sous note P. Lalive, *op. cit.*; sous note E. Loquin, *op. cit.*; sous obs. M. -Cl. Rivier, *op. cit.*; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIVa, 1999.287; sous obs. Ch. Imhoos, *op. cit.*; *Gaz. Pal.*, 9-11 janv. 2000.60. Et sur pourvoi rejeté, Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001, sous note Th. Clay, *op. cit.*, spéc. n°4, p. 514 ; M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *Fordham International Law Journal*, Volume 26, Issue 6 2002 Article 9, p. 1824, spéc. p. 1867.

¹¹¹ CA Paris, 22 janvier 2009 (*Sté SNF*), sous note Ch. Jarrosson, *op. cit.*

¹¹² Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, spéc. p. 551.

§2 : La dénomination du contrat

À l'inverse de la question de l'existence d'une relation contractuelle entre le centre et les litigants, la dénomination de cette relation n'a pas reçu l'accord unanime de la doctrine, car plusieurs expressions sont employées pour la désigner. Certains usent de la dénomination « *contrat d'arbitrage* ». Il est utilisé par une partie de doctrine¹¹³ et de la jurisprudence¹¹⁴. Certains auteurs usent d'une autre dénomination, très proche, « le contrat arbitral »¹¹⁵. C'est cette deuxième dénomination qui a été reprise par la C.C.I dans ses conclusions en défense au cours de l'affaire « *Cubic* », tant en première instance qu'en appel¹¹⁶. Cependant, le professeur Loquin préfère une qualification plus suggestive. Il a fait référence à ce lien contractuel par différentes expressions tournant autour de la même idée de « *contrat d'organisation de l'arbitrage* »¹¹⁷.

Bien qu'on apprécie beaucoup les expressions suggestives utilisées par les professeurs Loquin et Clay¹¹⁸ pour dénommer le contrat liant le centre aux litigants, on pense que l'expression, « *le contrat d'organisation de l'arbitrage* », n'est pas très adéquate à notre propre conception de la mission des centres d'arbitrage. Elle ne reflète pas les fonctions exercées par les centres lors de la procédure arbitrale. On préfère par contre d'utiliser à la place le terme de « *contrat de direction de l'arbitrage* ». Le terme « *direction* » paraît plus pertinent parce qu'il est plus large que le terme « *organisation* » comme englobant tous les aspects de l'activité du centre d'arbitrage, à savoir les fonctions administratives et juridictionnelles.

¹¹³ P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.* ; Ph. Fouchard « L'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 220 ; M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n° 650 ; J. Robert, B. Moreau (coll.), « L'arbitrage : droit interne, droit international privé », *op. cit.*, n° 132, n° 198 et 337 ; Ph Métais, intervention aux débats in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.375, spéc. p. 378 ; P. Plantey « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *op. cit.*, p. 735.

¹¹⁴ CA Paris, 25 nov. 1997, sous note G. Bolard, *Rev. arb.*, 1998.684 ; *D.* 1998, IR, p. 9 ; *RCDIP*, 1999. Somm. 824 ; *Gaz. Pal.* 9-11 janv. 2000.52 ; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté cubic), sous note sous note P. Lalive, *op. cit.* ; sous note E. Loquin, *op. cit.* ; sous obs. M. -Cl. Rivier, *op. cit.* ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIVa, 1999.287 ; sous obs. Ch. Imhoos, *op. cit.* ; *Gaz. Pal.*, 9-11 janv. 2000.60.

¹¹⁵ M. de Boissésou , « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel » in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.337, spéc. 338 et s. ; Y. Muller, « Le contrat judiciaire en droit privé », Thèse Paris 1, (dir.) G. Viney, 1995, spéc. n° 228.

¹¹⁶ TGI Paris, 21 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997.417 spéc. p. 420 ; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté cubic), sous note P. Lalive, *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁷ E. Loquin « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.* ; Paris 15 sept. 1998 (Sté Cubic), sous note E. Loquin, *JDI*, 1999.162, spéc. p. 175 et s.

En effet, le centre ne se contente pas de mettre en place les mesures organisatrices de la procédure, il jouit aussi du pouvoir de contraindre les parties, à travers ses décisions institutionnelles, à souscrire à telle ou telle procédure. Le terme « direction » fait mieux ressortir ce pouvoir que le terme « organisation ». Le terme « direction » signifie bien l'action de diriger l'exécution de quelque chose, d'être à la tête d'une opération collective¹¹⁹. Le terme « direction » recouvre bien le pouvoir hiérarchique exercé par le centre sur ses subordonnés, les litigants, lorsqu'il rend ses décisions institutionnelles. Par contre, le terme « organisation »¹²⁰ ne fait pas apparaître le pouvoir supérieur que le centre exerce à l'égard des litigants.

Personnellement, il nous semble que la dénomination « contrat de direction de l'arbitrage » est la plus adéquate, celle qui correspond le mieux à ce que le centre fait pendant la procédure arbitrale ce qui évite tout risque de confusion entre les différents contrats. Le terme « direction » recouvre à la fois le rôle administratif que le centre exécute lorsqu'il organise la procédure arbitrale, et le rôle autoritaire qu'il exerce lorsqu'il se prononce sur une demande de récusation d'un arbitre ou lorsqu'il examine la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage ou approuve en forme le projet de la sentence arbitrale.

En conclusion, la dénomination « *direction de l'arbitrage* » est, à notre avis, un terme qui englobe en plus de l'administration, l'exercice d'un pouvoir juridictionnel. Par contre, l'« *organisation de l'arbitrage* » est un terme qui est plus attaché aux mesures pures de gestion et d'organisation d'arbitrage et qui exclut la fonction juridictionnelle exercée par le centre. La formule, « *contrat de direction de l'arbitrage* », peut sembler un peu longue pour le nom d'un contrat, mais elle est préférable à une formule courte, comme celle de « contrat d'arbitrage », qui peut créer des confusions notamment en une matière comme celle-ci où les contrats ont tendance à se multiplier.

Après avoir constaté l'existence d'une relation contractuelle entre le centre et les litigants et après avoir choisi sa dénomination, il convient de démontrer la qualification du contrat avant d'étudier les conditions de validité parce que la qualification gouverne les règles applicables au contrat, à savoir les conditions de validité.

¹¹⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n°700, p. 553

¹¹⁹ Cf. Dictionnaire française Larousse

Sous-Section 2 : La qualification du contrat de direction de l'arbitrage

La tentative de qualification du contrat de direction d'arbitrage semble utile, car on pourra vérifier la correspondance entre le régime juridique de ce contrat et le régime juridique d'un contrat auquel on peut le rattacher. Cette qualification nous aidera sans doute lorsqu'on cherchera le régime de responsabilité applicable au contrat de direction d'arbitrage.

Certes, cette qualification risque de n'être valable qu'en droit français. Mais la recherche d'une qualification en droit français suffit en elle-même à constituer une opération d'envergure comme le Professeur Clay l'a mentionné dans sa thèse lorsqu'il évoquait la qualification du contrat d'arbitre :

« [d] 'autant que la solution pourrait offrir des bases de réflexion pour les droits étrangers, et notamment ceux des autres pays de "civil law" dont le droit de l'arbitrage est parfois très proche du droit français. En outre, il n'est pas exclu que la solution proposée soit suffisamment souple pour être transposable aux droits étrangers, car, ainsi que l'avait déjà laissé entendre René David, en matière d'arbitrage les qualifications sont souvent communes à plusieurs systèmes juridiques »¹²¹.

Bien que ces raisons soient citées à l'occasion de l'étude sur la qualification du contrat d'arbitre, on pense qu'elles justifient également une étude sur la qualification du contrat de direction d'arbitrage. À ces raisons s'ajoute l'intérêt civiliste de savoir comment analyser un nouveau contrat qui n'entre pas dans les catégories juridiques préexistantes.

Enfin, sachant que l'arbitrage en tant que notion juridique souffre de plus de déficits de qualification que d'excès¹²², toute tentative de systématisation doit être accueillie avec bienveillance, d'autant que, comme l'a relevé un auteur, la nature du

¹²⁰ Action d'organiser, de structurer, d'arranger, d'aménager, cf. Dictionnaire française Larousse.

¹²¹ *ibid.*, p. 741.

contrat de direction d'arbitrage, conclu entre le centre d'arbitrage et les litigants, est un sujet toujours assez controversé en doctrine¹²³.

Comme il n'est pas raisonnablement possible, ni très utile, de tester la conformité du contrat de direction de l'arbitrage avec tous les contrats existants, il convient de limiter la recherche aux seuls contrats probables. Selon ce critère de probabilité, notre étude se limitera aux seuls contrats nommés qui ont été proposés en doctrine comme qualification du contrat de direction d'arbitrage. A priori, le contrat de direction d'arbitrage est à rapprocher soit du contrat de mandat soit du contrat d'entreprise.

§1 : Assimilation du contrat de direction d'arbitrage au contrat de mandat

L'assimilation du contrat de direction d'arbitrage au contrat de mandat est soutenue en doctrine¹²⁴. Philippe Fouchard considérait le centre d'arbitrage comme un mandataire des litigants. Il est vrai que le contrat de direction d'arbitrage emprunte une partie de son régime au contrat de mandat. Outre qu'ils sont des actes juridiques, ces deux contrats peuvent être rapprochés de deux façons.

Il y a d'abord ce qui est directement issu du contrat de mandat, comme l'obligation pour les litigants de donner au centre les moyens d'exécuter sa mission, notamment pour ce qui concerne le remboursement des frais. C'est une obligation qui est comparable à celle du mandant qui est tenu de « *rembourser au mandataire les avances et les frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et [de] lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis* »¹²⁵. De surcroît, la mission du centre est révocable *ad nutum* par les litigants conjointement comme l'est le mandataire par ses comandants. Enfin, il y a certains traits communs aux deux contrats, comme le très fort *intuitu personæ* qui les anime, ou leurs caractère synallagmatique, consensuel et temporaire.

¹²² *id.*

¹²³ J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 445.

¹²⁴ CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 674.

¹²⁵ Code civil français., art. 1999, al. 1^{er}.

Cependant, tous ces nombreux points communs ne cachent pas les différences essentielles entre contrat de direction de l'arbitrage et contrat de mandat. Elles tiennent aussi bien au régime du contrat qu'à sa nature.

En ce qui concerne le régime des contrats, le régime du contrat de direction d'arbitrage présente des différences telles avec le contrat de mandat que les deux contrats ne peuvent pas être totalement assimilés. L'obligation du mandataire de rendre des comptes au mandant de son activité (art. 1993 C. civ.) n'est pas naturellement concevable pour le centre. Normalement, les centres, selon leurs règlements, ne sont pas obligés de rendre des comptes.

En ce qui concerne les obligations incombant aux parties, le contrat de direction d'arbitrage est certainement incompatible avec celle du contrat de mandat. Le mandataire a pour rôle de représenter le mandant, alors que le centre a pour mission de diriger l'arbitrage. Bien que la mission de diriger l'arbitrage suppose que le centre soit tenu par deux types de prestations différentes, ces deux types de prestation relèvent bien entendu de la catégorie de contrat d'entreprise¹²⁶. Il convient d'observer que la prestation de service dans ce contexte n'implique pas de mandat, parce que le centre n'agit pas au nom des litigants. C'est vrai que le centre rend de service pour les litigants, mais ces prestations sont faites au propre nom du centre et pas au nom des litigants.

Le premier type d'obligation concerne la pure gestion de la procédure arbitrale. Il est vrai que le centre agit pour le compte des litigants lorsqu'il rend des décisions sur des questions de pure gestion de la procédure arbitrale, néanmoins ces obligations pure gestion semblent à une prestation de service plus qu'un mandat. Celles-ci se divisent en deux catégories : d'une part, les obligations concernant la supervision de l'arbitrage, par exemple veiller au déroulement normal de l'arbitrage conformément au règlement applicable, etc., et d'autre part, des obligations relevant de l'organisation uniquement matérielle de l'arbitrage. Le centre est tenu d'accomplir certaines tâches comme fournir des lieux d'audience et des interprètes, assurer l'échange des écritures, s'occuper de la sténotypie des audiences, de la conservation de sentence, du versement des honoraires et frais, etc.

¹²⁶ Th Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, spéc. p. 795.

Ces deux séries d'obligations, qu'elles en soient intellectuelles ou matérielles, sont exécutées par le centre personnellement sans représenter les litigants pour accomplir sa mission personnelle d'organisateur d'arbitrage. Elles sont rattachées à l'obligation d'organisation d'arbitrage qui rentre visiblement l'une comme l'autre dans la définition du contrat d'entreprise¹²⁷.

Du surcroît, le centre n'agit certainement pas au nom des litigants, au contraire d'un mandataire classique, lorsqu'il exécute le deuxième type de prestation, à savoir les décisions institutionnelles portant sur l'opposabilité de l'arbitrage - l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage -, la constitution du tribunal arbitral, le maintien ou la récusation de l'arbitre ainsi que l'approbation du projet de sentence arbitrale. Un centre d'arbitrage est normalement capable d'imposer aux arbitres et aux litigants ses décisions institutionnelles et les litigants ne peuvent qu'obéir. Cependant, il n'est pas concevable qu'un avocat, un mandataire classique, puisse imposer ses décisions à son client, le mandant¹²⁸.

Ainsi, l'autorité conférée au centre par l'accord des litigants empêche la qualification du contrat de direction de l'arbitrage en contrat de mandat. Les centres d'arbitrage, détenant le pouvoir d'imposer des modifications de forme et indirectement de fond de la sentence, se réservent, à défaut, le droit de ne pas approuver la sentence, la privant de tout effet. Ce faisant, ils n'agissent pas comme un mandataire. D'après notre connaissance, on pense que le *Trust* est la seule hypothèse où la personne agissant dans l'intérêt des bénéficiaires à savoir le *Trustee*, peut imposer des décisions contraires aux demandes de ces bénéficiaires qu'il agit dans leur intérêt. Néanmoins, le centre d'arbitrage ne peut pas être qualifié de *Trustee* parce que tout simplement le contrat de direction d'arbitrage ne correspond ni aux conditions du *Trust* ni même à la notion de *Trust*¹²⁹.

Par l'accord préalable des litigants de soumettre leur arbitrage à la direction du centre, ils ont tacitement accepté également d'être subordonnés au centre qui a désormais le pouvoir de leur imposer ses décisions institutionnelles. Ce pouvoir supérieur accompagné par le caractère contraignant de ces décisions, développé lors

¹²⁷ *ibid.* p. 796, 797.

¹²⁸ Sur les obligations du mandataire envers le mandant *cf.* A. Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », 10^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2013, p. 435 et s.

¹²⁹ V. Uniform Trust Code 2010.

de l'étude de la fonction juridictionnelle des centres¹³⁰, sont peu concevables dans la cadre d'un contrat du mandat parce qu'un mandataire agit en nom des mandants et pour leur compte. Le mandataire est subordonné au mandant, alors qu'en arbitrage institutionnel c'est l'inverse, les litigants sont subordonnés au centre.

Certes, la sentence est rendue au nom des litigants, mais le centre appose certainement son label sur la sentence sans lequel la sentence ne peut pas être publiée la privant ainsi de tout effet. En revanche, les actes juridiques passés par un mandataire sont passés au nom du mandant sans nécessairement revêtir le label ou la signature du mandataire sur l'acte¹³¹.

Au surplus, l'obligation essentielle à la charge du mandataire de rendre compte au mandant de sa gestion¹³² ne s'impose pas aux centres d'arbitrage. Ceux-ci ne sont pas tenus, d'après leurs règlements ou le contrat de direction d'arbitrage, de fournir aux litigants, prétendus mandants, les informations, c'est-à-dire les motifs, qui leur ont permis de prendre la décision institutionnelle. Par ailleurs, lorsque le centre d'arbitrage exécute sa mission, il n'est pas tenu d'être loyal aux litigants au sens strict du terme dans le contexte de contrat de mandat¹³³, au contraire, il est plutôt tenu de se montrer indépendant.

C'est pour ces raisons que la qualification du contrat de direction d'arbitrage en contrat de mandat, soutenue par Philippe Fouchard, nous semble bien douteuse. Pour lui, la qualification principale du contrat de direction d'arbitrage est bien celle de mandat, bien que les centres exécutent certaines fonctions qui ne sont pas des actes juridiques passés au nom de leurs mandants, et accomplissent des prestations de service matérielles et intellectuelles qui entrent plus dans le cadre du contrat d'entreprise¹³⁴. Il admet que le problème essentiel tient au désaccord des litigants; s'ils convenaient ensemble de mettre fin aux fonctions d'organisation de l'arbitrage qu'ils ont confiées à un centre, ce dernier ne pourrait que s'incliner sauf à obtenir

¹³⁰ V. *infra*, « Chapitre 2 : La constatation de la fonction juridictionnelle résultant des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage », p. 185.

¹³¹ Code civil français, Art. 1984 « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Cf. A. Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », *op. cit.*, p. 435 et s.

¹³² A. Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », *op. cit.*, p. 451

¹³³ *ibid.*, 449

¹³⁴ CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 674

réparation de son préjudice matériel et moral si la révocation est abusive ou simplement « sans cause légitime »¹³⁵.

Cependant, ce n'est pas parce que le centre représente la volonté commune des litigants qui peuvent, par accord mutuel, mettre fin au contrat, que le contrat de direction de l'arbitrage doit être qualifié d'un contrat de mandat¹³⁶. Les notions de représentation et d'exercice d'une fonction juridictionnelle sont exclusives l'une de l'autre. Il est donc erroné de voir les centres d'arbitrage comme des mandataires, leurs pouvoirs de contrainte étant différents de ceux tirés du mandat et leur mission différente. Le mandat implique une soumission de la personne qui est investie, le mandataire, aux ordres du mandant. Or, la direction d'un arbitrage institutionnel suppose une sorte de soumission des litigants à la décision institutionnelle que le centre prendra.

§2 : Assimilation du contrat de direction de l'arbitrage au contrat d'entreprise

A notre avis, l'absence de conciliation entre les obligations essentielles du contrat de direction de l'arbitrage et celles du contrat de mandat est totale¹³⁷. Étant donné cette incompatibilité, il nous paraît que la qualification de contrat d'entreprise convient mieux au contrat de direction d'arbitrage. Selon la définition donnée dans l'article 1710 du Code civil, un contrat d'entreprise est le contrat par lequel « *une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

Il convient d'indiquer que le contrat d'entreprise ne concerne pas seulement des actes matériels. Bien qu'il le fût initialement, le contrat d'entreprise a connu une

¹³⁵ *id.*

¹³⁶ Il y a plusieurs exemples des contrats civils ou commerciaux où l'une des parties peut mettre fin au contrat, tant que l'autre partie, le cocontractant, ne peut réclamer que la réparation de son préjudice si la révocation est sans cause légitime. À titre d'exemple, dans un contrat de prêt, si l'emprunteur décide de ne plus exécuter le contrat, le prêteur n'est pas en mesure de lui imposer l'exécution forcée du contrat. Il peut juste obtenir la réparation de son préjudice matériel et moral résultant de la révocation abusive. La **Révocabilité Ad nutum** rend le prêteur en tant que un mandant parce que l'emprunteur a mis fin au contrat et le prêteur ne pouvait pas de lui imposer l'exécution du contrat. Donc, la qualification d'un contrat de mandant nous semble bien contestée. Sur les question de mandat d'intérêt commun et la révocation de contrat de mandat *cf.* A. Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », *op. cit.*

¹³⁷ *Contra* E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 32.

dématérialisation¹³⁸ de son objet qui a permis de qualifier en contrat d'entreprise des activités de nature intellectuelle¹³⁹. En conséquence, le contrat d'entreprise en deviendrait presque une sorte de qualification résiduelle prête à aspirer tous les contrats qui n'entrent dans aucune autre qualification juridique contractuelle¹⁴⁰.

C'est dans ce qui conduit à qualifier de contrat d'entreprise le contrat de direction d'arbitrage. La mission du centre correspond parfaitement à la définition légale du contrat d'entreprise. Qualifier d'entrepreneur celui qui fait « quelque chose » pour quelqu'un cela correspond incontestablement à la mission effectuée par le centre. En doctrine, les définitions convergent pour définir l'entrepreneur comme « une personne [qui] s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans la représenter »¹⁴¹. La plupart de ces caractéristiques se retrouvent dans le contrat de direction d'arbitrage qui est aussi synallagmatique, commutatif et consensuel. En outre, l'indépendance, indispensable pour exécuter la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage¹⁴², est une qualité intrinsèque que partagent l'entrepreneur et le centre.

Alors, la qualification du contrat de direction d'arbitrage en contrat d'entreprise ne s'oppose pas à la fonction juridictionnelle que le centre assurément exerce lorsqu'il prononce des décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. Il nous semble qu'aucune des obligations du centre d'arbitrage n'échappe à cette qualification.

La conséquence logique de l'adoption d'une telle qualification sera l'exclusion automatique du recours à la notion du contrat *sui generis* qui ne s'impose pas sauf si les obligations du contrat à qualifier ne relèvent de rien de connu. Au surplus, reconnaître cette qualification en contrat d'entreprise vise à

¹³⁸ D. Grillet-Ponton, « Essai sur le contrat innommé », *op. cit.*, n° 116; L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », *op. cit.*, n° 50, 700 et 709.

¹³⁹ L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », *op. cit.*, n° 51, 700 et 709.

¹⁴⁰ En ce sens, *cf.* Ph. Delebecque, « Le contrat d'entreprise », Dalloz, 1993, spéc. p. 3 ; Selon lui « la définition, somme toute assez neutre, que reçoit le contrat d'entreprise, permet d'engager pratiquement tous les contrats de services dont le poids est devenu déterminant dans l'économie moderne ».

¹⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier « Droit civil. Contrats spéciaux », *op. cit.*, n° 708.

¹⁴² *V. infra.*, « Sous-section 3 : Les obligations implicites liant les centres d'arbitrage », §2 : Être indépendant », p. 150

écarter automatiquement la qualification du contrat de direction d'arbitrage en contrat de mandat. Le refus de la qualification de mandat est justifié par la dualité de la fonction d'un centre d'arbitrage qui exécute une fonction juridictionnelle et administrative. Comme on le démontre dans la suite de notre recherche le centre exerce sans aucun doute une fonction juridictionnelle quand il accomplit sa mission de diriger l'instance arbitrale¹⁴³.

Après avoir constaté l'incompatibilité de la qualification du contrat de mandat pour le contrat de direction d'arbitrage, on ne peut que l'assimiler à un contrat d'entreprise. Cette qualification englobe, d'une part, les pouvoirs de se prononcer sur la récusation ou le maintien d'un arbitre, l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage, l'approbation du projet de la sentence, et d'autre part, les mesures organisatrices à la charge du centre ou les décisions, correspondant à des tâches de pure gestion, qu'il doit prononcer. C'est la qualification qui conviendrait *a priori* le mieux à la dualité de fonction des centres, ce qui permet aussi de mettre en œuvre un régime de responsabilité dualiste qui varie selon la fonction du centre mise en cause¹⁴⁴.

Après avoir constaté l'existence et la qualification du contrat de direction d'arbitrage, il convient d'étudier les conditions de validité de droit commun de ce contrat et le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage (sous-section 3). Ensuite, on démontre les conditions spécifiques de la validité du contrat de direction, à savoir l'autonomie du contrat de direction de l'arbitrage par rapport aux autres contrats de l'arbitrage (sous-section 4).

¹⁴³ V. *infra.*, « Chapitre 2 : La constatation de la fonction juridictionnelle résultant des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage », p. 185.

¹⁴⁴ V. *infra.*, « Titre II : La dualité des fonctions des centres d'arbitrage », p. 169.

Sous-Section 3 : Les conditions de validité de droit commun du contrat de direction de l'arbitrage

Le contrat de direction de l'arbitrage est un acte conjonctif dont les litigants sont réunis en une seule partie plurale à l'égard du centre, l'autre partie au contrat. Étant un contrat civil, le contrat de direction de l'arbitrage est soumis aux règles du droit commun des contrats¹⁴⁵, tant en ce qui concerne les conditions de forme que les conditions de fond.

§1 : Les conditions de forme

Les conditions de forme sont celles du droit commun. Dès lors que le contrat de direction de l'arbitrage est, en droit français, un contrat consensuel, la formation du contrat n'exige aucune forme sacramentelle particulière. Comme l'objet du contrat est d'investir le centre de sa mission administrative et juridictionnelle, rien ne justifie que le consentement des contractants bénéficie d'une mesure de protection supplémentaire par rapport à celle du droit commun. L'acceptation de la mission par le centre est un acte qui n'exige pas en soi des conditions de sécurité plus grandes que celles prévues en droit commun. Dès lors, un écrit n'est même pas nécessaire à la validité du contrat de direction de l'arbitrage¹⁴⁶.

§2 : Les conditions de fond

Par ailleurs, les règles de la validité des contrats s'appliquent au contrat de direction de l'arbitrage sans restriction. Les quatre conditions de la validité des contrats, énoncées par l'article 1108 du Code civil, doivent être respectées pour que le contrat de direction de l'arbitrage soit valable. Le respect des conditions de fond de droit commun, à savoir la capacité, la cause, l'objet, et le consentement, sera vérifié pour un contrat de direction de l'arbitrage. Le consentement sera particulièrement développé, car il implique la question de la désignation du centre qui est une hypothèse très particulière qui soulève des difficultés en pratique.

¹⁴⁵ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*

¹⁴⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 554.

A. La capacité

Les litigants et le centre doivent avoir la capacité juridique de conclure le contrat de direction de l'arbitrage. Il faut qu'ils soient capables de passer un engagement contractuel. On ne parlera pas beaucoup de la capacité juridique des litigants, parce qu'à défaut, le contrat principal – le contrat initial qui comprend la clause compromissoire parmi ses stipulations — ainsi que la convention d'arbitrage seront nuls, et par conséquent il n'y aura pas lieu de parler, en principe, du contrat de direction de l'arbitrage.

La capacité exigée pour une convention d'arbitrage implique la capacité de compromettre. Pour passer une clause compromissoire, celui qui s'engage doit avoir une libre disposition de ses droits comme l'exige l'article 2059 du Code civil. Néanmoins, la capacité exigée pour conclure un contrat de direction de l'arbitrage est moindre que celle exigée pour une convention d'arbitrage. La capacité de conclure un contrat de direction d'arbitrage n'est pas, donc, plus rigoureuse que celle du droit commun.

De cette observation, on conclut que les litigants ayant eu la capacité de passer la convention d'arbitrage, ils ont *a fortiori* la capacité de passer le contrat de direction d'arbitrage, car la capacité exigée pour passer une convention d'arbitrage est plus rigoureuse que celle exigée pour passer un contrat de direction d'arbitrage. Alors, compte tenu de cette présomption on ne s'intéresse qu'à la capacité du centre. Pour que le centre soit capable de conclure un tel contrat, il faut qu'il ait la personnalité juridique.

En principe, la personnalité morale « *n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* »¹⁴⁷. Quelle que soit la forme du centre d'arbitrage, une association comme la C.C.I. et l'A.A.A., une société comme la L.C.I.A., ou même une personne morale de droit public comme le C.R.C.I.C.A., le centre d'arbitrage dispose sans aucun doute de la personnalité morale¹⁴⁸. Ainsi, les centres d'arbitrage sont dotés de la capacité juridique pour ester en justice, recevoir des dons, acquérir à

¹⁴⁷ Cass. Civ. 2^e, 28 janv. 1954, sous note G. Levasseur, *D.*, 1954.217; concl. Lemoine, *JCP*, 1954, II, p.7879.

¹⁴⁸ Cf. D. Fenouillet, F. Terré, « Droit civil : Les personnes », *op. cit.*, p. 254 et s.

titre onéreux, posséder et passer des contrats avec d'autres personnes tant que cela ne dépasse pas l'objet et l'activité déterminée pour laquelle ils ont été créés¹⁴⁹.

B. Objet et cause

L'analyse de l'objet et de la cause dans le contrat de direction d'arbitrage ne pose pas de difficultés majeures puisque le droit commun s'y applique sans rien changer. Dès lors, il nous revient simplement d'identifier l'objet et la cause de l'obligation des contractants dans le contrat de direction d'arbitrage.

L'objet de l'obligation du centre n'est pas seulement d'accomplir sa fonction juridictionnelle en contribuant à la résolution du litige entre les parties – à travers ses décisions institutionnelles –, mais également d'accomplir sa fonction administrative en dirigeant l'instance arbitrale et en mettant les arbitres en mesure d'exercer leur mission jusqu'à la reddition de la sentence arbitrale. De leur côté, les litigants ont pour obligation d'investir le centre de sa mission et de lui verser des honoraires.

La cause de l'obligation existe bien dans le contrat de direction de l'arbitrage qui est un contrat synallagmatique. Les obligations réciproques des deux parties se servent mutuellement de cause. La cause objective se manifeste dans la perception des honoraires prévus pour le centre en contrepartie du service qu'il doit rendre aux litigants, à savoir la direction de l'arbitrage. Le centre s'engage alors à diriger l'arbitrage parce qu'il est rémunéré pour une telle mission, et les litigants s'engagent à rémunérer le centre parce qu'il leur rend le service de diriger l'arbitrage.

Du surcroît, la cause subjective existe bel et bien dans le contrat de direction de l'arbitrage. Les litigants acceptent d'entrer dans un tel rapport contractuel avec le centre pour résoudre définitivement leur litige par une sentence arbitrale efficace. Et de l'autre côté, le centre accepte aussi d'entrer dans un tel rapport contractuel avec les litigants pour augmenter du nombre des affaires dirigées sous son égide, par conséquent l'accroissement de sa crédibilité et le grossissement de son chiffre d'affaires.

Reste à aborder, dans l'étude des conditions de fond, la recherche d'un consentement valable.

¹⁴⁹ *ibid.*, p. 260 et s.; L. Aynès, Ph. Malaurie, « Les personnes : la protection des mineurs et des

C. Le consentement

Lorsqu'on analyse le respect de l'exigence du consentement lors de la formation du contrat de direction de l'arbitrage, on explore d'abord l'expression de la volonté des parties, puis les vices de consentement, en particulier l'erreur sur la personne ou autrement dit l'erreur sur le centre désigné.

Comme dans tous les contrats consensuels, le contrat de direction de l'arbitrage se forme quand l'acceptation rencontre l'offre, c'est-à-dire quand les litigants acceptent l'offre permanente, que le centre leur propose, en le désignant dans leur convention d'arbitrage. L'acceptation des parties peut être antérieure à la conclusion de la convention de l'arbitrage ou postérieure à la conclusion de la convention.

L'offre ou l'acceptation des parties doit résulter d'une manifestation de volonté personnelle et irrévocable. Cela n'implique pas qu'elle soit expressément donnée, elle peut être tacitement exprimée. Par exemple, une clause compromissoire prévoyant un arbitrage institutionnel qui se déroulera à Paris conformément aux dispositions du règlement de la C.C.I. constitue un consentement tacite de désigner la C.C.I. pour diriger l'arbitrage, bien que la clause compromissoire n'a pas désigné explicitement la C.C.I.¹⁵⁰.

Tandis que l'acceptation antérieure est expressément manifestée par les parties dans la clause compromissoire, l'acceptation postérieure est souvent tacite, car elle apparaît après que le litige survient. Tel était le cas dans l'affaire « *Cubic* »¹⁵¹. En l'espèce, bien que la clause compromissoire visait l'arbitrage institutionnel sans aucune référence précise à la C.C.I., le consentement postérieur des litigants est constaté.

D'un côté, il y avait une volonté non équivoque d'accepter l'offre permanente de la C.C.I par le litigant qui l'a saisi de sa demande d'arbitrage. De l'autre côté, l'acceptation de l'autre litigant, société Cubic, se manifeste dans sa demande reconventionnelle présentée auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. Cette demande formée par la société Cubic était suffisante pour que la Cour de cassation constate, à l'évidence, le consentement de la société Cubic à

majeurs », 7^{ème} éd., L.G.D.J., 2014, p. 217, 218.

¹⁵⁰ CA Paris, 11 fév. 1988 (Sté Gas del Estado), sous note L. Zolligner, *Rev. arb.*, 1989.683; et sur pourvoi rejetée, Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, sous note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1991.81.

¹⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*, spéc. n° 13, p. 517

l'organisation de l'arbitrage par la C.C.I,¹⁵². Cependant, il convient de souligner que la date de la conclusion n'était ni le jour de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni le jour de la saisine de la C.C.I, mais le jour où la société Cubic a formé sa demande reconventionnelle.

Lorsqu'on analyse la condition du consentement des litigants, deux questions nécessaires doivent être éclairées. La première question concerne le moment de l'échange réciproque des consentements, ce qui permet de déterminer le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage (1. Le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage). La réponse à cette question est d'extrême importance parce que découlent du moment de la formation du contrat, la date de la naissance des obligations contractuelles à la charge de chaque partie, ce qui produit des conséquences juridiques non négligeables.

La deuxième question concerne la personne sur laquelle le consentement des litigants s'est fixé, il s'agit de la bonne et la juste désignation du centre choisi par les litigants pour diriger l'arbitrage (2. La désignation du centre d'arbitrage). Une désignation imprécise ou incertaine présente un vice de consentement pour l'erreur sur la personnalité substantielle du centre permettant de mettre en fin la validité du contrat de direction de l'arbitrage.

1. Le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage

En raison de la particularité essentielle de l'arbitrage institutionnel qui impose des obligations prévues par le règlement du centre d'arbitrage, à la charge des litigants et du centre, il est primordial de déterminer le moment de la formation du contrat pour savoir à partir de quel moment les parties seront tenues par l'exécution de ces obligations¹⁵³.

La détermination du moment de la conclusion du contrat est essentielle en raison des conséquences juridiques qui en résultent. À titre d'exemple, la conclusion permet de savoir le moment de la naissance des obligations contractuelles à la

¹⁵² *id.*

¹⁵³ Sur la question de l'intérêt de la détermination du moment de la formation du contrat *cf.* S. Bros, Ch. Larroumet (dir.), « Traité de droit civil : les obligations, le contrat », t. 3, 7^{ème} éd., *Economica*, 2014, p. 251

charge des contractants. Elle nous permet aussi de savoir le régime de la responsabilité applicable. Celui-ci varie en fonction du moment où le contrat a été conclu. Si, le cas échéant, la faute reprochée au centre est commise avant la conclusion du contrat, le régime de responsabilité applicable est celui de responsabilité extracontractuelle (responsabilité délictuelle). Sinon, c'est-à-dire que la faute est commise après la conclusion du contrat, le régime de responsabilité applicable est celui-ci de la responsabilité civile contractuelle.

Alors la question est de savoir si le contrat est conclu au moment de la conclusion de la clause compromissoire désignant le centre ou au moment où le centre accepte une demande d'arbitrage formulée par l'un des litigants.

Ce n'est pas une question à laquelle il est facile de répondre. Bien que le règlement constitue, selon un consensus de la doctrine, une véritable offre de contracter au sens civil du terme (a), le moment où cette offre est acceptée fait l'objet de controverses doctrinales (b).

a. L'offre émanant du centre d'arbitrage

Pour déterminer à partir de quel moment les parties sont tenues par leurs obligations contractuelles, il faut déterminer le moment où le contrat est conclu. En d'autres termes, il faut déterminer le moment où le règlement du centre, considéré comme une offre permanente, est accepté par les litigants. Donc, il nous semble primordial d'analyser le règlement du centre afin de savoir si le règlement constitue une vraie offre fournie par les centres d'arbitrage à contracter. Cette analyse nous conduira vers la question de l'applicabilité des théories classiques concernant le contrat conclu entre des absents, à savoir de la théorie de l'émission et de la réception¹⁵⁴. Donc, on verra quelle théorie est adoptée par la jurisprudence et quelle est la position différente de la doctrine.

La jurisprudence française confirme, depuis longtemps, que le règlement d'un centre d'arbitrage est qualifié comme une offre à contracter, émise par le centre et adressée à des personnes indéterminées, sans stipulation de délai¹⁵⁵. « *Le*

¹⁵⁴ Cf. S. Bros, Ch. Larroumet (dir.), « Traité de droit civil : les obligations, le contrat », *op. cit.*, p. 253 et s. ; D. Fenouillet, Ph. Malinvaud, M. Mekki, « Droit des obligations », 13^{ème} éd., *Lexisnexis*, 2014, p. 114-116.

¹⁵⁵ TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *op. cit.*; sous obs. Ch. Imhoos, *op. cit.* Et sur appel, rejeté, CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), sous note P. Lalive, *op. cit.*; sous note E. Loquin, *op. cit.*; sous obs.

règlement d'arbitrage institutionnel est presque unanimement reconnu comme une offre permanente et ferme de contacter »¹⁵⁶.

D'ailleurs, le règlement d'arbitrage, le corps du contrat de direction de l'arbitrage, est assimilé, par certains auteurs¹⁵⁷, à un contrat d'adhésion puisque l'offre est rédigée unilatéralement par le centre et adressée uniformément à n'importe quel destinataire. Étant donnée sa nature unilatérale, la modification de l'offre par les litigants est vraiment peu concevable dès lors que l'affirmation de la modification dépend de la volonté du centre.

La proposition d'une version partielle ou version modifiée du règlement d'arbitrage dans la convention d'arbitrage, faite par les litigants, signifie que les litigants ont fait une contre-offre. La manifestation de leur volonté est impropre à former le contrat puisqu'il n'y a pas de concordance entre l'offre du centre et la manifestation de volonté des litigants. La manifestation de volonté de la part des litigants n'entraîne pas la conclusion de contrat de direction de l'arbitrage. Il faut pour que le contrat soit formé que le centre d'arbitrage accepte à son tour la contre-proposition.

Selon la pratique, l'offre est souvent acceptée par les litigants sans aucune proposition de modification de la part des litigants. Le pollicitant, le centre d'arbitrage dans notre hypothèse, est alors tenu de maintenir son offre. Étant donnée l'irrévocabilité des offres en droit français positif et de la nature permanente de

M. -Cl. Rivier, *op. cit.*; Yearb. Comm. Arb., vol. XXIVa, 1999.287; sous obs. Ch. Imhoos, *op. cit.*; Gaz. Pal., 9-11 janv. 2000.60.

¹⁵⁶ Th. Clay, « *L'arbitre* », *op. cit.*, n° 723, p. 565 ; Sur la question, J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 74 et s. ; A. Ditchév, « Le contrat d'arbitrage : Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer », *Rev. arb.*, 1981.395, spéc. n° 2 ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 32, 33 ; Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance », *op. cit.*, n°7 ; E.Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 5 et s. ; A. Kassis, « Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre du commerce international : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, n°73 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n°1110 ; A. Plantey, « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *op. cit.*, p. 741. Pour qu'il ne s'agit pas que d'un appel d'offre, cf. P. Lalive, « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », *Recueil des cours*, t.120, 1967, spéc. p. 677 ; S.D. Franck, « The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 5,6.

¹⁵⁷ Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n°9 ; E.Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 6 ; J. Robert, « L'arbitrage : droit interne, droit international privé », *op. cit.*, n°132 ; Th. Clay, « *L'arbitre* », *op. cit.*, p. 550 et s.

l'offre des centres, les litigants peuvent contraindre le centre d'arbitrage à diriger l'arbitrage tant que la clause compromissoire désignant le centre est valide¹⁵⁸.

« Le centre d'arbitrage qui par la publication de son règlement, offre à tout désireux ses services d'organisation et d'administration des arbitrages, ne peut pas refuser arbitrairement d'intervenir lorsque son intervention est demandée. Que la décision d'ouverture d'une procédure relève de sa seule appréciation ne signifie pas qu'elle relève de son bon plaisir »¹⁵⁹.

Certains soutiennent que contraindre le centre à diriger un arbitrage est un faux problème, car il est improbable que les litigants insistent pour qu'un centre organise une instance qu'il ne veut pas organiser¹⁶⁰. Néanmoins, on pense que c'est un vrai problème, notamment si on prend en considération la position de l'un des litigants qui veut profiter de la situation juste pour entraver l'effectivité de la convention d'arbitrage. Il faudrait donc permettre, même théoriquement, aux litigants de contraindre le centre à remplir ses obligations contractuelles pour pallier les obstacles créés soit par le centre, soit par le litigant de mauvaise foi.

Ainsi, le contrat est conclu dès le moment où les litigants ont exprimé leur acceptation en faisant intégrer le règlement du centre dans leur clause compromissoire. Il convient de souligner que la vérification de l'existence de la convention d'arbitrage exercée par le centre, lorsqu'il est saisi d'une demande d'arbitrage, ne signifie pas de laisser au centre la liberté d'accepter ou refuser la direction de l'instance arbitrale. Le centre ne remet pas en cause son offre lorsqu'il vérifie que les conditions de l'offre sont bien remplies, et que notamment la convention d'arbitrage existe¹⁶¹. Par conséquent, le caractère irrévocable de l'offre est bien respecté.¹⁶²

¹⁵⁸ *ibid.*, n° 725, p. 566.

¹⁵⁹ A. Kassis « Réflexions de l'arbitrage sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, spéc. n° 75

¹⁶⁰ Ph. Fouchard « L'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 220

¹⁶¹ Sur la question, I. Hatout, « Les pouvoirs de la cour d'arbitrage de la C.C.I de décider ou non d'organiser l'arbitrage », *Bull. ass. suis. arb.*, 1990.12.

¹⁶² Th Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 565, 567

Il ne faut pas confondre cette vérification avec le cas illicite où le centre d'arbitrage se réserve le droit d'accepter ou de refuser de diriger l'arbitrage à lui soumis. Ce cas est illicite puisque le caractère irrévocable de l'offre est remis en cause parce que le centre, avec un tel pouvoir discrétionnaire, peut refuser, sans motifs, l'administration d'un arbitrage. Une telle stipulation lui donne le pouvoir de rétracter son offre et de refuser de contracter bien qu'il y ait eu acceptation de l'offre par les parties à la convention d'arbitrage.

Si le centre se réserve à lui même le dernier mot pour accepter de contracter avec les litigants ou non, le règlement d'arbitrage ne constitue absolument pas une offre permanente de contracter. Il s'agit plutôt d'une simple invitation à entrer en pourparlers¹⁶³. Néanmoins, pour que ce soit le cas, il faut que le règlement émette des réserves expresses qui donnent au centre le droit d'accepter ou refuser de diriger un arbitrage.

Après avoir expliqué l'irrévocabilité de l'offre du centre, il convient de démontrer le moment où cette offre est acceptée par les litigants et par conséquent le moment à partir duquel les litigants et le centre sont engagés par le contrat de direction de l'arbitrage.

b. L'acceptation de l'offre : détermination du moment de la formation du contrat

L'acceptation de l'offre résulte en principe de l'accord des litigants de faire un arbitrage dirigé par un centre d'arbitrage bien désigné dans leur convention d'arbitrage. Il faut que l'acceptation émise par les litigants soit convergente à l'offre permanente du centre pour qu'il y ait une vraie rencontre de volontés. Donc, si la stipulation désignant un centre d'arbitrage prévoit des dispositions incompatibles avec celles du règlement du centre désigné, cette stipulation est une contre offre plutôt qu'une acceptation de l'offre permanente, et à ce titre, c'est au centre soit d'accepter la contre offre soit de la refuser¹⁶⁴.

¹⁶³ J.-L. Aubert, J. Flour, et E. Savaux, « Droit civil. Les obligations. Acte juridique », t. 1, 16^{ème} éd., Sirey, 2014, p. 121 ; Y. Lequette, Ph. Simler, F. Terré, « Droit civil : Les obligations », 11^{ème} éd., Dalloz, 2014, spéc. 131

¹⁶⁴ TGI Paris (Ord. Réf.), 22 janv. 2010 (Sté Samsung), *Rev. arb.*, 2010.571; sous note J.-B. Racine, *Rev. arb.*, 2010.576, spéc. p. 578 et s.

A titre d'exemple, dans l'affaire « *Samsung* », les deux litigants ont désigné dans leur convention d'arbitrage sans équivoque la C.C.I en tant que le centre d'arbitrage dirigeant leur arbitrage. Pourtant leur convention d'arbitrage excluait d'un commun accord les dispositions relatives à la confirmation et au rejet des arbitres et celles relatives à l'approbation de la sentence arbitrale.

En l'espèce, la Cour internationale d'arbitrage¹⁶⁵ de la C.C.I. avait refusé la modification du règlement opérée par les parties, considérant sans doute qu'elle aboutissait à une dénaturation du texte. La Cour avait ainsi demandé aux parties de renoncer aux modifications apportées, mais l'une d'entre elles avait refusé. En conséquence, le secrétaire de la Cour avait mis fin à la procédure. Le président du tribunal de grande instance de Paris, saisi en référé, a prononcé, après l'accord mutuel des parties, la transformation de l'arbitrage institutionnel en arbitrage *ad hoc*, et désignant la C.C.I. comme l'autorité compétente pour la désignation du président de tribunal arbitral. On tire donc de l'ordonnance du président de tribunal de grande instance l'absence de la formation du contrat de direction de l'arbitrage faute de fournir une acceptation concordante¹⁶⁶.

Dès lors que l'échange des volontés dans le contrat de direction de l'arbitrage n'a pas eu lieu entre des litigants présents et le centre, l'hypothèse classique d'un contrat conclu entre absents a vocation à s'appliquer¹⁶⁷. D'après cette hypothèse classique, la détermination du moment où le contrat est effectivement conclu est soumise à plusieurs théories¹⁶⁸ dont deux principales méritent d'être rapportées. La première, qu'on appelle la théorie de l'**émission**, considère que le contrat est formé dès le moment où l'acceptation de l'offre a été émise par le destinataire. En revanche, la seconde théorie, qu'on appelle la théorie de la **réception**, estime que le contrat est formé au moment où l'acceptation est reçue par le pollicitant. Même si le choix entre les deux n'est pas définitivement établi en droit positif, la théorie de l'émission est préférée par la jurisprudence et la doctrine¹⁶⁹.

¹⁶⁵ La Cour internationale d'arbitrage, ci-après dénommé C.I.A.

¹⁶⁶ *id.*

¹⁶⁷ Cf. S. Bros, Ch. Larroumet (dir.), « Traité de droit civil : les obligations, le contrat », *op. cit.*, p. 253 et s. ; D. Fenouillet, Ph. Malinvaud, M. Mekki, « Droit des obligations », *op. cit.*, p. 114-116.

¹⁶⁸ J.-L. Aubert, J. Flour, et E. Savaux, « Droit civil. Les obligations. Acte juridique », *op. cit.*, p. 121 ; Y. Lequette, Ph. Simler, F. Terré, « Droit civil : Les obligations », *op. cit.*, spéc. 131

¹⁶⁹ Cass. Com., 7 janv. 1981 (Sté l'Aigle distribution), *Bull. Civ. IV, n°14* ; obs. F. Terré et Y. Lequette, « Grands arrêts de la jurisprudence civile », *Dalloz*, coll. Grands arrêts, 11^{ème} éd., 2000, spéc. t.2, n°145 ; obs. F. Chabas, *RTD Civ.* 1981.849 ; obs. J. Hémar, *RTD com.* 1981.287.

Rapporté à notre sujet, en appliquant la théorie de l'émission, le contrat de direction de l'arbitrage est alors conclu dès lors que les litigants signent leur convention d'arbitrage faisant référence au règlement d'arbitrage émis par le centre d'arbitrage, sans qu'il soit nécessaire d'informer préalablement celui-ci. La seule référence au règlement d'arbitrage dans la convention d'arbitrage constitue l'émission de l'acceptation du contrat proposé par le centre d'arbitrage. Il n'est même pas utile d'informer le centre d'arbitrage, car l'information du cocontractant ne relève pas de la validité du contrat, mais de son exécution. En revanche, l'application de la théorie de la réception suppose que le contrat de direction de l'arbitrage n'est formé qu'au jour de la saisine du centre d'arbitrage.

La théorie de la réception était la théorie sur laquelle le TGI Paris s'est fondé, dans l'affaire « *SNF* »¹⁷⁰, pour déclarer que le règlement applicable était celui en vigueur « *au jour de l'introduction effective d'une procédure d'arbitrage* »¹⁷¹. Pourtant, la Cour d'appel avait penché pour la thèse inverse de l'émission pour déterminer le règlement applicable. Elle a décidé que c'est

« au moment où l'offre émise par la C.C.I a été acceptée en 1993 par les sociétés SNF et Cytec, ces dernières sont convenues de désigner cette institution permanente d'arbitrage en considération du règlement par elles connu, sans stipuler une soumission au règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure d'arbitrage, aucune disposition du règlement de 1988, en vigueur depuis 1993, ne prévoyant que la version du règlement applicable serait celle de la date mise en œuvre de l'arbitrage »¹⁷².

Cela laisse entendre que, s'il n'était pas fait référence au nouveau règlement dans l'acte de mission, l'ancien règlement aurait dû s'appliquer¹⁷³.

Le même désaccord existe aussi dans la doctrine. Plusieurs auteurs sont en faveur de la théorie de réception, et par conséquent l'application de la version du règlement existant le jour du litige. Pour eux, la nature de l'arbitrage, des rapports

¹⁷⁰ Pour une interprétation dans un sens comparable, cf. CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009.617, spéc. p. 622.

¹⁷¹ Sur cette thèse et leur avantages respectifs, TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2007.847, spéc. n° 7-11

¹⁷² CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*

¹⁷³ En l'espèce cela ne changerait rien car la nouvelle version du règlement, règlement du 1998, incluait une disposition transitoire.

contractuels de l'arbitrage, et du litige supposent l'application du règlement en vigueur le jour où le litige est survenu¹⁷⁴.

Pourtant, les partisans de la théorie d'émission estiment que la théorie de réception doit être **rejetée** étant donné le caractère irrévocable de l'offre de contracter que constitue l'émission du règlement d'arbitrage¹⁷⁵. Selon eux la théorie de l'émission est le seul fondement juridique qui justifie le pouvoir des litigants d'imposer au centre d'arbitrage, l'application de la version du règlement correspondant au jour où l'offre est retenue, plutôt que le règlement en vigueur au jour du litige¹⁷⁶. C'est dans cette perspective que la Cour d'appel de Paris s'est inscrite. Elle a répondu à l'inconvénient de priver des litigants des améliorations apportées par le centre d'arbitrage à son nouveau règlement en énonçant que « *les parties [litigants] peuvent lors de l'introduction de la demande d'arbitrage se référer expressément à la version du règlement en vigueur à cette date* »¹⁷⁷. A titre, d'exemple, ils peuvent le stipuler dans leur acte de mission.

Ils assimilent le conflit des règlements à la question du choix d'une loi dont le contenu a changé entre le moment de la désignation de la loi et le moment de la mise en œuvre du contrat. Il s'agit du cas où les parties ont visé, non pas une loi nationale dans son ensemble, mais le texte précis d'une loi nationale. Comme l'a bien montré le professeur Lagarde, si la référence est faite, dans un contrat international, à un texte législatif précis, celui-ci est déjà incorporé au contrat¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Les favorables à l'application du règlement en vigueur au jour du litige : Ch. Jarrosson « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n° 13-24. ; CA Paris 15 sep. 1998 (Sté Cubic), note sous E. Loquin, *op. cit.*, p.181 ; E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », spéc. n° 7 ; CA Paris, 1^{er} juin 1999, (Sté Tarom), sous note E. Loquin, *op. cit.*, p.383 ; P. Plantey « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *op. cit.*, p. 736.

¹⁷⁵ La doctrine favorable à l'application du règlement en vigueur au jour de la signature de la convention d'arbitrage : G. Flécheux « L'interprétation de l'article 26 de la convention de Washington sur les mesures provisoires », note sous Cass. Civ. 1^e, 18 nov. 1986 (Sté Atlantic Triton), *Rev. arb.* 1987.315, spéc. p. 319. P. Jolidon « Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage », *Stämpfli*, 1984, spéc. n° 322. en ce sens cf. S.D. Franck, « The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity », *op. cit.*, p. 7-8 (noting that contract forms between institutions and parties when parties agreed to submit their decision to institution).

¹⁷⁶ La doctrine favorable à l'application du règlement en vigueur au jour de la signature de la convention d'arbitrage : G. Flécheux « l'interprétation de l'article 26 de la convention de Washington sur les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 319 ; P. Jolidon « Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage », *op. cit.*, n° 322 ; J.-F. Poudret in P. Lalive, F.-F. Poudret et Cl. Revmond « le droit de l'arbitrage interne et international en suisse », Payot, laussane, 1989, spéc. p.31.

¹⁷⁷ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), *op. cit.*

¹⁷⁸ Cass. Com., 9 oct. 1990 (De Dietrich), sous note P. Lagarde, *RCDIP*, 1991.545, spéc. n° 6. Adde P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges offerts à Gérard Lyon-Caen, *Dalloz*, 1989, p. 83, spéc. n°13.

Plus précisément, c'est ce texte, incorporé au contrat qui est appliqué tel qu'il est rédigé au jour de la conclusion du contrat, sans tenir compte des modifications législatives successives du même texte, ou même du nouveau texte en vigueur au jour du litige.

Ainsi, pour ce courant de la doctrine, le texte législatif est incorporé dans le contrat devient comme les propres termes du contrat. Dès lors, les modifications ultérieures de la loi, même si elles sont déclarées applicables aux contrats en cours, ne concernent pas les contrats qui ont incorporé l'ancien texte¹⁷⁹, puisqu'elles se sont transformées en dispositions contractuelles. Ce phénomène de l'incorporation est semblable à celui par lequel un règlement d'arbitrage est visé dans une convention d'arbitrage.

Certes, cette solution présenterait l'avantage de respecter la légitime prévision des litigants et donc de renforcer la sécurité juridique. Néanmoins, on se demande si c'est bien la volonté des parties d'ignorer le nouveau règlement. Le fait que les litigants ont été d'accord sur l'ancien règlement ne signifie pas forcément qu'ils ne sont pas d'accord sur les modifications. Il y a une forte probabilité qu'ils veuillent bien inclure les nouvelles modifications prévues par le nouveau règlement. On pense que les modifications dans la nouvelle version du règlement n'étaient pas telles qu'on pouvait croire que les litigants auraient voulu écarter le règlement s'ils les avaient connues.

Alors, malgré les avantages présentés par la théorie d'émission, le manque de souplesse d'une telle théorie empêche de manifester la vraie volonté des litigants, après la modification, car le contrat est déjà formé. Ainsi, après avoir constaté l'inadaptation des deux théories, la théorie de l'émission et la théorie de la réception, il nous semble que la détermination du moment de la conclusion du contrat peut être résolue par la théorie du « contrat préparatoire »¹⁸⁰. Car l'application de cette théorie permet aux parties de manifester leur volonté d'intégrer les modifications, s'il y a lieu, et en même temps elle assure le caractère irrévocable de l'offre fournie par le centre.

¹⁷⁹ *id.*

¹⁸⁰ En ce sens *cf.* CA Paris, 1^{er} juin 1999 (Sté Tarom », *op. cit.*, p.384 ; *cf.* aussi E. Loquin « Arbitrage. Institutions d'arbitrage » *op. cit.*, n° 7. Sur la question des contrats préparatoires ou, en

C'est pour cette raison que la quasi-unanimité de la doctrine de l'arbitrage¹⁸¹ estime que le contrat de direction de l'arbitrage n'est formé que lorsque le centre d'arbitrage est saisi du litige, c'est-à-dire quand il a reçu l'acceptation des litigants à l'offre qu'il a émise. Cette dérogation au droit commun est une nécessité justifiée par des raisons théoriques et des considérations pratiques.

i. Les raisons théoriques

En principe, la simple référence à un règlement d'arbitrage est faite par les deux litigants dans leur convention d'arbitrage sans que le centre d'arbitrage visé puisse avoir le moyen de la connaître. Il ignore ainsi la quasi-totalité de ces conventions d'arbitrage. L'application de la théorie de l'émission reviendrait donc à considérer que les centres d'arbitrage sont contractuellement engagés par de multiples contrats dont ils ne savent même pas qu'ils existent.

En outre, dès lors que le règlement du centre n'est pas limité à une certaine durée, l'offre de contracter est alors formée sans stipulation de délai. Elle durera tout le temps que dureront les contrats qui ont renvoyé au règlement d'arbitrage. Par conséquent, l'engagement du centre d'arbitrage est quasi perpétuel. Le déséquilibre entre les obligations des parties paraît donc excessif. C'est ce fait qui a conduit une partie de la doctrine à estimer que c'est la théorie de la réception qui doit être applicable dès lors que l'offre de contracter est émise sans stipulation de délai et à des personnes indéterminées¹⁸².

Une des solutions préposées pour surmonter cette difficulté serait d'exiger des litigants qu'ils informent le centre d'arbitrage de la convention d'arbitrage le visant, sous peine de caducité de l'offre. Néanmoins, cette proposition n'a pas reçu l'accord de la doctrine à cause des défauts qu'elle comporte. En premier lieu, imposer l'information du centre de l'existence d'une clause compromissoire le

alternatif, les avant-contrats cf. S. Bros, Ch. Larroumet (dir.), « Traité de droit civil : les obligations, le contrat », *op. cit.*, p. 259 et s.

¹⁸¹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 730 p. 568 ; Ph. Fouchard : « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 33 ; Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n° 18-24 ; J. Robert, B. Moreau (coll.) « L'arbitrage : droit interne, droit international privé », *op. cit.*, n°132 ; A. Kassis « Réflexions de l'arbitrage sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, n° 73 ;
Contra : A. Ditché, « Le contrat d'arbitrage : Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer », *op. cit.*, n°2 ; W. Melis, « Function and responsibility of arbitral institutions », *op. cit.*, p.112.

¹⁸² J.-L. Aubert, J. Flour, et E. Savaux, « Droit civil. Les obligations. Acte juridique », *op. cit.*, p. 121 ; Y. Lequette, Ph. Simler, F. Terré, « Droit civil : Les obligations », *op. cit.*, spéc. 131

visant serait une étape supplémentaire à la charge des litigants ce qui s'oppose à l'esprit de l'arbitrage qui doit avant tout rester simple et rapide. En deuxième lieu, ce serait imposer une première étape pour régler un contentieux qui n'est, et qui pourra demeurer, qu'éventuel. Le risque serait que les litigants se détournent vers d'autres centres d'arbitrage. Et en dernier lieu, cette solution n'est qu'une manifestation de la théorie de la réception déjà refusée par la majorité de la doctrine de droit civil.

Alors ni la théorie d'émission ni la théorie de réception ne semblent convenir à la formation du contrat de direction de l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle on adhère à la position du professeur Clay qui soutient l'inapplicabilité des règles du droit commun concernant la formation des contrats entre absents dans le cas du contrat de direction de l'arbitrage. Il estime que « *le problème ne porte pas sur l'absence physique entre les contractants, mais sur le fait que la convention d'arbitrage est en général conclue bien avant d'être utilisée et même – osera-t-on ajouter – pour ne l'être jamais* »¹⁸³.

Dans ce sens, le professeur Loquin soutient l'inadéquation de l'application du droit commun de la formation des contrats entre absents pour le contrat de direction de l'arbitrage. Il suggère de ne considérer la convention d'arbitrage que comme un « *contrat préparatoire* » au contrat de direction de l'arbitrage, « *une sorte de promesse synallagmatique de saisir l'institution [le centre] d'arbitrage* »¹⁸⁴. Pour le professeur Loquin, la simple référence au règlement du centre dans la convention d'arbitrage ne constitue pas une acceptation de l'offre permanente donnant lieu à la formation du contrat. Cette référence au règlement fait naître, cependant, « une obligation accessoire de conclure le contrat de direction de l'arbitrage » et d'accepter l'offre permanente émise par le centre d'arbitrage¹⁸⁵.

D'après le professeur Loquin,

« il convient de distinguer soigneusement la convention d'arbitrage conclue entre les deux parties et le contrat conclu entre les parties et l'institution [le centre] d'arbitrage. La convention d'arbitrage conclue entre les parties est, entre

¹⁸³ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 570, n°732.

¹⁸⁴ CA Paris, 1^{er} juin 1999, (Sté Tarom), *op. cit.*, p.384.

autres, un contrat préparatoire à la convention qui sera formée une fois le litige né, entre l'institution [le centre] d'arbitrage et les parties. La première convention, clause compromissoire ou compromis, qui désigne l'institution [le centre] d'arbitrage, oblige les parties, une fois le litige né, à conclure le contrat d'organisation [direction] d'arbitrage avec l'institution [le centre] convenue. La clause compromissoire ou le compromis ainsi analysés créent à titre d'obligation accessoire celle de conclure la deuxième convention, et d'accepter l'offre émise par l'institution [le centre] d'arbitrage désignée. La conclusion de ce contrat résulte de l'introduction de la requête d'arbitrage devant l'institution [le centre], qui, seulement à cet instant, prend connaissance de l'acceptation de son offre »¹⁸⁶.

Cette qualification de « contrat préparatoire » est aussi justifiée par des considérations pratiques.

ii. Les considérations pratiques

Le fait de ne pas considérer le contrat de direction de l'arbitrage conclu au moment de saisir le centre de la demande d'arbitrage présente deux avantages. D'abord, cela permet aux litigants d'être libres d'organiser leur procédure différemment de ce qu'ils avaient précédemment prévu dans la clause compromissoire. Cela leur permet aussi de savoir selon quelle version du règlement leur arbitrage il sera dirigé¹⁸⁷. Ainsi, dès lors que le contrat de direction de l'arbitrage n'est pas définitivement formé en faisant référence au règlement d'un centre d'arbitrage, les litigants gardent toujours la liberté de modifier leur

¹⁸⁵ E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage » *op. cit.*, no 7.

¹⁸⁶ TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *op. cit.*, spéc. p. 34.

¹⁸⁷ Sur ce problème impliquant le conflit du temps, cf. CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*

convention d'arbitrage. Ils peuvent ainsi préférer un autre centre, ou même un arbitrage *ad hoc*.

Cela était le cas dans l'affaire « SNF ». Bien que la convention de l'arbitrage, signée en 1993, visât le règlement de la C.C.I, version 1988 en vigueur, les litigants en ont convenu autrement. Ils se sont mis d'accord dans leur acte de mission, signé en 2000, sur l'applicabilité du règlement dans sa version 1998, alors que la version initialement applicable, lors du moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, était celle de 1988¹⁸⁸. Ni la théorie d'émission ni la théorie de réception n'offrent aux litigants la liberté de choisir le règlement applicable jusqu'au jour de la saisine du centre ou la conclusion de l'acte de mission.

Seule la théorie de « contrat préparatoire » permet aux litigants, en premier lieu, de choisir le règlement applicable jusqu'au jour de la saisine du centre ou de la conclusion de l'acte de mission, le contrat existe bel et bien à condition que le règlement en vigueur le jour de la conclusion de la convention d'arbitrage ne comportât pas une disposition transitoire prévoyant l'applicabilité de quel règlement¹⁸⁹.

À titre d'exemple, si le règlement de la C.C.I, version 1988, incluait une disposition transitoire prévoyant l'applicabilité du règlement en vigueur de jour de la saisine de la C.C.I, le règlement du 1998 aurait dû s'appliquer étant donné que l'acte introductif à l'arbitrage était présenté après l'adoption du règlement 1998.

En deuxième lieu, la théorie de « contrat préparatoire » met à la disposition des litigants le pouvoir de contraindre le centre à diriger la procédure arbitrale à condition qu'une convention d'arbitrage existe. En revanche, d'après la théorie de « contrat préparatoire », le centre ne peut pas contraindre les litigants à soumettre la procédure arbitrale sous ses auspices en réclamant que les litigants aient consenti l'application du règlement de centre dans leur convention d'arbitrage.

Davantage, cette théorie permet même à un seul litigant de contraindre tous les deux, l'autre litigant et le centre, à diriger l'arbitrage sous les auspices du centre désigné dans la convention d'arbitrage en saisissant le centre. En d'autres termes, la

¹⁸⁸ *id.*

¹⁸⁹ Par exemple, version 2012 du Règlement de la C.C.I, art. 6.1 « Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à un arbitrage selon le Règlement, elles se soumettent au Règlement en vigueur à la

volonté d'un des litigants saisissant le centre l'emporte sur la volonté de l'autre litigant ou le centre qui refuse l'organisation de l'arbitrage. Il convient d'observer que l'origine de cette contrainte n'est pas le contrat de direction d'arbitrage, mais plutôt la convention d'arbitrage qui est déjà conclue. Il convient de rappeler que selon la théorie de « contrat préparatoire » une obligation accessoire de conclure le contrat de direction de l'arbitrage est née de la désignation du centre dans la convention d'arbitrage.

Le contrat de direction de l'arbitrage est un contrat dérivé de la convention d'arbitrage, et un litigant peut exiger de l'autre qu'il soit formé grâce à la convention d'arbitrage, et à une exécution en nature de la clause compromissoire. Mais, il ne faut pas confondre les deux contrats. Le litigant réticent est contraint au contrat de direction de l'arbitrage par l'autre litigant et non pas le centre d'arbitrage, grâce à la convention d'arbitrage.

Dès lors que le contrat de direction de l'arbitrage n'est pas parfait, les litigants peuvent imposer au centre d'arbitrage qu'il organise la procédure arbitrale lorsqu'ils décident de confier leur litige à un arbitrage. Par contre, le centre n'a pas ce pouvoir en raison de la théorie du « contrat préparatoire » qui met la conclusion du contrat de direction de l'arbitrage à disposition des seuls litigants.

En somme, il nous semble que la théorie de « contrat préparatoire » est la théorie la plus pertinente pour déterminer le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage étant donné le long temps qui s'écoule entre la rédaction de la convention d'arbitrage – le moment de la rencontre des deux volontés —, et la saisine du centre, le moment de la mise en œuvre du contrat. Pendant cette période, il est fort possible de voir le règlement du centre modifié, ce qui soulève le problème de conflit des règlements. Quelle est dès lors la version du règlement applicable à l'instance ? Est-ce celle que les litigants ont visée dans leur convention d'arbitrage ou celle en vigueur au jour du litige ? On se demande de même s'il faut assimiler le règlement d'arbitrage à une règle de procédure qui est traditionnellement considérée en droit transitoire d'application immédiate, ou s'il faut faire prévaloir l'essence contractuelle du règlement d'arbitrage.

date d'introduction de l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au Règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage ».

En outre, la modification du règlement soulève d'autres problèmes loin d'être théoriques, par exemple le problème qui naît de l'augmentation considérable du barème des frais d'arbitrage après avoir modifié le règlement entre le jour de la signature de la convention d'arbitrage et le jour où le litige est survenu. Un autre exemple de difficulté survenant en cas de conflit de règlements est tiré de l'affaire célèbre « *Hilmarton* ». Dans cette affaire, une première sentence C.C.I avait été rendue en 1988 appliquant le règlement d'arbitrage 1975¹⁹⁰, pourtant la sentence a été annulée ultérieurement en 1989 par les juridictions étatiques¹⁹¹. Etant donné que la C.C.I a modifié son règlement en 1988, on s'interroge, alors, sur le fait de savoir selon quel règlement la nouvelle instance arbitrale sera gouvernée. Est-ce le règlement de 1975 ou celui de 1988 ?

Un autre problème survient dès qu'un règlement d'arbitrage donne la solution d'une difficulté de procédure qu'il n'avait pas envisagée dans sa précédente version qui était en vigueur au moment où les litigants ont signé la clause compromissoire s'y référant. Par exemple, il y avait une affaire, jugée par le Tribunal fédéral suisse, où la reprise des actes effectués par un tribunal arbitral, dont l'un des arbitres avait démissionné avant la reddition de la sentence, a soulevé une vraie difficulté, car l'ancien règlement (règlement C.C.I de 1975), en vigueur le jour de la convention d'arbitrage, ne prévoyait rien dans cette hypothèse, alors que cette lacune avait été comblée par le règlement de 1988¹⁹². La difficulté était de savoir selon quel règlement les actes du tribunal arbitral doivent être repris.

De même, la clause exclusive de responsabilité prévue par le règlement de la C.C.I. de 1998, qui n'était pas prévue par le règlement 1988, a été l'objet d'une controverse juridique importante dans l'affaire « *SNF* ». Dans cette affaire, la convention d'arbitrage a été conclue sous l'empire du règlement 1988, dont les dispositions ne prévoyaient aucune clause exonératoire de la responsabilité du centre. Cependant, le litige est survenu après l'adoption du nouveau règlement dont les dispositions prévoient l'irresponsabilité de la C.C.I. Donc, lors d'une action en

¹⁹⁰ Sent. Arb. C.C.I n° 5622, rendue à Genève le 19 août 1988, extraits in *Rev. arb.*, 1993.327, cité par Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 572

¹⁹¹ Cité par Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 572, Cour de Justice de Genève, 17 nov. 1989, « affaire Hilmarton », *Rev. arb.*, 1993.315, obs V. Heuzé p. 179 ; Bull Ass. Suis. Arb. 1994.4, obs. A Mebroukine ; et sur recours, rejeté : Tribunal fédéral suisse, 17 avr. 1990, *Rev. arb.*, 1993.315, obs V. Heuzé p. 179 ; Bull Ass. Suis. Arb. 1994.4, obs. A Mebroukine.

responsabilité engagée par la société *SNF* à l'encontre de la C.C.I, il est primordial de déterminer au préalable le règlement applicable afin de savoir si la clause exonératoire de responsabilité, prévue par le récent règlement, est applicable, en l'espèce, ou non. Toutes ces interrogations, loin d'être uniquement des questions théoriques, sont écartées par l'application de la théorie de « contrat préparatoire ».

La deuxième question qu'on doit préciser lorsqu'on aborde les conditions de validité et le consentement, en particulier, est la question de la désignation précise du centre d'arbitrage.

2. La désignation du centre d'arbitrage

Dans le contrat de direction de l'arbitrage, l'*intuitu personæ* prédomine¹⁹³. Par conséquent, le centre ne peut pas céder son contrat. Il ne peut pas non plus être remplacé sauf par l'accord commun des litigants. Du surcroît, l'erreur sur la personnalité du centre désigné ou sur les qualités substantielles du centre désigné peut certainement entraîner l'annulation du contrat.

Dans ce sens, il convient de souligner que les effets d'annulation produits en raison de l'erreur sur la personne ne touchent que le contrat de direction de l'arbitrage. Un tel vice du consentement ne produit aucun effet à l'égard de la convention de l'arbitrage, car le centre reste un tiers par rapport à la convention de l'arbitrage, et l'erreur sur la personne permet l'annulation d'un contrat à la stricte condition qu'elle porte sur un contractant, et non sur un tiers¹⁹⁴.

Ainsi, dès lors que le centre n'est pas partie à la convention de l'arbitrage, une erreur soit sur le centre désigné soit sur une qualité substantielle du centre n'entraîne que l'annulation du contrat de direction de l'arbitrage¹⁹⁵, sauf si les litigants décident de ne se soumettre à l'arbitrage qu'à condition que ce soit

¹⁹² Version 1988 du Règlement de la C.C.I, Art. 2 §10-13.

¹⁹³ TGI Paris, 28 janv. 1987, *Rev. arb.*, 1987.371. Sur ce point cf Ph. Foucahrd, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.* ; en ce sens, cf. E. loquin, intervention aux débats « Les institutions d'arbitrage en France », in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.473, spéc. p. 475.

¹⁹⁴ Code civil français, Art. 1110, al. 2, « l'erreur n'est pas une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

¹⁹⁵ En ce sens cf. la série des décisions de l'affaire « Répub. de Guinée », TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371; sur ce point cf Ph. Foucahrd, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.* ; CA Paris, 4 mai 1998, sous note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988. 657,

effectivement le centre désigné qui dirige l'arbitrage. C'est la seule hypothèse où l'erreur sur la qualité substantielle du centre entraînera l'annulation de la convention de l'arbitrage qui d'ailleurs est purement théorique, vu qu'on ne rencontre jamais dans la pratique la stipulation d'une telle condition.

Dans cette hypothèse très rare, le centre est intégré dans le champ contractuel de la convention d'arbitrage, et par conséquent l'absence d'indépendance constitue un défaut qui pourrait justifier l'annulation de la convention d'arbitrage. Néanmoins, il faut souligner que l'annulation dans cette hypothèse ne se fonde pas sur l'erreur pour une qualité substantielle du cocontractant, puisqu'il n'est pas un contractant, il est toujours tiers à la convention de l'arbitrage. L'annulation résulte plutôt de l'erreur sur l'objet du contrat.

Ainsi, pour éviter les problèmes complexes qui résultent d'une désignation erronée du centre, y compris notamment la nullité du contrat de direction de l'arbitrage, il est indispensable que le centre soit parfaitement identifié par les litigants. Cela suppose que la désignation et l'identification du centre soient précises et certaines.

a. Une désignation précise

« La question de la désignation du centre d'arbitrage dans le contrat d'organisation [direction] de l'arbitrage sera d'autant plus intéressante que la référence au centre d'arbitrage sera obscure, ambiguë ou incomplète dans la convention d'arbitrage »¹⁹⁶.

Des difficultés peuvent naître quant à l'identification du centre d'arbitrage voulu par les litigants, lorsque la convention d'arbitrage désigne improprement le centre d'arbitrage. Parmi ces difficultés surgit une question résultant du possible conflit d'intérêts allégué contre le centre. En effet, celui-ci estime, par lui-même, s'il a effectivement été désigné¹⁹⁷. Bien que les litigants se soient mis d'accord sur un centre qui dirigera l'arbitrage, c'est le centre qui se prononce, en dernier lieu, sur son investiture. Autrement dit, c'est le centre d'arbitrage qui va décider si le contrat de direction de l'arbitrage est valablement formé ou non.

¹⁹⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 554, n°704.

¹⁹⁷ *id.*

Ce conflit d'intérêts a été indirectement évoqué par la société Cubic dans le litige qui l'a opposée à la C.C.I¹⁹⁸. Le conflit apparaît clairement dans le fait que c'est au centre lui-même de décider s'il est contractant ou non. D'autant que ce genre de contrat implique en général le versement d'importantes sommes d'argent, ce qui peut influencer la décision à prendre.

Cette situation délicate ressemble à celle de l'arbitre qui se prononce sur sa compétence. L'arbitre peut avoir à statuer sur son investiture. Pour l'arbitre, elle a été résolue par l'adoption du principe compétence-compétence qui n'est pas effectivement applicable aux centres d'arbitrage. Pourtant, la situation est résolue grâce au contrôle postérieur des juridictions étatiques, le juge de droit commun, en cas de différend portant sur les modalités d'exécution du contrat.

Des désignations imprécises étaient mises en jeu plusieurs fois devant les juridictions françaises. « *Souvent, les centres d'arbitrage ont interprété en leur faveur des mentions pour le moins énigmatiques* »¹⁹⁹. Tel était le cas lorsque la Chambre arbitrale de Paris s'est reconnue compétente, au nom de la connexité, dans les trois instances arbitrales engagées à l'encontre de la République de Guinée, alors que l'une des clauses compromissoires visait expressément la C.C.I²⁰⁰. De même, tel était le cas de la même Chambre arbitrale qui a considéré qu'une clause compromissoire visant un « arbitrage à Paris » suffisait à la désigner²⁰¹.

Tel était également le cas de la C.C.I qui a prétendu organiser un arbitrage malgré une clause compromissoire imprécise qui faisait simplement référence au règlement d'arbitrage de la C.C.I, sans donner à la Cour internationale de l'arbitrage un rôle quelconque²⁰². Une fois encore, tel était le cas lorsque la C.C.I a accepté d'organiser un arbitrage, alors que la clause visait initialement un autre centre d'arbitrage. Le motif d'une telle décision prise par la C.C.I résidait dans le

¹⁹⁸ Écritures devant CA Paris, 15 sept. 1998, note E. Loquin, *JDI*, 1999.162, spéc. p. 169

¹⁹⁹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 556, n°706

²⁰⁰ TGI Paris (Ord. Réf.), 30 mai 1986 (Répub. de Guinée), *Rev. arb.*, 1987.371 ; obs Ph. Fouchard « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 30, 33 et s. et 49.

²⁰¹ TGI Paris (Ord. Réf.) 4 oct. 1985, (Sté Chayaporn Rice), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1987. 179; sous obs. M. de Boissésou, *Rev. arb.* 1990.337, spéc. p. 342-343. Cette décision n'énonçait pas la nullité de la décision institutionnelle du centre. Mais, plutôt, le tribunal arbitral a de lui-même déclaré agir dans arbitrage *ad hoc*.

²⁰² CA Paris, 11 fév. 1988 (Sté Gas del Estado), sous note L. Zolligner, *Rev. arb.*, 1989.683 ; et sur pourvoi rejetée, Cass. Civ. 1^{er}, 4 déc. 1990, note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1991.81.

changement du centre initialement désigné et dans un accord entre les deux États dont ressortaient les litigants renvoyant les litiges à la C.C.I.²⁰³.

L'imprécision dans la désignation du centre était encore pire dans l'affaire « *Cubic* ». Dans cet arbitrage, la clause compromissoire ne renvoyait à aucun centre pour organiser l'arbitrage. Or, une fois le litige survenu, le demandeur a saisi la C.C.I pour commencer les procédures d'arbitrage. Cette dernière, conformément à son règlement, a avisé le défendeur, l'autre litigant, que la procédure arbitrale C.C.I pouvait débiter et qu'il devait renvoyer un mémoire en réponse dans les trente jours. Le défendeur a donc désigné un arbitre, conformément au règlement C.C.I, alors qu'il n'était pas, pendant cette période, tenu d'accepter que le litige soit dirigé par la C.C.I, vu que la clause compromissoire n'y faisait pas référence.

Pourtant, la réponse affirmative du défendeur à la demande de la C.C.I en désignant un arbitre, a permis à la C.C.I de fonder sa compétence. Par la suite, la société défenderesse, Cubic, a contesté cette compétence et accusé le centre d'avoir commis des agissements dolosifs qui ont forcé la société à conclure finalement un tel contrat. Elle se plaignait d'avoir été « *fortement incitée à adhérer au règlement d'arbitrage de la C.C.I dans des conditions certainement fautives* » parce que la C.C.I ne l'avait pas informée de ce qu'elle pouvait « se soustraire au contrat proposé », et elle voyait dans le présent contrat de direction de l'arbitrage un « contrat arraché »²⁰⁴.

Néanmoins, un rôle plus actif de la part du juge d'appui peut contribuer à surmonter ce problème de conflit d'intérêts né de la désignation imprécise par les litigants. Le juge d'appui peut tenter d'obtenir un nouvel accord des parties sur le centre désigné comme c'était le cas dans l'affaire « *Samsung* »²⁰⁵. De surcroît, il peut statuer sur la difficulté de la désignation imprécise si la convention d'arbitrage est susceptible d'être interprétée, et que cette interprétation permet au juge de découvrir la volonté des litigants. Par exemple, au contraire de ce qui a été décidé dans l'affaire « *Capital Rice* »²⁰⁶, le juge pouvait interpréter la convention d'arbitrage et désigner le centre d'arbitrage voulu par les parties. Certes, la

²⁰³ CA Paris, 1^{er} juin 1999, (Sté Tarom) », note E. Loquin, *op. cit.*

²⁰⁴ Les conclusion en défense devant la Cour d'appel 15 sept. 1998, (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*

²⁰⁵ TGI Paris (Ord. Réf.), 22 janv. 2010 (Sté Samsung), sous note J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 576.

convention d'arbitrage désignait la Chambre arbitrale de Londres, mais, comme l'indique le professeur Loquin, dès lors que le litige porte sur la vente des céréales, « un centre d'arbitrage spécialisé s'imposait et correspondait à la volonté maladroitement exprimée des parties : la Cour d'arbitrage de la Grain and Food trade association »²⁰⁷.

En outre, le nouveau règlement de la L.C.I.A. rend la question de l'interprétation de la volonté maladroitement exprimée des parties plus simple puisqu'il présume, dans préambule, que la L.C.I.A. est le centre désigné par les litigants dès qu'ils stipulent, dans leur convention d'arbitrage, « *L.C.I.A., the London Court of International Arbitration, the London Court of Arbitration or the London Court* » comme le centre d'arbitrage voulu²⁰⁸.

Outre de l'exigence de précision, la désignation du centre d'arbitrage doit être certaine.

b. Une désignation certaine

Le consentement des litigants détermine la formation du contrat de direction de l'arbitrage. Leur choix doit être libre, certain et éclairé. Donc, dans le cas où le centre ne paraîtrait pas indépendant aux yeux de l'un des litigants, celui-ci peut prétendre que la désignation ne fût pas éclairée, par la suite il peut avancer que le choix du centre d'arbitrage comportait une erreur sur ses qualités substantielles en raison du manquement d'indépendance du centre d'arbitrage. A ce titre, deux affaires célèbres méritent d'être rapportées.

Dans la première, le conseil de l'un des litigants était le vice-président du centre désigné, fait que l'autre litigant ignorait. Dès que ce dernier a connu ce fait, il a invoqué cette ignorance et par la suite il a prétendu que son consentement a été

²⁰⁶ CA Versailles, 3 oct. 1991 (Sté Capital Rice), sous note Bureau, *Rev. arb.*, 1992.654.

²⁰⁷ E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 19.

²⁰⁸ Règlement de la L.C.I.A., préambule, « Where any agreement, submission or reference howsoever made or evidenced in writing (whether signed or not) provides in whatsoever manner for arbitration under the rules of or by the L.C.I.A., the London Court of International Arbitration, the London Court of Arbitration or the London Court, the parties thereto shall be taken to have agreed in writing that any arbitration between them shall be conducted in accordance with the L.C.I.A. Rules or such amended rules as the L.C.I.A. may have adopted hereafter to take effect before the commencement of the arbitration and that such L.C.I.A. Rules form part of their agreement (collectively, the "Arbitration Agreement"). These L.C.I.A. Rules comprise this Preamble, the Articles and the Index, together with the Annex to the L.C.I.A. Rules and the Schedule of Costs as both from time to time may be separately amended by the L.C.I.A. (the "L.C.I.A. Rules") ».

vicié. Il a réclamé la nullité de la clause compromissoire pour erreur sur les qualités déterminantes du centre. Cependant, ni la Cour d'appel ni la Cour de cassation n'ont constaté l'existence d'un vice de consentement pour deux raisons.

D'une part, le conseil en cause n'était pas désigné au moment de la signature de la clause compromissoire, et d'autre part, cet avocat n'a eu aucune activité dans le centre d'arbitrage concernant cette affaire, conformément aux règles que le centre s'impose²⁰⁹. On tire de cette décision la même conclusion constatée par le professeur Clay. Il nous semble qu'il était légitime de vouloir annuler, non pas la clause compromissoire comme demandée, mais le contrat de direction de l'arbitrage qui est la convention contenant un vice de consentement²¹⁰. On ne peut qu'approuver l'idée selon laquelle c'est la confusion entre la convention d'arbitrage et le contrat de direction de l'arbitrage, qui était seul en cause en l'espèce, qui a conduit au refus de la nullité. En l'espèce, le consentement d'un des litigants à la désignation du centre d'arbitrage n'a pas été valablement donné, seul le contrat fixant cette désignation doit donc être annulé.

Malheureusement, cette confusion n'a pas été évitée dans une autre décision ultérieure. Cette fois-ci, la demanderesse à l'action en nullité, la République de Guinée, s'est montrée plus diligente. Étant consciente des conséquences de l'affaire précédente et de la position de la juridiction française, la République de Guinée prétendait que l'erreur sur la personne du centre d'arbitrage affectait le consentement donné, et par conséquent il demanda l'annulation des deux conventions conduisant à l'arbitrage, la clause compromissoire et le contrat de direction de l'arbitrage. A titre subsidiaire, la République de Guinée demanda la résiliation du contrat de direction de l'arbitrage en se fondant sur les manquements réitérés de la Chambre arbitrale de Paris à ses obligations contractuelles²¹¹.

Il convient d'indiquer qu'on ne confond pas entre la résolution et la résiliation qui sont deux notions distinguées en droit civil. La résiliation concerne les contrats qui sont à exécution successive et déroulent leurs effets sur une durée et

²⁰⁹ Cass. Civ. 2^e, 31 mars 1978 (Métal profil), *Rev. arb.*, 1979.457 ; Ph. Fouchard, « Les liens existant entre une partie et un membre d'un organe collégial administrant un arbitrage institutionnel », *Rev. arb.*, 1979.457.

²¹⁰ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 557, n° 707

²¹¹ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371. Sur ce point cf. Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*

que, l'une des parties, dans les conditions prévues par la loi ou le contrat, veut y mettre fin, alors que la résolution est la sanction de l'inexécution d'un contrat à exécution instantanée.

Cependant, l'indication aux deux notions dans le même contexte nous semble indispensable puisque les deux notions ont été véritablement soulevées dans les actions en responsabilité engagée à l'encontre des centres d'arbitrage. Que la demande soit la résiliation ou la résolution est une question qui dépend de plusieurs critères.

Cette question dépend, en premier temps, de ce que l'auteur demanda, à tort ou à droit, en l'espèce. Elle dépend, en deuxième temps, de ce que l'auteur de l'action sollicite, s'il demande la restitution alors il sollicite la résolution, par contre s'il veut de mettre fin au contrat donc il sollicite la résiliation. Elle dépend aussi, en troisième temps, de l'état du contrat de direction de l'arbitrage, si une partie du contrat est déjà exécuté par le centre, l'auteur de l'action ne peut pas demander que la résiliation parce que dans un contrat d'entreprise la restitution n'est pas concevable pour le service qui est déjà rendu. En dernier temps, donner droit à la demande résiliation ou la demande résolution reste une question de droit qui est soumise à la discrétion du juge. Tous ces critères expliquent l'incohérence entre les demandes soulevées par les demandeurs différents lors de l'action en responsabilité engagée à l'encontre des centres d'arbitrage bien que le contrat en cause soit le même, à savoir le contrat de direction d'arbitrage.

Rapporté à l'affaire « La République de Guinée », le Tribunal a refusé la demande d'annulation en jugeant que l'existence d'un vice du consentement qui affecte la désignation d'un centre d'arbitrage relève exclusivement de l'appréciation de la validité de la clause compromissoire et par voie de conséquence de l'appréciation du tribunal arbitral appelé à connaître du litige; application simple du principe « compétence-compétence ».

Cependant, sur la demande de résiliation, le tribunal l'a acceptée parce que la Chambre arbitrale de Paris n'a pas été et n'était plus en mesure de donner à la partie demanderesse le sentiment légitime de participer à une procédure d'arbitrage répondant en tous ses éléments, et notamment, dans ses exigences de confiance et de sérénité, aux impératifs de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de

l'homme²¹². Néanmoins, le jugement du tribunal de grande instance de Paris a été infirmé par la Cour d'appel au motif que le juge n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation d'un tel contrat²¹³. Pour résumer notre propos sur la formation du contrat de direction de l'arbitrage, on constate qu'il n'existe aucune conditions de validité différentes de celles du droit commun.

D'ailleurs, on apprécie beaucoup la motivation du jugement du premier degré dans l'affaire « République de Guinée »²¹⁴, car ce jugement attire l'attention sur une observation très importante. En effet, en résiliant le contrat de direction de l'arbitrage sans mettre en cause la validité de la clause compromissoire, le Tribunal de grande instance de Paris souligne, indirectement, qu'il faut distinguer les deux contrats, même s'ils figurent dans le même *instrumentum*. Prononcer la résiliation ou la résolution du seul contrat de direction de l'arbitrage, c'est forcément lui reconnaître une existence autonome.

Ainsi, l'erreur sur les qualités de la personne du centre d'arbitrage ne doit affecter que le contrat de direction d'arbitrage et non la convention d'arbitrage à laquelle le centre d'arbitrage est tiers²¹⁵. On est ici confronté au problème impliquant le degré d'autonomie du contrat de direction d'arbitrage par rapport aux autres contrats d'arbitrage.

Sous-section 3 : L'étendue de l'autonomie du contrat de direction de l'arbitrage par rapport aux autres contrats de l'arbitrage

Dès lors que la validité et l'existence du contrat de direction de l'arbitrage peuvent être liées à la validité des autres contrats d'arbitrage, on aborde l'examen de l'étendue de l'autonomie du contrat de direction d'arbitrage par rapport à la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre, puis les conséquences de

²¹² *id.*

²¹³ CA Paris 4 mai 1998, note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988. 657.

²¹⁴ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371; Sur ce point cf Ph. Foucahrd, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*

²¹⁵ En ce sens cf. CA Paris, 18 nov. 1987, 4 mai 1988, TGI Paris 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), note Ph. Fouchard, « Quelques précisions sur les rapports entre les institutions

l'anéantissement de ces contrats sur l'existence ou la validité du contrat de direction de l'arbitrage.

§1 : Le rapport entre le contrat de direction de l'arbitrage et la convention d'arbitrage

Le degré d'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard du contrat de direction de l'arbitrage est mesuré selon les effets que l'anéantissement de ce dernier peut exercer sur la convention d'arbitrage. On analysera, donc, les effets de la disparition du contrat de direction de l'arbitrage – l'anéantissement du contrat — ainsi que les effets de la disparition du centre, lui-même, pour pouvoir constater l'étendue de l'indépendance entre les deux contrats.

A. Les conséquences de l'anéantissement du contrat de direction de l'arbitrage sur la convention d'arbitrage

La majeure partie de la doctrine estime que la disparition du contrat de direction de l'arbitrage rend la convention d'arbitrage caduque²¹⁶. Cependant, certains auteurs pensent que la volonté de recourir à l'arbitrage prime sur le choix du centre qui l'organisera. Ainsi, la faveur envers l'arbitrage doit l'emporter sur la défaveur²¹⁷. Cette est une opinion que nous soutenons.

La jurisprudence reste, en revanche, imprécise sur la question. Elle ne s'est pas directement prononcée sur l'indépendance entre la convention d'arbitrage et le contrat de direction de l'arbitrage. Bien qu'elle ait affirmé que la convention d'arbitrage devait être dissociée du contrat d'organisation de l'arbitrage, elle n'a toujours énoncé cette solution qu'à propos de litiges concernant la formation du contrat de direction de l'arbitrage, et non sa disparition²¹⁸. Elle a confirmé

permanentes d'arbitrage et le juge étatique », *op. cit.*, n° 6-18 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 531.

²¹⁶ E. Gaillard, Ch. Jarrosson et E. Loquin : interventions aux débats in *Les institutions d'arbitrage en France*, travaux de Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.* 1990.473, spéc. p. 473-475 ; B. Stern : « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999, *Rev. arb.*, 2000.403, spéc. p. 408 et 411.

²¹⁷ M. de Boisséson, interventions aux débats in *Les institutions d'arbitrage en France*, *op. cit.*, p.474 ; R. Budin et D. Henchoz : « la nomination d'arbitres par la cour d'arbitrage C.C.I agissant à titre supplétif », obs. sous Tribunal fédéral suisse, Cour Civ. 1^e, 16 avr. 1984, *Rev. arb.* 1986.596, spéc. p. 600.

²¹⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 559.

l'indépendance entre les deux contrats, lorsqu'elle tranchait une question afférente à la formation du contrat de direction de l'arbitrage. Par contre, elle n'a jamais été confrontée à la question de l'indépendance lors d'une situation qui implique la disparition ou l'anéantissement du contrat de direction d'arbitrage pour qu'on sache, en conséquence, les effets d'une telle disparition sur la convention d'arbitrage, et, par suite, relever le degré de dépendance entre les deux contrats.

Dans l'affaire « *République de Guinée* », par exemple, le Tribunal de grande instance de Paris a jugé qu'il faut dissocier de consentement à l'arbitrage, notamment le consentement à la clause compromissoire, du consentement au contrat d'organisation de l'arbitrage²¹⁹. Tel était le cas également dans la décision de l'affaire « *Chayaporn* ». Le Tribunal de grande instance de Paris a décidé que l'absence de lien avec le centre d'arbitrage n'affectait pas la convention d'arbitrage²²⁰.

En outre, la jurisprudence française a considéré que la désignation imprécise du centre d'arbitrage laissait intacte la vocation arbitrale du litige. Dans l'affaire « *Tarom* »²²¹, la Cour d'appel de Paris a prononcé l'annulation d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide d'un centre d'arbitrage différent de celui qui était désigné dans la convention d'arbitrage, les litigants étant invités à saisir le centre initialement prévu dont les modifications n'ont pas été suffisamment significatives pour qu'il soit écarté de la procédure²²².

En revanche, la position de la jurisprudence suisse est plus instructive peut-être parce qu'elle a été confrontée directement à la question de savoir si la convention d'arbitrage est devenue caduque du fait du refus du centre d'arbitrage de désigner un arbitre. On approuve la position du tribunal fédéral suisse qui a jugé que l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de direction de l'arbitrage doit être appréciée à la lumière de l'interprétation de la volonté des parties²²³.

²¹⁹ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*

²²⁰ TGI Paris (Ord. Réf.) 4 oct. 1985, (Sté Chayaporn Rice), note Ph Fouchard, *op. cit.* ; obs. M. de Boissésou, *Rev. arb.*, *op. cit.* pp. 342-343.

²²¹ CA Paris, 1^{er} juin 1999 (Sté Tarom), obs E. Loquin, *op. cit.* ; obs. B. Stern, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. arb.*, 2000.403.

²²² Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 559.

²²³ Tribunal fédéral suisse, Cour Civ. 1^e, obs. R Budin et D Henchoz, *Rev. arb.* 1986.596.

Sur ce point, on rejoint l'avis du professeur Clay qui repose sur la motivation de la décision suisse. Selon lui, « *la volonté des litigants doit être le seul critère à prendre pour savoir s'ils ont souhaité lier le sort de la convention d'arbitrage à celui du contrat de [direction] de l'arbitrage* »²²⁴.

Il faut, alors, s'interroger, au cas par cas, pour savoir si le choix du centre d'arbitrage était une condition déterminante du consentement des litigants, ou si ce qu'ils avaient principalement en vue était d'avoir un arbitrage institutionnel, ou encore si ce qu'ils avaient initialement voulu était simplement d'avoir recours à l'arbitrage dans l'abstrait. De la réponse dépendra la survie ou non de la convention d'arbitrage lorsqu'il y a anéantissement du contrat de direction de l'arbitrage.

À cet égard, il faut souligner que la simple référence à un centre d'arbitrage dans une convention d'arbitrage n'oblige pas définitivement de ne s'en remettre qu'à ce centre d'arbitrage. La désignation du centre peut être l'occasion de manifester la volonté d'éviter un arbitrage *ad hoc*, et d'avoir recours à l'arbitrage institutionnel. Sur le plan pratique, les litigants qui veulent recourir à un arbitrage institutionnel sont presque contraints de désigner un centre d'arbitrage. Il est vraiment rare d'avoir rencontré une clause compromissoire ainsi rédigée : les parties trancheront leur litige par arbitrage institutionnel. En manifestant une telle volonté, les parties mentionnent toujours le nom du centre auquel elles souhaitent confier leur arbitrage institutionnel.

On ne doit donc pas systématiquement conclure, d'une part, que la désignation du centre d'arbitrage dans la convention d'arbitrage implique la volonté de ne soumettre l'organisation de l'arbitrage qu'à ce centre et, d'autre part, que la disparition du contrat de direction de l'arbitrage entraîne la caducité de la convention d'arbitrage. Donc, il faut se demander si ce que les litigants ont eu principalement en vue c'est l'arbitrage institutionnel ou l'arbitrage organisé par un centre d'arbitrage donné. À la lumière de la réponse, on sera capable de déterminer si les deux contrats sont associés ou indépendants et, par la suite, on pourra déterminer le sort de la convention d'arbitrage en cas d'anéantissement du contrat de direction de l'arbitrage.

En résumé : lorsque la convention d'arbitrage prévoit un centre d'arbitrage, l'analyse de la volonté des litigants peut conduire à trois solutions dont seule la

²²⁴ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 713, p. 560.

troisième rend cette convention caduque. Soit les litigants ont essentiellement choisi l'arbitrage comme une voie alternative pour résoudre leurs éventuels litiges, soit ils ont essentiellement choisi l'arbitrage institutionnel, soit ils ont essentiellement choisi l'arbitrage organisé par ce centre d'arbitrage.

Il convient d'indiquer que la question de savoir si l'anéantissement de la convention d'arbitrage affecte le contrat de direction d'arbitrage ne doit pas être analysée selon la méthode mentionnée ci-dessus. Cette question porte, en effet, sur l'indépendance du contrat de direction de l'arbitrage par rapport à la convention d'arbitrage. En raison de la nature de l'institution de l'arbitrage, le sort du contrat de direction de l'arbitrage est, directement, naturellement, et forcément lié à la convention d'arbitrage. Alors, si la convention d'arbitrage est nulle, le contrat de direction d'arbitrage devient caduc.

Cependant, il convient de constater que le contrat de direction d'arbitrage resterait valide malgré l'annulation d'une sentence²²⁵, sauf si la raison de l'annulation de la sentence était fondée sur la nullité de la clause compromissoire, prévoyant la désignation d'un centre précis. Celui-ci est le seul cas dans lequel le contrat de direction de l'arbitrage ne survit pas à l'annulation de la sentence²²⁶. Donc, un deuxième arbitrage éventuel, en raison d'annulation de la sentence arbitrale, aurait lieu devant le même centre qui a dirigé le premier arbitrage dont la sentence a été annulée.

Du surcroît, on se demande quel sera le sort de la convention d'arbitrage si c'est le centre qui a disparu, et non le contrat de direction d'arbitrage. Ce dernier devient caduc dès lors que l'une des parties au contrat ou le centre ont disparu. Pourtant, les effets de cette disparition sur la convention d'arbitrage ne sont pas évidents. Cette question sera donc abordée au paragraphe suivant !

²²⁵ Cass. Civ. 2^e, 29 fév. 1984 (Sté Arco), *Bull. Civ. II*, n°37 ; note B. Moreau, *Rev. arb.*, 1986.43.

²²⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 715, p. 561

B. Les conséquences de disparition du centre d'arbitrage sur la convention d'arbitrage

La question de la disparition du centre d'arbitrage aurait pu sembler théorique. Mais, l'histoire a ses tremblements et moments de tension qu'on ne peut prévoir et, dans un monde en pleine mutation, il faut se garder de limiter ses analyses aux seules hypothèses envisageables. On peut trouver des exemples de disparition des centres d'arbitrage dans l'histoire européenne avec les événements comme l'unification de l'Allemagne, les changements politiques dans l'Europe de l'Est et la dislocation de l'URSS ou de la Yougoslavie²²⁷.

S'il est vrai que la disparition de la Cour d'arbitrage pour le commerce extérieur près la Chambre de commerce de Yougoslavie n'a pas créé de difficultés à propos du contrat de direction de l'arbitrage²²⁸, la question s'est en revanche posée en Allemagne²²⁹, en République tchèque²³⁰, en Roumanie et en Russie²³¹. Dans ce dernier pays, le problème a été facilement résolu par le fait que le nouveau centre d'arbitrage étant identique au précédent, les clauses compromissoires ne sauraient être déclarées caduques parce que la Russie a succédé à l'URSS²³².

En Allemagne, la question était plus complexe. Le centre d'arbitrage de la chambre de commerce extérieur de la République démocratique d'Allemagne a disparu en même temps que celle-ci, non sans prendre soin au préalable de céder l'ensemble de ses activités à une association privée. La question se pose de savoir quel est le sort des conventions d'arbitrage passées avant cette disparition.

²²⁷ Sur ce point cf. W. Melis, « Continuation and succession in the field of international commercial arbitration », In G. Burdeau et B. Stern, (sous direction de) : *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est, succession d'États et relation économiques internationales*, neuvièmes journées internationales du CEDIN, 7-8 oct. 1983, Monstchrestien, coll. Cah. CEDIN, n° 9, 1994, p. 353, cité par Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 561.

²²⁸ Cour suprême autrichienne, 20 oct. 1993, note P. Lastenouse et P. Senkovic, « L'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine : les enseignements de l'affaire *Redenska* », *Rev. arb.*, 1998. 418, spéc. 425.

²²⁹ Plus généralement sur la question, cf. Cl. Witz et R.-ch. Schultze, « la réunification de l'Allemagne et ses conséquences sur le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1991.599.

²³⁰ Sur ce point cf. W. Melis, « Continuation and succession in the field of international commercial arbitration », *op. cit.*, cité par Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 561.

²³¹ Sur cette question, cf. CA Paris, 25 mars 1999 (Sté Caviar Petrossain), note E. Loquin, RTD com. 1999.656, selon lui « Du sort des clauses compromissoires prévoyant un arbitrage devant les institutions d'arbitrage disparues des anciens pays socialistes et de l'absence d'effet en France d'une décision étrangère rejetant une demande d'annulation de la sentence ».

²³² CA Paris, 25 mars 1999 (Sté Caviar Petrossain), note E. Louin, *op. cit.*

La Cour suprême allemande a estimé que la disparition du centre d'arbitrage pouvait s'assimiler à la mort de l'arbitre désigné dans la convention d'arbitrage, ce qui, à l'époque, rendait la convention d'arbitrage caduque en droit allemand²³³.

L'arrêt s'appuya sur le fait que la substitution de centre d'arbitrage n'était pas conforme à la volonté des parties puisqu'en se référant à ce centre d'arbitrage, ces dernières avaient manifesté leur volonté de ne faire organiser leur procédure que par lui ; elles auraient pu sinon choisir elles-mêmes un centre d'arbitrage de substitution.

Dans une autre affaire relative aussi à la disparition du même centre, mais cette fois-ci en matière d'arbitrage international, la Cour fédérale allemande avait décidé l'annulation de la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral constitué sous l'égide du centre d'arbitrage de substitution après la disparition du centre initial.

La Cour a eu recours à des motifs d'opportunité en énonçant que la clause d'arbitrage visait un arbitrage forcé et qu'un tel arbitrage ne pouvait pas être organisé par le centre d'arbitrage substitué. Il aurait sans doute été préférable qu'elle distingue le contrat de direction de l'arbitrage de la convention d'arbitrage.

En effet, on peut penser que la disparition du centre est un événement préalable à la question de l'effet que la disparition du contrat de direction d'arbitrage exerce sur la convention d'arbitrage. La disparition d'un centre d'arbitrage rend le contrat de direction d'arbitrage, sans doute, caduc.

C'est la disparition de l'objet du contrat après qu'il soit conclu. Cela signifie la disparition du contrat de direction de l'arbitrage. Alors, pour savoir si la disparition du centre d'arbitrage, qui entraîne par conséquent la disparition du contrat de direction d'arbitrage, affecte, ou non, la convention d'arbitrage, on doit suivre le même chemin, la même méthode, citée ci-dessus, il s'agit de l'interprétation de la volonté des litigants.

²³³ Bundesgerichtshof, 20 janv. 1994, *Neue Jurist, Wochen.* 1994.1008 cité par Th. Clay, « *L'arbitre* », *op. cit.*, p.562 ; obs. P. Schlosser, *Rev. arb.*, 1995.664.

Cette étude peut faire apparaître que la volonté commune des litigants est de ne pas lier le sort de la convention d'arbitrage à la disparition du centre, qui a pour conséquence la disparition du contrat de direction. C'est à la lumière des développements qui viennent d'être proposés sur l'articulation entre convention d'arbitrage et contrat de direction d'arbitrage que l'on peut tenter d'éclairer la nature du lien entre celui-ci et le contrat d'arbitre.

§2 : Le rapport entre le contrat de direction de l'arbitrage et le contrat d'arbitre

De prime abord, on peut croire qu'il n'y a aucun lien entre le contrat d'arbitre et le contrat de direction de l'arbitrage puisque les deux contrats n'impliquent ni les mêmes parties ni le même objet. En effet, le contrat de direction est conclu entre le centre et les litigants pour diriger l'arbitrage, alors que le contrat d'arbitre est conclu entre les litigants et chacun des arbitres choisis pour trancher leur litige.

Toutefois, il existe deux hypothèses dans lesquelles le sort des deux contrats peut être lié. La première, c'est lorsque les parties avaient volontairement associé les deux contrats, soit expressément en le mentionnant en toutes lettres, soit, tacitement, si l'interprétation de leur comportement révèle qu'elles n'avaient entendu être jugées que par les arbitres désignés dans une procédure dirigée sous l'égide du centre choisi. La disparition de l'un des deux contrats affecte, alors, l'ensemble de la procédure²³⁴.

La deuxième, c'est lorsque la disparition de l'un des deux contrats atteint l'autre. Il s'agit du cas où la disparition de l'un des deux contrats, le contrat de direction d'arbitrage par exemple, rend caduque la convention d'arbitrage. Dans cette hypothèse, l'autre contrat, le contrat d'arbitre dans notre exemple, sera caduc, car la convention d'arbitrage, affectée par la disparition de l'un de ses contrats dérivés, rend, à son tour, caduc l'autre contrat dérivé, à savoir le contrat d'arbitre

²³⁴ Th Clay, « L'arbitre », *op cit.*, n° 720, p. 564..

dans notre exemple²³⁵. Il est évident que si la clause compromissoire, prévoyant un arbitrage, disparaît le contrat d'arbitre n'a plus de support pour exister.

De tout ce qui précède, il s'avère « *qu'en principe le contrat de [direction] de l'arbitrage n'est pas indépendant de la convention d'arbitrage, mais qu'à l'inverse la convention d'arbitrage l'est du contrat de [direction] de l'arbitrage... Quant au contrat d'arbitre, il est totalement indépendant du contrat de direction de l'arbitrage qui ne lie pas les mêmes parties, à moins que les litigants en décident autrement* »²³⁶.

²³⁵ *id.*

²³⁶ *id.*

Section 2 : Le régime juridique du contrat de collaboration arbitrale

En raison du rôle que le centre joue pendant l'arbitrage institutionnel il se noue une relation juridique non seulement avec les litigants, par le contrat de direction d'arbitrage, mais également une relation avec les arbitres. Cette relation prend la forme d'un contrat qu'on appelle, d'après la dénomination du professeur Clay, contrat de collaboration arbitrale.

En étudiant la relation juridique entre le centre et les arbitres, on vérifiera d'abord l'existence du contrat (sous-section 1), ensuite on expliquera la dénomination du contrat (sous-section 2), et enfin on abordera la formation du contrat (sous-section 3).

Sous-Section 1 : L'existence du contrat de collaboration arbitrale

L'interrogation principale, qui se pose lors de l'examen de la nature de relation entre le centre et les arbitres, porte sur la nature, contractuelle ou non, de la relation juridique entre l'arbitre et le centre d'arbitrage. L'existence du contrat entre l'arbitre et le centre est directement liée à la question de la qualification du contrat d'arbitre. Si on devait retenir une qualification exclusive de mandat pour le contrat d'arbitre, c'est-à-dire que l'arbitre est le mandataire des litigants, il n'y aurait pas de contrat liant l'arbitre au centre, car l'arbitre ne serait que le représentant des litigants vis-à-vis du centre. Mais, comme il est reconnu dans le droit positif français que l'arbitre ne peut pas être exclusivement qualifié de mandataire, principalement en raison de la fonction juridictionnelle de l'arbitre²³⁷, l'opinion contestant l'existence du rapport contractuel entre l'arbitre et le centre doit être rejetée.

La quasi-unanimité de la doctrine admet l'existence d'un contrat passé entre l'arbitre et le centre d'arbitrage²³⁸. La question a été posée à 47 praticiens de l'arbitrage

²³⁷ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 739.

²³⁸ Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance », *op. cit.*, n° 16, et les débats p. 473, spéc. p. 480 ; « Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres », *op. cit.*, n°13. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n°

ressortissant à 24 pays, lors de l'étude de la C.C.I. sur le statut de l'arbitre. La synthèse des réponses montre que la plupart reconnaît l'existence d'une relation contractuelle entre le centre d'arbitrage et l'arbitre²³⁹.

Cependant, cette relation contractuelle ne doit pas aboutir à confondre les fonctions de l'arbitre, nées du contrat d'arbitre, avec les fonctions du centre, nées du contrat de direction d'arbitrage. Le fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre provient de ceux qui demandent que leur litige soit tranché. Lorsque le centre s'immisce, il intervient en tant que dirigeant de l'instance arbitrale. Ainsi, l'arbitre n'est, ni l'émanation, ni l'employé du centre d'arbitrage. C'est l'effet direct de l'indépendance existant entre les rapports contractuels de l'arbitrage, à savoir l'indépendance entre la convention d'arbitrage, le contrat d'arbitre qui lie les litigants aux arbitres, le contrat de direction de l'arbitrage qui lie le centre aux litigants, et le contrat de collaboration arbitrale qui lie l'arbitre au centre.

À notre avis, les obligations réciproques de l'arbitre et du centre d'arbitrage sont des obligations issues d'un contrat autonome conclu entre les deux. On a du mal à accepter que les obligations réciproques de l'arbitre et du centre ne soient que des effets de la convention d'arbitrage juste parce que les litigants ont incorporé le règlement d'arbitrage à leur convention d'arbitrage.

D'après le professeur Clay, cette idée se heurte à trois obstacles. Premièrement, ni l'arbitre ni le centre d'arbitrage ne sont signataires de la convention d'arbitrage. Donc ils ne sont pas directement engagés à la convention d'arbitrage. Pour que l'arbitre et le centre soient tenus de respecter la convention d'arbitrage, il faut que l'arbitre l'accepte, ce qu'il fait dans un acte spécifique (contrat d'arbitre) et que le centre soit averti de ce que les litigants ont incorporé son règlement, ce qu'il fait dans un acte spécifique (contrat de direction de l'arbitrage). La convention d'arbitrage, à elle seule, ne suffit pas à contraindre l'arbitre ou le centre d'arbitrage à quoi que ce soit, un acte supplémentaire est toujours nécessaire, il s'agit du contrat de collaboration arbitrale.²⁴⁰

1111. E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 6 et s. J.-P. Farge, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 449. Y. Muller, « Le contrat judiciaire en droit privé » *op. cit.*, n° 228

²³⁹ Ph. Fouchard, « Rapport final sur le statut de l'arbitre », *op. cit.*, p. 30 et 34, cité par Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 742, p. 576

²⁴⁰ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 747, p. 579

Deuxièmement, ce n'est pas parce que le contrat d'arbitre, conclu entre l'arbitre et les litigants, et le contrat de direction d'arbitrage, conclu entre le centre et les litigants, dérivent d'un contrat initial, à savoir la convention d'arbitrage, que des relations bilatérales indépendantes entre l'arbitre et le centre ne peuvent pas se nouer. On citera l'exemple proposé par le professeur Clay, qu'on trouve assez logique. D'après lui, deux sous-traitants d'un même entrepreneur peuvent signer ensemble un contrat indépendant²⁴¹.

Troisièmement, et surtout, les effets de la convention d'arbitrage ne couvrent pas toutes les obligations du centre et des arbitres. Tant l'un que l'autre ont des obligations réciproques qui ne sont pas rattachables à la convention d'arbitrage. Cela veut dire qu'il existe des relations bilatérales qui ne concernent pas directement les litigants, et ces relations ne peuvent être que d'ordre contractuel.

Sans entrer pour l'instant dans l'étude des obligations respectives des centres qui résulte de l'origine contractuelle des fonctions des centres d'arbitrage, comme on le verra dans le chapitre suivant, il convient néanmoins d'en évoquer l'essentiel pour démontrer l'existence d'un contrat entre le centre et l'arbitre.

Ainsi qu'on le verra, certains pouvoirs conférés au centre intéressent directement l'arbitre, comme ceux qui concernent la constitution du tribunal arbitral et la récusation des arbitres. Lorsque le centre exécute une telle série d'obligations, il n'agit pas en tant que mandataire des litigants²⁴². Ainsi pour en exécuter, il faut que l'arbitre accepte de se soumettre à telle série d'obligations.. Cette acceptation crée le lien contractuel entre le centre et l'arbitre.

Du surcroît, il existe d'obligations, dont le centre est tenu à respecter à l'égard des litigants et des arbitres respectivement. C'est notamment le cas de tout ce qui relève de l'organisation matérielle de l'arbitrage. Le centre s'est engagé vis-à-vis des litigants comme vis-à-vis des arbitres à garantir une bonne organisation de l'instance. Le centre doit également mettre les arbitres en mesure d'exécuter leur mission, en fournissant tous les moyens nécessaires : lieux d'audience, interprètes, dactylographie, etc. Alors, conformément à l'avis du professeur Clay, si la nature contractuelle du lien noué entre le centre et les litigants ne souffre plus de

²⁴¹ *id.*

²⁴² *V. supra.*, « Sous-Section 2 : La qualification du contrat de direction de l'arbitrage », p. 71.

discussion, celle du lien unissant le centre aux arbitres ne doit pas en souffrir davantage pour les mêmes obligations²⁴³.

On ne peut guère que partager l'avis du professeur Clay qui estime que l'arbitre et le centre doivent respecter le règlement d'arbitrage non seulement parce qu'ils s'y sont chacun engagés auprès des litigants, mais aussi parce qu'ils se le sont réciproquement promis²⁴⁴. À titre d'exemple l'obligation à la charge du centre de percevoir les frais et honoraires auprès des litigants et de reverser la part qui leur revient aux arbitres. Le centre fait ici « *l'interface entre litigants et arbitres* »²⁴⁵. Ainsi, le centre est engagé à l'égard des deux.

Bien que « *dans le principe du reversement, le centre d'arbitrage soit mandataire des litigants, les modalités ne dépendent que des rapports avec l'arbitre* ». Pendant une durée indéterminée, le centre d'arbitrage est en effet dépositaire des sommes d'argent payées au titre des frais et honoraires, et il est directement tenu de les restituer aux arbitres à un moment donné. Alors, dans un scénario où le centre n'est plus en mesure, sans aucune justification légale, de verser aux arbitres les sommes d'argent qui leur reviennent, les arbitres seraient fondés à agir en inexécution contractuelle contre le centre, sans pour autant mettre en cause les litigants.

À cet égard, on souscrit entièrement à l'opinion de l'auteur selon laquelle :

« [d]e manière plus générale, si les arbitres n'ont pas été mis en mesure de remplir correctement leur mission par la faute du centre d'arbitrage, ils peuvent non seulement appeler le centre d'arbitrage en garantie au cas où leur responsabilité contractuelle venait à être engagée, mais encore agir directement contre le centre en responsabilité contractuelle. Tant les arbitres que les litigants

²⁴³ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 748, p. 580

²⁴⁴ *ibid.*, n° 749, p. 580

²⁴⁵ *id.*

seraient ainsi fondés à agir contractuellement, mais pour des motifs différents »²⁴⁶.

On en déduit que le contrat entre l'arbitre et le centre d'arbitrage est à la fois réel et réduit. Il est réduit parce qu'il implique des questions qui concernent seulement ses parties, à savoir le centre et l'arbitre, sans impliquer les litigants. Néanmoins, il est réel parce que l'ensemble des pouvoirs et obligations qui ressortent sont incontestablement contractuels.

A la différence de la question de l'existence d'un rapport contractuel entre le centre et l'arbitre, qui était déjà bien traitée par la doctrine, la dénomination de ce rapport contractuel n'était presque jamais abordée, sauf par le professeur Clay dans sa thèse. C'est pour cette raison que nous sommes influencé, dans cette partie de notre étude, par la dénomination qu'il donne au contrat que l'on trouve aussi la plus pertinente.

Sous-Section 2 : La dénomination du contrat

Ayant souligné dans sa thèse qu'aucune dénomination n'avait jamais été proposée avant lui, ni après d'ailleurs, le professeur Clay propose le nom de « contrat de collaboration arbitrale »²⁴⁷.

On souscrit entièrement à cette dénomination proposée par l'auteur, à savoir le « contrat de collaboration arbitrale », car le rapport contractuel entre le centre et l'arbitre dans le contexte d'arbitrage institutionnel reflète vraiment la collaboration entre eux afin de réaliser le but ultime qui est de mener bien à l'instance à laquelle aspirent les litigants²⁴⁸.

En principe, les relations bilatérales entre l'arbitre et le centre ont pour objet de bien organiser l'instance arbitrale afin d'arriver à une sentence arbitrale exécutable. D'après cet objectif ultime, on peut donc logiquement parler de contrat de collaboration arbitrale. Cet esprit de collaboration est évident dans les termes de l'article 41 du Règlement C.C.I. qui énonce que « *la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant du Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale* ». On pense, jusqu'à aujourd'hui, qu'on

²⁴⁶ *id.*

²⁴⁷ *ibid.*, n° 752, p. 581

²⁴⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 753, p. 581

ne peut proposer une meilleure dénomination pour décrire cet ensemble de relations contractuelles.

Après avoir confirmé l'existence du contrat et l'avoir dénommé, on s'intéresse à la formation du contrat de collaboration arbitrale.

Sous-Section 3: La formation du contrat

Lorsqu'on parle de la formation du contrat de collaboration arbitrale, on identifie, d'abord, les parties contractantes, ensuite on étudie les conditions de la validité du contrat, et enfin on aborde le moment de la conclusion du contrat.

A la différence du contrat de direction d'arbitrage, la détermination des parties contractantes au contrat de collaboration arbitrale ne pose pas de difficulté particulière. Les deux contractants engagés sont chacun des arbitres et le centre d'arbitrage. C'est un contrat qui lie chaque arbitre individuellement et indépendamment au centre sans inclure les autres arbitres. Il ne s'agit pas de contrat conclu entre le centre et les arbitres du tribunal arbitral globalement.

Donc, si le tribunal arbitral est constitué de trois arbitres, il y a trois contrats de collaboration arbitrale. La raison en est la nature même de la mission de l'arbitre qui est « éminemment personnelle »²⁴⁹. Les obligations de l'arbitre dans le contrat de collaboration arbitrale ne sont pas solubles dans un contrat conjonctif.

Au surplus, on ne voit aucune raison légale qui empêche soumettre les différents arbitres d'un même tribunal arbitral à une situation juridique différente par rapport au centre d'arbitrage ; chacun est partie à un contrat de collaboration arbitrale qui lui est propre²⁵⁰. Normalement, la relation contractuelle entre l'arbitre et le centre intéresse seulement les parties contractantes sans intéresser les autres coarbitres.

À titre d'exemple, il est tout à fait concevable que les modalités de versement des honoraires ne soient pas les mêmes selon les différents arbitres peut-être pour des raisons tenant aux usages, ou aux contraintes d'une branche d'activité professionnelle de l'un des arbitres, ou au pays dont il est le ressortissant, ou même

²⁴⁹ *ibid.*, n° 754, p. 583

²⁵⁰ *id.*

pour des raisons personnelles qui n'auraient pas besoin d'être explicitées. L'existence de différences entre les contrats de collaboration arbitrale n'est pas anormale, car l'équilibre entre ces contrats n'est ni requise ni indispensable²⁵¹.

Quant aux conditions de formation du contrat de collaboration arbitrale, elles ne diffèrent de celles imposées par le droit commun. Et ce, tant sur le fond que sur la forme. En outre, si un écrit n'est même pas nécessaire pour la validité du contrat de collaboration il faut reconnaître qu'en pratique on n'a jamais rencontré que des contrats de collaboration arbitrale contenus dans un écrit.

La condition de fond propre à la formation du contrat de collaboration arbitrale, qui ne représente pas une dérogation aux règles de droit commun, mais quand même il nous semble nécessaire de la souligner, est l'existence juridique du centre d'arbitrage au moment de la formation de contrat. Bien qu'elle paraisse comme une condition évidente, la question de l'existence des centres d'arbitrage est très délicate en raison de l'absence d'une réglementation claire qui précise le statut des centres et les modalités à respecter pour leur établissement.

La conséquence de la liberté d'établissement des centres d'arbitrage implique le risque de rencontrer un centre d'arbitrage sans personnalité juridique, et par conséquent l'inconvénient ne sera pas seulement la nullité de la sentence arbitrale rendue sous l'égide de ce centre, mais également le risque de voir les responsables du centre condamnés à des sanctions pénales pour escroquerie²⁵².

Ainsi, la nécessité pour le centre d'avoir une personnalité juridique est une condition de fond indispensable non seulement pour la formation du contrat de collaboration arbitrale, mais aussi pour éviter d'avoir une sentence nulle sans parler des éventuelles conséquences pénales.

Bien que la majorité de la doctrine française reconnaît l'existence d'une relation contractuelle entre le centre et l'arbitre, la question du moment de la conclusion de cette relation contractuelle ne fait pas l'unanimité en doctrine. En principe, le contrat de collaboration arbitrale est conclu au moment où l'instance arbitrale est mise place. Nonobstant, il n'est pas facile de déterminer ce moment, car la mise en place de l'instance arbitrale institutionnelle se constitue en plusieurs étapes.

²⁵¹ *id.*

²⁵² *ibid.*, n° 756, p. 584

Le contrat de collaboration arbitrale peut être considéré comme conclu lorsque le centre demande aux litigants de verser les provisions pour frais et honoraires, ou lorsque le centre choisit l'arbitre, ou lorsque l'arbitre envoie sa déclaration d'indépendance, ou lorsque l'arbitre accepte sa mission, ou lorsque l'acceptation de la mission par l'arbitre est portée à la connaissance du centre d'arbitrage, ou lorsque le centre d'arbitrage confirme la désignation de l'arbitre, ou lorsque l'arbitre signe son acte de mission, ou lorsque l'arbitre signe son acte de mission, ou lorsque le tribunal est constitué, ou enfin, lorsque le dossier est transmis à l'arbitre²⁵³. À cela, on ajoute l'opinion considérant que le contrat de collaboration arbitrale est conclu dès que l'arbitre est inscrit sur la liste des arbitres du centre d'arbitrage²⁵⁴.

Certes, on doit choisir l'une de ces propositions pour déterminer le moment de la conclusion du contrat. Néanmoins, avant d'expliquer la réponse la plus pertinente parmi ces propositions, il nous semble primordial de souligner deux points importants.

D'une part, le contrat entre le centre d'arbitrage et l'arbitre, contrat de collaboration arbitrale, est subordonné à l'existence préalable des trois autres contrats. Il s'agit de la convention d'arbitrage, le contrat d'arbitre et le contrat de direction de l'arbitrage. Sans l'existence de ces trois contrats, le contrat de collaboration arbitrale n'aurait aucune effectivité.

D'autre part, la durée du contrat de collaboration arbitrale n'est ajustée sur aucun de ces trois contrats. Chacun des trois contrats a d'ailleurs sa propre temporalité et des cocontractants différents. Le premier est la convention d'arbitrage, qu'elle soit une clause compromissoire ou un compromis, qui est passée par les seuls litigants lors de la signature du contrat principal et disparaît avec le contrat qui la contient ou avec la fin du litige par la reddition d'une sentence arbitrale ou le règlement pacifique des différends. Le deuxième est le contrat de direction d'arbitrage conclu entre le centre d'arbitrage et les litigants qui naît quand

²⁵³ *ibid.*, n° 757, p. 585

²⁵⁴ *id.*

le centre d'arbitrage est saisi du litige²⁵⁵. Et le troisième est le contrat d'arbitre, conclu entre l'arbitre et les litigants, qui est parfait quand l'arbitre est mis en mesure d'exécuter sa mission.

D'après l'opinion du professeur Clay, qu'on soutient entièrement, la conclusion du contrat de collaboration arbitrale est logiquement liée à la conclusion du contrat d'arbitre et du contrat de direction d'arbitrage. Le contrat de collaboration arbitrale unit deux contractants à d'autres contrats non encore contractuellement liés entre eux ; il s'agit du centre d'arbitrage qui est contractant au contrat de direction de l'arbitrage et de l'arbitre qui est contractant au contrat d'arbitre. Le contrat de collaboration arbitrale :

« ne peut en effet être parfait que si le centre d'arbitrage et l'arbitre ont été préalablement investis de leurs missions respectives, ce qui a lieu lors de la conclusion du contrat d'organisation de l'arbitrage [direction d'arbitrage] pour l'un, et du contrat d'arbitre pour l'autre. Avant cela, ils ne sauraient prétendre collaborer à une instance arbitrale à laquelle ils sont étrangers et qui n'existe pas encore vraiment »²⁵⁶.

Il faut donc attendre la conclusion de l'ensemble que forment les contrat de direction d'arbitrage et les contrats d'arbitre pour que le contrat de collaboration arbitrale puisse exister. Chronologiquement, le dernier est le contrat d'arbitre qui n'est parfait qu'au moment où l'arbitre est mis en mesure d'exécuter sa mission. C'est donc, d'après le professeur Clay et on le rejoint sur ce point, au moment où l'arbitre est mis en mesure d'exécuter sa mission le contrat d'arbitre ainsi que le contrat de collaboration arbitrale deviennent parfaits²⁵⁷.

Il nous semble inconcevable de dire que le centre d'arbitrage et l'arbitre sont contractuellement tenus l'un vis-à-vis de l'autre avant que l'arbitrage soit définitivement en place. C'est pour cette raison, on estime que la contribution du

²⁵⁵ V. *supra*, « Sous-Section 3 : Les conditions de validité de droit commun du contrat de direction de l'arbitrage », C. Le consentement, 1. Le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage », p. 82

²⁵⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 759, p. 586.

centre dans la constitution du tribunal arbitral, soit par la désignation de l'arbitre ou soit par la confirmation de sa désignation, ne relève pas du contrat de collaboration arbitrale. On estime que, conformément à l'opinion du professeur Clay, le pouvoir du centre d'arbitrage de nommer l'arbitre est plutôt transmis par les litigants dans le contrat de direction de l'arbitrage²⁵⁸.

Cependant, il convient de souligner que le contrat de collaboration arbitrale ne disparaît pas avec l'extinction ou le terme du contrat d'arbitre bien que le contrat de collaboration naisse avec le contrat d'arbitre. En principe, le terme du contrat d'arbitre correspond à la reddition de la sentence arbitrale²⁵⁹, cependant le contrat de collaboration arbitrale peut se prolonger, car les relations entre le centre d'arbitrage et l'arbitre, liés à l'arbitrage en cause, peuvent continuer au-delà de la date de sentence arbitrale. À titre d'exemple, le versement d'honoraires n'intervient qu'après la reddition de la sentence. Ainsi, un décalage temporel par rapport au contrat d'arbitre est possible dès lors que le contrat de collaboration arbitrale est un contrat à exécution successive.

Le décalage entre le terme du contrat de collaboration arbitrale et le contrat d'arbitre ne s'oppose pas au caractère accessoire du contrat de collaboration arbitrale. Il est vrai que le contrat de collaboration arbitrale est bien un contrat accessoire à la fois du contrat de direction d'arbitrage et du contrat d'arbitre parce que les deux conditions du rapport contrat principal-contrat accessoire sont ici respectées²⁶⁰. Premièrement, le contrat de collaboration arbitrale n'est conclu que si les deux autres contrats sont conclus, à savoir le contrat de direction de l'arbitrage et le contrat d'arbitre. Deuxièmement, ces deux derniers contrats pourraient se suffire pour atteindre le résultat escompté par ses signataires²⁶¹.

Cependant, il n'est pas paradoxal que le contrat accessoire se prolonge au-delà de la durée du contrat principal car « *le rapport contrat principal-contrat accessoire porte sur le principe de la formation des contrats et sur le principe de*

²⁵⁷ *id.*.

²⁵⁸ *id.*

²⁵⁹ *ibid.*, p. 727.

²⁶⁰ *ibid.*, n° 761, p. 587.

²⁶¹ *id.*

leur exécution. *Que les modalités d'exécution contiennent un décalage dans le temps ne contredit pas le principe de l'exécution liée* »²⁶².

En étant un contrat accessoire, le contrat de collaboration arbitrale devient *de facto* caduc si l'un des contrats principaux, le contrat de direction d'arbitrage ou le contrat d'arbitre, disparaît. En revanche, la disparition du contrat de collaboration arbitrale ne rend caduc aucun des deux autres contrats.

Une dernière observation relative au contrat de collaboration arbitrale est la qualification de ce contrat. La question de qualification n'est pas aussi compliquée que dans le contexte du contrat de direction d'arbitrage ou du contrat d'arbitre car les fonctions réciproques des deux contractants, le centre d'arbitrage et l'arbitre, sont claires. Elles n'impliquent aucune forme de représentation d'un tiers, l'hypothèse d'un contrat du mandat est exclue. De même, les fonctions des deux contractants nées du contrat de collaboration arbitrale seulement, n'impliquent aucune fonction juridictionnelle. D'après le contrat de collaboration arbitrale, les obligations à la charge des contractants ne sont que des prestations de services, ce qui permet de le qualifier de contrat d'entreprise.

En définitive, après avoir présenté les contrats nécessaires pour la mise en place de l'instance arbitrale dirigée par un centre d'arbitrage, il nous semble utile de rappeler la chronologie de la formation des différents contrats et les rapports entre ceux-ci.

Tout d'abord, on a le contrat principal conclu entre les litigants qui souvent stipule la résolution du litige éventuel, lié à l'objet du contrat, à travers l'arbitrage. Ensuite, on a la convention d'arbitrage qui prend la forme soit d'une clause compromissoire soit d'un compromis selon le cas. La convention d'arbitrage est l'acte fondateur qui précède le contrat de direction d'arbitrage passé avec le centre d'arbitrage, puis le contrat d'arbitre par lequel l'arbitre est investi de sa mission. En même temps que l'arbitre conclut le contrat d'arbitre avec les litigants, il s'unit au centre d'arbitrage par un rapport contractuel accessoire mais indépendant, à savoir le contrat de collaboration arbitrale.

Pour bien préciser le degré d'autonomie entre ces cinq contrats, il faut analyser la conséquence de la disparition de l'un sur l'autre. La disparition du

²⁶² *id.*

contrat principal ne rend pas la convention d'arbitrage caduque, c'est le principe de l'autonomie de la clause compromissoire bien reconnu dans presque tous les systèmes juridiques. Ainsi, le contrat principal et les autres quatre contrats, liés à l'instance arbitrale, sont parfaitement autonomes.

En revanche, la disparition de la convention d'arbitrage pourrait rendre caducs les trois autres contrats, contrat de direction d'arbitrage, contrat d'arbitre et contrat de collaboration arbitrale. Cependant, la disparition du contrat de direction d'arbitrage ou du contrat d'arbitre entraîne la caducité du contrat de collaboration arbitrale mais pas la convention d'arbitrage sauf si la convention d'arbitrage a été passée en considération de l'existence du contrat qui disparaît. On remarque que tous ces contrats sont partiellement liés et que l'étude de la formation de l'un d'entre eux pousse irrésistiblement à celles des autres.

Conclusion du Chapitre 1

En conclusion, l'origine du service rendu par les centres d'arbitrage en faveur des litigants, est contractuelle. Il est le résultat du contrat conclu entre le centre d'arbitrage et les litigants qu'on appelle le contrat de direction d'arbitrage. Comme tout autre contrat, le contrat de direction d'arbitrage est né de la rencontre de deux volontés. Le règlement d'un centre d'arbitrage est considéré comme une offre permanente de contracter et la désignation précise d'un centre d'arbitrage dans la convention d'arbitrage par les parties constitue une acceptation de l'offre permanente, mais la formation du contrat n'est pas parfaite. En raison de la spécificité du contrat de direction d'arbitrage, et selon la théorie du « contrat préparatoire », on estime que la conclusion du contrat devient parfaite seulement au moment de l'introduction de la requête d'arbitrage devant le centre.

On a constaté aussi les rapports entre le contrat de direction de l'arbitrage et les autres contrats d'arbitrage et les effets de la caducité ou la disparition de l'un sur l'autre. Et enfin, on a constaté la qualification du contrat de direction de l'arbitrage en tant que contrat d'entreprise, car une telle qualification englobe les deux fonctions exercées par les centres d'arbitrage, à savoir la fonction administrative et la fonction juridictionnelle, alors que la qualification du contrat en tant qu'un contrat de mandat n'englobe que la fonction administrative.

Par ailleurs, pour que les centres d'arbitrage puissent accomplir leur service de direction de l'arbitrage, ils entrent dans un rapport contractuel avec les arbitres, appelé contrat de collaboration arbitrale, afin d'organiser et ne pas confondre entre les fonctions de l'arbitre et les fonctions des centres d'arbitrage. Il a pour objet de bien organiser, séparer, et distinguer les fonctions et les pouvoirs des arbitres de ceux des centres d'arbitrage. Davantage, le contrat de collaboration arbitrale est l'origine de certains droits et obligations que les centres doivent respecter vis-à-vis l'arbitre. Au contraire du contrat de direction de l'arbitrage, le moment de la conclusion du contrat de collaboration arbitrale est facile à préciser, c'est le moment

où le tribunal arbitral est mis en place. De même, la qualification du contrat ne soulève pas de problème. Il est qualifié en tant qu'un contrat d'entreprise, car il n'implique pas aucune forme de représentation d'un tiers, et par conséquent l'hypothèse d'un contrat du mandat est exclue.

Chapitre 2 : Les effets de l'origine contractuelle des fonctions des centres d'arbitrage.

Lorsqu'on étudie les effets du contrat de direction d'arbitrage ou du contrat de collaboration arbitrale, on analyse l'ensemble des devoirs, liés à l'organisation de l'instance arbitrale, et les droits, liés à la direction de l'instance, indispensables pour que le centre puisse exécuter sa mission.

On classe cet ensemble des devoirs et droits d'origine contractuelle en deux groupes. Dans le premier groupe, on analyse les obligations contractuelles à la charge des centres (Section 1) qui s'expliquent et se justifient par leur fonction administrative. En revanche dans le deuxième groupe, on analyse les pouvoirs conférés aux centres (Section 2) qui s'expliquent et se justifient par leur fonction juridictionnelle.

On se contente dans ce chapitre de discuter les sources de la dualité de la fonction des centres. Par contre, on constatera en détail la dualité de la fonction dans le Titre deuxième de cette partie. D'ailleurs, dès lors qu'on aborde la responsabilité des centres d'arbitrage, il nous paraît pertinent d'étudier les effets de ces rapports contractuels sur les seuls centres d'arbitrage sans considérer les effets sur les autres contractants, à savoir les arbitres ou les litigants.

Section 1 : Les obligations contractuelles à la charge des centres d'arbitrage

Dans cette section, il convient d'établir les obligations qui incombent aux centres pendant l'instance arbitrale. Ces obligations résultent de leur fonction administrative et le non-respect est susceptible d'engager la responsabilité civile des centres.

En principe, il y a trois types des obligations : les obligations générales nées de n'importe quel lien contractuel (sous-section 1), les obligations explicites nées à l'occasion de la conclusion des contrats de direction de l'arbitrage (sous-section 2) et de collaboration arbitrale et les obligations implicites, non prévues par les règlements des centres mais certaines compte tenu des fonctions exercées par les centres lors la procédure arbitrale (sous-section 3).

Sous-section 1 : Les obligations générales dans l'organisation de l'arbitrage

Il s'agit des obligations de comportement général comme l'obligation d'agir en bonne foi et avec diligence et l'obligation de respecter et faire respecter le règlement.

§1 : Obligation d'agir de bonne foi et avec diligence

Cette première obligation s'impose à tous les acteurs de l'arbitrage, surtout lorsqu'il y a un contrat liant les uns aux autres. La bonne foi²⁶³ peut être considérée, malgré tout, comme étant inhérentes à toutes les autres obligations, comme contrôlant le comportement et par conséquent le reste des obligations des acteurs dans l'instance arbitrale²⁶⁴.

²⁶³ Code civil française, art. 1134.

²⁶⁴ Sur la question de l'obligation de bonne foi à la charge des acteurs de l'arbitrage cf. L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*

Dans les relations contractuelles, la bonne foi joue un rôle essentiel, soit dans l'interprétation des actes juridiques, soit dans l'exécution même des contrats²⁶⁵. Il n'y a aucun doute que l'une des principales obligations du centre consiste à exécuter ses obligations de bonne foi. Cette dernière est la base de l'ensemble de la relation qu'il instaure avec les litigants pour la direction de l'arbitrage. Il en va de même dans le contrat de collaboration arbitrale, le centre étant tenu de collaborer de bonne foi avec le tribunal arbitral pour permettre de mener à bien l'instance arbitrale à laquelle aspirent légitimement les litigants²⁶⁶.

Par conséquent, le centre est tenu d'être loyal, coopératif avec le tribunal arbitral, d'une part, et avec les parties, d'autre part. Il est tenu d'appliquer un traitement équitable à tous les acteurs de l'arbitrage, y compris son secrétariat. Il convient d'indiquer que, à notre avis, l'obligation d'agir de bonne foi suppose et implique nécessairement une obligation de diligence. Être diligent est le corollaire d'agir de bonne foi, les centres doivent exécuter leurs obligations avec diligence.

À titre d'exemple, le centre doit rendre ses décisions sur les demandes de récusation des arbitres avec un degré de diligence très élevé parce qu'une décision énonçant la récusation d'un arbitre affecte le sort de l'arbitrage ainsi que la réputation de l'arbitre.

§2 : Respecter et faire respecter le règlement d'arbitrage

En principe, chaque partie à un contrat est tenue par les obligations nées dudit contrat. Le respect du règlement d'arbitrage est une obligation commune qui s'impose à tous les contrats conclus dans un arbitrage institutionnel. La force obligatoire du règlement réside alors dans l'autonomie de la volonté²⁶⁷.

Dès lors que le centre est l'auteur de son propre règlement dont les règles font partie des contrats liés à l'arbitrage, son règlement constitue la loi des parties qui doit être respectée bien évidemment par son auteur, à savoir le centre d'arbitrage

²⁶⁵ Code civil français, art. 1134.

²⁶⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 753, p. 581.

²⁶⁷ M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n° 728, p. 707; TGI Paris, 21 mai 1997, *op. cit.*, p. 442; L. Fumagalli, « Liability of arbitral institutions for the administration of

en cause²⁶⁸. Le respect du règlement par le centre est l'une des plus importantes garanties du bon déroulement de l'instance pour le centre d'arbitrage, les arbitres et les litigants, car il impose des limites quant à l'intervention de chacun pendant l'instance et établit les obligations générales des uns auprès des autres²⁶⁹.

D'ailleurs, le centre n'est pas seulement tenu de respecter le règlement, mais également il est tenu de le faire respecter par les autres acteurs à l'arbitrage²⁷⁰. Normalement, il faut que tous les acteurs respectent les dispositions du règlement afin que l'arbitre accomplisse parfaitement sa mission ultime.

Le règlement que le centre doit à la fois respecter et faire respecter par les autres acteurs comporte diverses obligations relatives à la procédure arbitrale qui concerne, en principe, tous les acteurs. C'est ce qu'on appelle les obligations explicites nées du contrat de direction de l'arbitrage. Ces obligations, visent d'abord à préserver la confidentialité, alors que d'autres sont liées au particularisme des contrats qui engagent le centre.

Sous-section 2 : Les obligations explicites des contrats liant les centres d'arbitrage

Il s'agit des obligations prévues explicitement dans les règlements des centres d'arbitrage qui sont nées à l'occasion de la conclusion des contrats de direction d'arbitrage et de collaborations arbitrale. Ce sont les obligations de préserver la confidentialité, l'organisation de l'instance arbitrale et la perception et la réservation des frais de l'arbitrage.

§1 : Préserver la confidentialité

Bien qu'on soit, plus ou moins, d'accord avec l'idée selon laquelle la présence du public permet de contrôler l'impartialité des juges et le respect des droits de la défense, il faut savoir que cette règle comporte des exceptions soit pour

arbitration proceedings », *op. cit.*, p. 65 ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 254.

²⁶⁸ Code civil français, Art. 1134.

²⁶⁹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 749, p. 580

²⁷⁰ *ibid.*, n° 916, p. 697 ; Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, p. 390

des raisons d'intérêt général ou de protection de la vie privée, soit en raison de la volonté des litigants, soit, enfin, parce qu'il s'agit des caractéristiques essentielles d'une procédure spécifique, telle que l'arbitrage²⁷¹.

Le centre est bien évidemment tenu par l'obligation de confidentialité tout au long de la procédure arbitrale. La totalité des informations obtenues en raison de l'existence même de l'instance arbitrale, soit au cours des audiences, soit dans les documents échangés, soit dans la sentence, doivent restées confidentielles durant le déroulement de la procédure et même au-delà²⁷².

Le fondement de l'obligation du centre de préserver la confidentialité a fait couler beaucoup d'encre. Parfois, il a été estimé qu'il s'agissait là d'une obligation contractuelle qui devait être prévue soit par les contrats de l'arbitrage, soit par les règlements d'arbitrage²⁷³. On retrouve même chez ceux qui ne soutiennent pas la confidentialité de l'arbitrage qu'il faut chercher dans le droit applicable à l'arbitrage la prévision légale d'une telle obligation de confidentialité²⁷⁴. D'autres considèrent plutôt qu'il s'agit d'une des *composantes naturelles*²⁷⁵ de l'arbitrage et qui, logiquement, est devenue obligatoire, car faisant partie de tous les contrats de l'arbitrage.

Quoiqu'il en soit, et bien que la confidentialité ait été parfois contestée par une partie de la jurisprudence et la doctrine²⁷⁶, elle a été prévue par plusieurs lois nationales et règlements d'arbitrage d'une façon qui ne laisse planer aucun doute quant à son existence. Les règlements de certains centres d'arbitrage prévoient le respect de l'obligation de confidentialité de manière expresse soit pour les autres acteurs, soit pour leur propre personnel administratif²⁷⁷. En outre, étant chargé de

²⁷¹ Sur ce point, cf. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 212-215, p. 175-179.

²⁷² *ibid.*, n° 771, p. 595, n° 773, p. 597-598 ; H.-J. Nougéin, et al. « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », *Litec*, 2004, n° 102, p. 58

²⁷³ Cour suprême Suède, 27 oct. 2000, note sous S. Jarvin et G. Reid, *Rev. arb.*, 2001.827, spéc. n° 11-12, p. 832-833.

²⁷⁴ *id.*

²⁷⁵ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 771, p. 595, sur ce point, cf. Cour suprême de Suède, 27 oct. 2000, note sous S. Jarvin et G. Reid, *op. cit.*, n° 1.

²⁷⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 772, p. 596-597 ; sur ce point cf. E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006.323, spéc. p. 326-328 ; CA Paris, 22 janv. 2004, note sous E. Loquin, *Rev. arb.*, 2004.660.

²⁷⁷ Règlement d'arbitrage de la C.C.I, Art. 6, Appendice I – statuts de la cour internationale d'arbitrage « Les travaux de la Cour ont un caractère confidentiel, que toute personne participant à un titre quelconque à ces travaux est tenue de respecter. La Cour définit les conditions dans lesquelles

garantir le bon déroulement de l'instance et le respect des obligations par l'ensemble des acteurs, le centre est strictement tenu d'assurer le respect de la confidentialité par tous les autres acteurs.

« (...) Ces Contrats de prestation de service intègrent à la charge des arbitres et de l'institution une obligation de confidentialité, qui trouve le même fondement dans le même contrat. L'existence d'une telle obligation répond à la volonté légitime des parties qui attendent de leurs cocontractants le respect du caractère confidentiel de la procédure, lequel est l'une des causes de leur engagement dans ces conventions. Autrement dit, dès lors que les parties ont convenu entre elles, même implicitement, la confidentialité de l'arbitrage, les contrats de prestations de services destinés à mettre en œuvre la

des personnes extérieures peuvent assister aux réunions de la Cour et à ses comités restreints et avoir accès aux documents afférents aux travaux de la Cour et de son Secrétariat » ;

Règlement de la L.C.A.I., Art. 30.1 « Sauf convention contraire des parties conclue par écrit, les parties s'obligent à titre de principe général, à garder confidentielle toute sentence rendue dans leur arbitrage, ainsi que toute pièce de procédure matériellement produite en vue de celui-ci et tous autres documents produits par une autre partie et non tombés dans le domaine public, à moins que, et dans la mesure où, cette révélation peut être requise d'une partie en vertu d'une obligation légale, pour la protection ou l'exercice d'un droit ou pour faire exécuter ou contester une sentence par une action engagée de bonne foi devant un tribunal étatique ou une autre autorité judiciaire » ;

Règlement de l'A.A.A., R-24 « Les arbitres et l'Administrateur s'abstiendront de toute divulgation des informations confidentielles dont ils pourront avoir eu connaissance au cours de l'arbitrage, que ce soit par les parties ou par des témoins. Sous réserve des dispositions de l'article 27, d'un accord contraire des parties ou d'une disposition contraire de la loi applicable, les arbitres et l'Administrateur préserveront la confidentialité de toutes les questions relatives à l'arbitrage ou à la sentence arbitrale » ; v. aussi le Règlement de l'I.C.D.R., Art. 37 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 16 « 1. Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake to keep confidential all awards and decisions as well as all materials submitted by the parties in the arbitral proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that a disclosure may be required of a party according to a legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a judicial authority. This undertaking also applies to the arbitrators, the tribunal-appointed experts, the secretary of the arbitral tribunal and the Centre. 2. The deliberations of the arbitral tribunal are likewise confidential, save and to the extent that a disclosure may be required by a court decision. 3. The Centre undertakes not to publish any decision or arbitral award or any part thereof that reveals the identity of any of the parties without the prior written consent of all parties. ». Cf. aussi Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 1132, p. 629.

volonté d'arbitrage des parties doivent intégrer l'obligation de confidentialité »²⁷⁸.

Cette obligation de confidentialité recouvre, quant au centre, l'ensemble de l'instance arbitrale. Il ne peut ainsi délivrer aucune information concernant les litigants, l'arbitre, les documents présentés ou rédigés durant l'instance. L'éventuelle publication de ces informations, et en particulier, de la sentence, doit donc recevoir l'accord préalable et exprès des autres acteurs de la procédure²⁷⁹.

Le plus important est de savoir quelle a été la volonté exprimée des litigants au moment de choisir l'arbitrage. À supposer que les litigants se sont inscrits à un règlement prévoyant la confidentialité, ce qui est le cas majeur, cette obligation s'impose aux arbitres ou aux parties, et le centre doit en assurer le respect. Certes, cette obligation n'est pas absolue. Elle comporte des exceptions et se doit de respecter certaines limites, telles que l'intérêt général, le respect de l'ordre public, la nécessaire dénonciation des faits illicites, la volonté expresse des litigants et les décisions du pouvoir étatique²⁸⁰.

§2 : L'organisation matérielle de l'instance arbitrale

Il ne fait guère de doute que figure parmi les principales obligations du centre de l'arbitrage l'obligation d'organiser et d'administrer l'arbitrage en fournissant à cette fin une structure propre à permettre un arbitrage efficace dont la célérité est escomptée²⁸¹. Le centre est alors tenu de veiller au bon déroulement de l'arbitrage conformément à ce qui est prévu par son règlement.

L'obligation d'organisation matérielle de la procédure arbitrale comporte l'obligation de mettre les arbitres en mesure d'exécuter leur mission en fournissant tous les moyens nécessaires : lieux d'audience, interprètes, secrétariat²⁸². Elle

²⁷⁸ E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n° 21, p. 337.

²⁷⁹ H.-J. Nougéin, et *al.* « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », *op. cit.*, n° 103, p. 58 ; M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n° 719, p. 684 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 1412, p. 786.

²⁸⁰ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 773, p. 598 ; E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n° 33-44, p. 344-350.

²⁸¹ TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *op. cit.*, « Le centre d'arbitrage a souscrit un engagement contractuel à assurer avec célérité le règlement des litiges soumis à son action ».

²⁸² M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n° 773, p. 789

implique également un ensemble des tâches administratives nécessaire au bon déroulement des audiences.

Dans cette perspective, un centre est tenu de : 1) fixer les frais de l'arbitrage, qui comprennent à la fois les honoraires et frais des arbitres, et les frais administratifs du centre²⁸³, 2) remettre le dossier au tribunal arbitral dès qu'il est constitué²⁸⁴, 3) fixer le lieu de l'arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci²⁸⁵, 4) fixer parfois la langue de l'arbitrage²⁸⁶, 5) interpréter les dispositions du règlement²⁸⁷, 6) vérifier que les délais d'échanges sont bien respectés et prolonger ces délais à titre exceptionnel²⁸⁸, c'est une obligation qui résulte de l'obligation générale visant à assurer le bon déroulement de la procédure, 7) notifier la sentence aux litigants²⁸⁹, 8) assurer le confort, la fonctionnalité et la disponibilité des locaux des conférences. Il doit s'assurer qu'ils sont bien équipés de façon à permettre la bonne conduite des réunions en la présence physique des intéressés, ou les de visioconférences. De même, il assure la propreté des salles des audiences dans lesquelles le tribunal arbitral entend normalement contradictoirement les parties. 9) Il est tenu aussi de communiquer les écritures et pièces annexes présentées par les litigants et le tribunal arbitral²⁹⁰. Pourtant, l'obligation de communiquer les écritures et les pièces annexes ne paraît pas toujours une simple tâche de procédure, car la communication des documents suppose le respect du contradictoire. En effet, « *les modalités de communication peuvent varier : certains centres s'imposent comme intermédiaires, d'autres permettent la communication directe entre les parties. Dans le premier cas, le respect du contradictoire dépend des diligences du centre, ce qui n'est pas sans risque en cas de négligence dans la transmission* »²⁹¹.

En somme pendant la procédure arbitrale, le centre doit s'occuper, à travers son secrétariat ou un quelconque organe administratif, de préparer les audiences et

²⁸³ Règlement de la C.C.I, Art. 37.1; Règlement de la L.C.I.A., Art. 28; Règlement de l'A.A.A., R-56 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 36 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 45:47.

²⁸⁴ Règlement de la C.C.I, Art.16 ; Règlement de la L.C.I.A., Art.15.

²⁸⁵ Règlement de la C.C.I, Art.18.1; Règlement de la L.C.I.A. art.16.2; Règlement de l'A.A.A., R-11 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 17.

²⁸⁶ Règlement de la L.C.I.A., Art. 17.2.

²⁸⁷ Règlement de l'I.C.D.R., Art. 39 ; Règlement de l'A.A.A., R-8.

²⁸⁸ Règlement de la C.C.I, Art.5, 23, 37 et 38 ; Règlement de la L.C.I.A., Art. 22.5 ; Règlement de l'A.A.A., R-39(c) et R-42 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 3.5,

²⁸⁹ Règlement de la C.C.I, Art. 34.1; Règlement de l'A.A.A., R-49 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 30.4 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 34.5

²⁹⁰ Règlement de la C.C.I, Art. 3, Règlement de la L.C.I.A., Art. 13 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 20.4 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 17.4

en tenir les procès-verbaux, de classer les pièces du dossier, de vérifier l'échange des écritures entre les parties, et d'assurer les correspondances entre les parties et le tribunal arbitral²⁹².

En outre, lors de l'organisation de la procédure arbitrale le centre est tenu de garantir le bon déroulement de l'instance²⁹³. Le centre doit tout faire pour que l'instance arrive à son terme et que les litigants et l'arbitre soient satisfaits jusqu'au rendu d'une sentence arbitrale mettant fin au conflit. Cette obligation suppose que le centre soit tenu d'assurer la célérité de l'instance²⁹⁴. Dans cette perspective, le centre doit veiller au respect des délais de l'instance arbitrale prévus par les parties, et à titre exceptionnel, il peut attribuer, soit sur une demande motivée du tribunal arbitral, soit d'office, des prorogations s'il y a lieu et si elles lui apparaissent nécessaires pour le bon déroulement du processus arbitral²⁹⁵.

En tout état de cause, on pense que la prorogation doit être accordée par le centre dans des conditions très limitées. Souvent en pratique la prorogation des délais est plus utile aux arbitres qu'aux litigants, étant donné que l'arbitrage est fait pour les litigants et non pour les arbitres²⁹⁶, on pense ainsi que le centre doit accorder la prorogation des délais avec diligence. Il doit en accorder seulement lorsque la prorogation lui semble impérativement indispensable pour le bon déroulement de l'instance arbitrale et non pas pour des raisons de convenance. Sinon, une prorogation constante et excessive détournerait l'arbitrage de son caractère essentiel, à savoir la célérité, et engagerait à cet effet la responsabilité du centre responsable de ces prorogations injustifiées.

Il nous semble que la vigilance du centre « doit s'étendre au respect des calendriers arbitraux et des phases annoncées pour l'instruction »²⁹⁷. Il serait directement responsable, peut être conjointement avec l'arbitre, si les délais

²⁹¹ J. Pellerin, « Les droits des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 1990.395, spéc. n° 12.

²⁹² Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 421, p. 354

²⁹³ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 27 p. 522

²⁹⁴ En ce sens, cf. S. Bruna « Le contrôle des délais par la Cour international d'arbitrage », *Bull. CIA de la C.C.I.*, vol. 7 n°2, 1996.74 ; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), sous note E. Loquin, *op. cit.*, p. 181.

²⁹⁵ Règlement de la C.C.I., Art. 30.2.

²⁹⁶ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, spéc. n° 26, p.522.

²⁹⁷ A. Plantey, « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *op. cit.*, p. 738.

d'arbitrage étaient dépassés, car il est garant de la temporalité de l'instance arbitrale²⁹⁸.

L'obligation de bon déroulement et célérité suppose aussi qu'il incombe au centre de parer à la défaillance d'un litigant qui refuserait de désigner un arbitre²⁹⁹. Conformément à la volonté commune des parties lors de la signature de la convention d'arbitrage, et par voie de conséquence le contrat de direction, le centre devra proposer un arbitre ou même en choisir un à la place de la partie récalcitrante.

À cet égard, il convient de souligner que la désignation d'un arbitre à la place d'une partie défaillante n'est plus qu'une mesure d'organisation mise en place pour assurer le bon déroulement d'arbitrage. C'est une mesure différente de celles mises à la disposition du centre lorsqu'il exécute sa fonction juridictionnelle comme la confirmation de la désignation d'un arbitre, la récusation ou le remplacement d'office d'un arbitre. La première intervention ne s'analyse pas comme une contrainte puisque le centre intervient juste pour pallier les obstacles procéduraux créés par la partie défaillante, alors que la deuxième intervention implique une contrainte, car le centre intervient pour imposer un ordre procédural bien qu'aucune partie ne soit défaillante.

L'obligation de veiller au bon déroulement avec célérité suppose que le centre fournisse à l'arbitre les conditions d'aller jusqu'au terme de sa mission. Il est tenu alors de répondre à toutes les demandes raisonnables avancées par le tribunal arbitral. Cela pourrait impliquer parfois une intervention de la part du centre dans la mission des arbitres. Telle intervention est tolérée tant qu'elle n'aboutit pas à s'immiscer dans la mission de l'arbitre. Il faut que le centre n'empiète pas sur la mission juridictionnelle de l'arbitre³⁰⁰.

Les centres sont tenus également d'établir et de conserver un dossier complet comprenant tous les actes, les pièces de la procédure³⁰¹ et la sentence arbitrale³⁰², en

²⁹⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 921, p. 700.

²⁹⁹ A. Plantey, « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *op. cit.*, p. 737 ; E. Müller, « How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute) », *Journ. int. arb.*, vol. 17 n°3, 2000.157, spéc. p. 159.

³⁰⁰ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 15-16 p. 518 ; TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, n° 5, p. 854 ; TGI Paris, 21 mai 1997, *op. cit.*, p.422 :424.

³⁰¹ Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n° 38 p. 390 ; M. de Boissésou, « Le Droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n° 773, p. 789

³⁰² Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 922, p. 700

conformité avec l'obligation de confidentialité qui suppose que ces documents conservés restent confidentiels. Une fois cette opération accomplie, le centre est aussi chargé de notifier la sentence aux litigants³⁰³.

§3 : La perception et la réservation des frais de l'arbitrage

En principe, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage est la personne chargée de percevoir les frais et honoraires auprès des litigants³⁰⁴. Ce service de perception des frais et honoraires représente l'un des principaux avantages de l'arbitrage institutionnel. Le centre doit réserver à l'arbitre et au secrétaire arbitral le paiement de leurs rémunérations et rembourser les frais qu'ils ont engagés, en conformité avec son propre règlement, en respectant le mode de rétribution des acteurs, stipulé dans chacun des contrats d'arbitrage³⁰⁵. Les litigants lui ont confié cette mission, soit en raison du règlement d'arbitrage, soit en raison du contrat de direction de l'arbitrage³⁰⁶.

En ce qui concerne, à présent, la question de la rémunération spécifique du secrétaire arbitral, la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I considère qu'il appartient au tribunal arbitral de s'acquitter de cette tâche. D'après la note de la C.C.I sur les secrétaires, « *le tribunal arbitral devrait communiquer dès que possible au Secrétariat et aux parties son estimation du coût d'un secrétaire administratif afin que la Cour puisse en tenir compte lors de la détermination de la provision pour frais d'arbitrage* »³⁰⁷.

Cette position irrégulière s'explique par la conception erronée selon laquelle le secrétaire serait plutôt lié à l'arbitre qu'aux litigants. Or, en principe, c'est avec

³⁰³ *id.* ; Règlement de la C.C.I, Art. 34.1; Règlement de l'A.A.A., R-49 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 30.4 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 34.5.

³⁰⁴ Règlement de la C.C.I, Art. 37.1; Règlement de la L.C.I.A., Art. 28; Règlement de l'A.A.A., R-56 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 36 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 45:47 ; Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 750, p. 580.

³⁰⁵ *ibid.*, n° 754, p. 582 ; n° 912-913, p. 694-695.

³⁰⁶ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*, p. 283.

³⁰⁷ C.C.I « Note du Secrétariat de la Cour de la C.C.I relative à la désignation de Secrétaires Administratifs par les Tribunaux Arbitraux », Bull. C.C.I, vol. 6, n° 2, nov. 1995, p. 77

les litigants que le contrat de secrétariat arbitral est normalement formé, et à cet effet, les litigants sont tenus du versement de la rémunération du secrétariat³⁰⁸.

À cela s'ajoutent d'autres obligations implicites, mais certaines. Il s'agit des obligations à la charge des centres, bien qu'elles ne soient pas prévues dans leurs règlements. Elles s'imposent aux centres soit en raison de la nature et de l'esprit de l'arbitrage soit en raison de la nature de la mission accomplie par les centres.

Sous-section 3 : Les obligations implicites des contrats liant les centres d'arbitrage

Elles ne sont pas prévues explicitement dans le règlement d'arbitrage ou la convention d'arbitrage comme l'obligation d'assurer un procès équitable, respecter les garanties fondamentales de bonne justice et être indépendant. Il s'agit plutôt d'obligations qui incombent incontestablement aux centres en raison des exigences de la fonction juridictionnelle dont ils s'acquittent lors de la procédure arbitrale. Les centres sont tenus de ces obligations implicites tout au long de la procédure que la fonction exécutée soit administrative ou juridictionnelle.

§1 : Assurer un procès équitable et respecter les garanties fondamentales de bonne justice

Bien que l'obligation d'assurer un procès équitable et de respecter les garanties fondamentales de bonne justice ne soit pas souvent prévue par les règlements des centres, il n'y a aucun doute qu'elle incombe à la charge des centres en raison de la fonction juridictionnelle qu'ils exécutent pendant l'instance arbitrale³⁰⁹.

Cette obligation a été affirmée par la juridiction française à deux reprises. Dans un premier temps, lorsque le Tribunal de grande instance de Paris a énoncé que

« les circonstances... font apparaître qu'il existe, en l'état, un risque sérieux de ne pouvoir donner à

³⁰⁸ Sur ce point cf. L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*, p. 199.

³⁰⁹ E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 26.

chacune des parties les garanties essentielles, destinées à assurer un "procès équitable" au sens du droit interne et des engagements internationaux souscrits par la France, spécialement les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques »³¹⁰.

Cette formule et ces références ont été reprises dans le jugement du 28 janvier 1987³¹¹. Le TGI de Paris a considéré qu'« *il entre dans la vocation de ce tiers [les centres] de prendre, dans le respect de son règlement, les initiatives qui s'imposent pour donner à chacune des parties (ces) garanties essentielles...* ». De plus, le tribunal a considéré que les liens contractuels imposent à la Chambre arbitrale de Paris l'obligation « *de mettre en œuvre les instances arbitrales dans des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et l'objectivité propre à toute instance juridictionnelle* »³¹².

L'idée est soutenue par la doctrine qui fait référence à la nature de l'activité des centres et la déontologie de l'arbitrage institutionnel pour relever l'obligation d'assurer un procès équitable³¹³.

En effet, les interventions éventuelles mises à la disposition des centres supposent forcément qu'ils sont responsables de garantir un procès équitable. À titre d'exemple, un centre d'arbitrage doit assurer le respect d'un procès équitable lorsqu'il intervient pour surveiller l'indépendance de l'arbitre pendant la procédure de la constitution du tribunal arbitral et même après. Dans son commentaire sur le jugement du 28 janvier 1987 rendu par TGI Paris, l'affaire « *République de*

³¹⁰ TGI Paris (Ord. réf.), 30 oct. 1986, *op. cit.* Cf. aussi, Ph Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*

³¹¹ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371

³¹² Ph Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n°42.

³¹³ M.W. Buhler, « L'éthique des centres d'arbitrage : l'exemple de la Cour international d'arbitrage de la chambre de commerce international (C.C.I) » in L'éthique dans l'arbitrage, (dir.) G. Keutgen, Bruylant, 2012, p. 89 spéc. p. 96

Guinée »³¹⁴, le professeur Clay affirme que la décision du tribunal parisien a reconnu que l'obligation d'assurer un procès équitable s'impose, sans ambiguïté, aux centres d'arbitrage³¹⁵.

Toutefois, dans l'arrêt du 4 mai 1988, la Cour d'appel a refusé de faire droit à la demande de la République de Guinée de résilier le contrat de direction de l'arbitrage faute de pouvoir assurer aux litigants un procès équitable³¹⁶. Bien que les premiers juges, saisis en référé, l'aient accepté, la Cour d'appel a infirmé la décision de référé. Elle a jugé que

« La République de Guinée se doit de laisser se poursuivre une instance arbitrale pour le déroulement de laquelle elle a elle-même désigné un arbitre et qui doit aboutir à son terme voulu, le juge étatique n'ayant pas le pouvoir d'imposer la constitution d'un tribunal arbitral ad hoc et de substituer sa volonté à celle des parties ou à celle de l'une d'elles qui s'y refuserait »³¹⁷.

Ainsi, la Cour d'appel a prononcé l'irrévocabilité du contrat de direction d'arbitrage en s'appuyant sur la qualification du contrat comme un contrat d'intérêt commun, ce qui justifie la décision refusant la demande de résiliation. En conséquence, du moment où les litigants se sont mis d'accord de désigner le centre en tant qu'organe compétent pour organiser l'arbitrage, la juridiction étatique consacre cet accord en recourant au centre pour résoudre tous les conflits

³¹⁴ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371; Adde, dans le même sens, quoique moins formellement énoncé : TGI Paris (Ord. réf.) 30 oct. 1986, *op. cit.* ; Ph Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*

³¹⁵ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 917, p. 697

³¹⁶ CA Paris, 18 novembre 1987, CA Paris 4 mai 1988, (Répub de Guinée), *Rev. arb.* 1988.651.

Il faut observer qu'une telle demande n'est pas prévisible après la réforme de 2011 car les articles 1453, 1454 et 1456 du CPC, impose aux centres de pallier toute difficulté dans la constitution du tribunal arbitral. Donc, le défaut d'indépendance du centre lors la constitution du tribunal arbitral ou la récusation d'un arbitre, sera une faute constitutive de responsabilité délictuelle à cause de la violation d'une obligation légale sanctionnée. Ainsi, il n'y a pas lieu de demander la résiliation du contrat de direction de l'arbitrage à cause de défaut d'indépendance.

³¹⁷ CA Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *Rev. arb.*, 1986.87, qui estime qu'« il est certainement loisible aux parties de conférer la décision sur la récusation à un tiers, mais sans se priver d'avance de la faculté de saisir le Président du Tribunal. Si la partie intéressée n'invoque pas l'article 1463 mais sollicite la décision du tiers et l'accepte sans protestation, le juge ne soulèvera pas d'office l'incompatibilité avec l'article 1463 »; Cass. Civ 2^e 7 oct 1987 (Sté Opinter France), sous note

procéduraux, et par suite le juge étatique ne peut être saisi qu'en cas de recours contre la sentence arbitrale.

Cependant, la décision parisienne a fait l'objet d'une forte critique de la part du Philippe Fouchard qui avait un point de vue différent. D'une part, il confirme que la révocation par la volonté d'un seul des mandants doit être exclue, alors que d'autre part, il assure que la révocation judiciaire est toujours concevable sans l'exigence de tenir compte de la volonté mutuelle des parties³¹⁸. Il énonce que le juge saisi de cette demande n'est pas le juge des articles 1444 et 1493 ancien du Code de procédure civile qui est compétent pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral et qui est tenu par l'autonomie de la clause compromissoire et des autres restraints. Selon lui, le juge saisi, ici, est plutôt le juge de droit commun qui peut se prononcer sur une telle demande de résiliation selon les règles de droit commun³¹⁹. Donc, le manquement à l'obligation de garantir un procès équitable est parfaitement suffisant pour lui pour obtenir la résiliation du contrat.

De façon générale, on tire de la décision de la Cour d'appel de Paris deux observations. En premier lieu, cette décision démontre incontestablement que l'obligation de garantir un procès équitable n'est pas d'origine contractuelle. Il est manifestement clair que la juridiction française ne s'est pas référée au règlement du centre d'arbitrage pour faire peser l'obligation du « *procès équitable* » sur le centre.

D'ailleurs, la rédaction de la décision est, à notre avis, parfaitement précise. La Cour n'a pas statué que l'article 6 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme s'impose à l'arbitrage en général et au centre en particulier. Elle a plutôt prononcé que le centre est tenu d'offrir à chaque partie à l'arbitrage les garanties essentielles prévues par ledit article. Elle ne s'est pas référée non plus à la convention internationale pour fonder sa décision. En revanche, elle s'est référée sans équivoque à la nature juridictionnelle de l'arbitrage en se référant juste aux dispositions de l'article 6 de la CEDH et de l'article 14 du Pacte de New York pour assurer le principe du « *procès équitable* » sans juger qu'il s'impose.

Mezger, Rev. arb., 1988.649; TGI Paris (Ord. Réf.), 21 mars 1984 (affaire Experton), Rev. arb., 1985.94.

³¹⁸ CA Paris, 4 mai 1998, sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 674.

³¹⁹ *ibid.*, p. 675.

Donc, à notre avis, dès lors que cette obligation n'est prévue ni par la loi nationale ni par des conventions internationales, et étant donné la nature contractuelle de l'arbitrage, l'obligation de garantir un procès équitable nous semble sans doute une obligation d'origine contractuelle qui est indispensable pour l'exécution des autres obligations figurant dans le règlement. Elle trouve son originalité dans l'esprit de l'arbitrage et la spécificité de la mission du centre. Sur ce point, on souscrit entièrement à l'opinion du professeur Clay, soutenant l'origine contractuelle de cette obligation³²⁰. Il suppose le fondement contractuel en disant que les parties s'attendent, tacitement, à bénéficier d'un procès équitable³²¹.

En second lieu, cette décision a donné naissance à la confrontation entre le fonctionnement de l'arbitrage et les exigences procédurales de l'article 6 de la CEDH déjà anticipée par Fouchard³²². Déjà, l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH à l'arbitrage est un débat qui a fait couler beaucoup d'encre. La doctrine se divise en deux courants à l'égard de cette question. D'un côté, il y a des auteurs qui affirment l'applicabilité de la Convention européenne à l'arbitrage, et de l'autre côté, il y a des auteurs qui s'y opposent.

Les partisans de l'inapplicabilité de la Convention européenne estiment que si l'arbitrage n'est pas une forme de juridiction de nature étatique, il ne doit pas être engagé par la signature du Traité ; les États sont tenus de faire respecter la Convention européenne par les juridictions qu'ils ont instituées, et notamment celles qui encadrent les instances arbitrales, à savoir juge de la Cour d'appel, qui est le juge d'annulation des sentences arbitrales, mais pas par les juridictions arbitrales auxquelles ils sont étrangers³²³.

C'est dans cette perspective que la Cour d'appel de Paris a refusé la revendication de la société Cubic qui prétendait que la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I n'avait pas assuré la mise en œuvre d'un procès équitable. La Cour d'appel de Paris a considéré que la CEDH « *s'impose aux États signataires et non pas à une association qui ne constitue pas une juridiction* ». Une telle position de la jurisprudence emporte sans équivoque beaucoup de frustration, notamment si on tient en compte qu'elle a été rendue après la décision de la même Cour d'appel de

³²⁰ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*, p. 524.

³²¹ *id.*

³²² Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 258.

³²³ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*

Paris dans l'affaire la République de Guinée dans laquelle elle a affirmé que le centre doit assurer un procès équitable.

La Cour d'appel dans l'arrêt de la République de Guinée avait jugé que « *la Chambre arbitrale de Paris (avait) l'obligation [de] mettre en œuvre les instances arbitrales dans des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et l'objectivité propre à toute instance juridictionnelle* »³²⁴.

Outre l'opposition entre de la décision « *Cubic* » et la décision « *République de Guinée* », la première décision suscite beaucoup de contestation de la part des partisans de l'applicabilité³²⁵ de l'article 6.1 CEDH. Ceux-ci estiment que tout procès, quel qu'il soit, doit être soumis à la Convention européenne. Pour eux, la Convention européenne implique des règles qui dépassent très largement la question de l'engagement des signataires de la Convention³²⁶. Ce sont des règles rattachées au droit de l'homme qui doivent être respectées tant qu'il y a un procès juridictionnel au bout duquel les droits et les obligations des litigants seront affectés.

Ils ont tiré cette conclusion de la décision du 9 décembre 1994 de la Cour européenne de droit de l'homme énonçant que « *l'article 6, al. 1 CEDH s'applique indépendamment de la qualité des parties... il suffit que l'issue de la procédure soit déterminante pour des droits et obligations de caractère privé* »³²⁷. Il nous semble bien que l'arbitrage et notamment les décisions institutionnelles, sur la confirmation de la désignation d'un arbitre, la récusation ou remplacement d'un arbitre, l'examen *prima facie* de la validité de la clause d'arbitrage, doivent être soumis aux dispositions de l'article 6 CEDH³²⁸. C'est l'interprétation qui est d'ailleurs suivie par la jurisprudence suisse³²⁹.

Beaucoup d'auteurs soutiennent l'applicabilité de l'article 6.1 CEDH à la fois au tribunal arbitral et au centre d'arbitrage. Selon le professeur Lalive,

³²⁴ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 258.

³²⁵ J.H. Moitry, « Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights: Some Remarks on the République de Guinée Case », *Journ. int. arb.*, 1989, vol. 2, p.115.

³²⁶ Cass. Civ.1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*

³²⁷ CEDH, 9 déc. 1994, « *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis* », Série A, Vol. 300, 1995, p. 65-104, spéc. n°39, p. 78.

³²⁸ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, p. 119

³²⁹ Tribunal Fédéral suisse, 20 juin 1994, *JDI*, 1996, p.734.

« l'arbitrage, et notamment les décisions de l'institution concernant la constitution et l'organisation du tribunal arbitral, entre aussi dans le champ d'application de l'article 6 CEDH »³³⁰.

De même, Philippe Fouchard considérait que la convergence entre l'article 26 du règlement de la C.C.I et la décision « République de Guinée » est frappante : l'obligation générale qui pèse sur le centre d'arbitrage de faire « tous ses efforts » pour assurer à la sentence une sanction légale correspond à celle qu'impose le Tribunal de « prendre les initiatives... propres à assurer un procès équitable », puisque si cette dernière exigence n'était pas satisfaite, la sentence ne recevrait force exécutoire dans aucun des pays qui la font leur ; comme ils sont fort nombreux, la sentence risque bien de ne pas recevoir de sanction légale³³¹.

D'ailleurs, les règlements institutionnels donnent aux centres d'arbitrage les moyens concrets d'assurer ce procès équitable, par exemple l'article 2 § 8 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., disposition très générale donnant à celle-ci le moyen d'imposer aux arbitres qu'ils respectent cette exigence : « Il y a lieu à remplacement d'un arbitre... lorsque la Cour, après avoir recueilli des observations, constate qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au Règlement ou dans les délais impartis »³³².

À notre avis, l'interprétation en faveur de l'applicabilité est d'autant plus pertinente dès lorsqu'on observe aujourd'hui l'émergence d'un véritable droit processuel commun à tous les contentieux, y compris les contentieux processuels lors de l'instance arbitrale. Alors si ce droit processuel est constitué pour l'essentiel des règles du procès équitable telles qu'elles figurent à l'article 6 § 1 de la Convention européenne, le champ d'application de l'article 6 doit s'étendre irrésistiblement à l'arbitrage institutionnel³³³.

Dire le contraire diminue la crédibilité et la pérennité de l'institution d'arbitrage. Il n'y aura pas d'intérêt à régler un litige par une sentence qui sera ultérieurement frappée d'annulation en vertu de l'article 1520 du CPC, en raison

³³⁰ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note Lalive, *op. cit.*, n° 28 p. 119, 120.

³³¹ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 256; TGI Paris, 28 janv. 1987, *Rev. arb.*, 1987.371

³³² Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 256

³³³ Cass. Civ.1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*

d'un procès inéquitable né d'un tribunal arbitral irrégulièrement constitué ou du non respect des droits de la défense.

Outre cette raison pragmatique, il s'agit d'éviter le risque éventuel d'annulation, il en est d'autres qui militent en faveur de l'application du principe de procès équitable au centre d'arbitrage. On est de l'avis du professeur Clay qui considère que les parties attendent de bénéficier d'un procès équitable³³⁴. Ce fait ne peut pas être ignoré ni par l'arbitre ni par le centre. On pense aussi que l'obligation du centre de permettre de rendre une sentence dont l'exécution est possible suppose a priori la garantie d'un procès équitable. Il doit offrir à la sentence une efficacité maximale et manquerait son but si sa sentence était rendue dans des conditions telles qu'une des règles élémentaires du procès équitable n'était pas respectée.

Par ailleurs, la fonction juridictionnelle des centres suppose nécessairement que l'obligation de garantir un procès équitable incombe aux centres, car ils participent, indirectement, dans le processus du prononcé de la sentence qui met fin au litige³³⁵. Leurs décisions peuvent affecter le sort du litige. À titre d'exemple, lorsque le centre est saisi d'une demande d'arbitrage, il se prononce sur l'opposabilité *prima facie* de l'arbitrage. Il doit s'en prononcer en toute indépendance. Finalement, dire que l'article 6.1 s'applique à tout organe résolvant un différend sauf à l'arbitrage, qui est d'ailleurs le seul véritable mode juridictionnel en dehors de la justice étatique, est paradoxal. Probablement, la Convention ne s'applique pas en tant que telle à l'arbitrage. Par exemple, il n'y a pas lieu d'appliquer les sanctions prévues par la convention, car la violation des dispositions dudit article engagerait la responsabilité d'État signataire, ce qui n'est ni notre cas, ni envisageable en arbitrage étant donné qu'il est à l'abri des juridictions étatiques.

Néanmoins, le contenu de la convention s'impose sans aucun doute. Lorsqu'on parle de l'applicabilité de l'article 6.1 CEDH, on réclame l'application des garanties y sont énoncées. On ne réclame pas l'applicabilité stricte de l'article au sens matériel. Celui-ci ne s'impose probablement ni à l'arbitre ni au centre³³⁶. On

³³⁴ *ibid.*, p. 524.

³³⁵ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p. 698 ; L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*, p.266 ; M.W. Buhler, « L'éthique des centres d'arbitrage : l'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (C.C.I) », *op. cit.*, p. 89.

³³⁶ Cass. Civ 1^{er}, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*

estime que le contenu de l'article, à savoir les garanties qui y figurent, doit être absolument applicable à la fois aux arbitres et aux centres d'arbitrage.

Il faut donc distinguer entre le sens matériel de l'article et son contenu. Il est vrai que l'article ne s'applique pas matériellement à l'arbitrage, cependant, son contenu s'impose à tout différend juridique dont la nature l'exige. Heureusement, la Cour de cassation française a mis fin à la controverse jurisprudentielle concernant l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH dans sa décision du 20 février 2001³³⁷. Elle a considéré, dans l'affaire « *Cubic* », qu'aucun procès ne saurait échapper à ces garanties, indépendamment de l'application de l'article 6.1 de la Convention³³⁸ bien que la société *Cubic* n'eût pas été, en l'espèce, privée des garanties du procès équitable.

Alors, notre avis ne s'oppose pas à la décision finale de la haute juridiction étant entendu que le contenu (l'esprit) de l'article 6 contenant les règles du procès équitable s'impose à l'arbitrage, vu qu'il est une justice, et doit être scrupuleusement respecté par les arbitres. Il en va de la crédibilité et de la pérennité de l'arbitrage. Le principe du procès équitable exige la mise en place des principes et des règles qui assurent l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

Assurer un procès équitable est une double obligation pour le centre. Le centre est engagé à la respecter et à la faire respecter³³⁹. Le centre veille alors que les autres acteurs de l'arbitrage, notamment les arbitres, respectent bien l'obligation d'assurer un procès équitable³⁴⁰. Il s'en assure par exemple lorsqu'il surveille la *matérialité* de l'échange des pièces et des écritures³⁴¹.

Par ailleurs, on n'aura pas tort de dire que la garantie d'un procès équitable suppose que le centre veille à respecter le principe du contradictoire tout au long de la procédure. Les faits de l'affaire « *FFM* »³⁴² sont l'exemple le plus pertinent qui

³³⁷ *id.*

³³⁸ *id.*

³³⁹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 916, 917, p. 697.

³⁴⁰ *V. supra.*, « §2 : Respecter et faire respecter le règlement d'arbitrage », p.131. En ce sens, *cf.* Ph. Fouchard « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 42; M. de Boissésou « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 346.

³⁴¹ En ce sens, *cf.* Ch. Jarrosson « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.*, n° 37.

³⁴² Société Filature française de Mohair

démontre comment l'obligation d'assurer un procès équitable suppose forcément la surveillance du respect du contradictoire lors de la procédure arbitrale³⁴³.

Le TGI de Nanterre a engagé, le 1^{er} juillet 2010, la responsabilité de la F.F.I.L.C. pour le manquement à l'obligation de s'assurer que la sentence rendue sous son égide serait efficace. En l'occurrence, la sentence arbitrale a été annulée, le 21 septembre 2006, par la Cour d'appel de Paris au motif de la violation du principe du contradictoire commis par le centre d'arbitrage, F.F.I.L.C. en l'espèce³⁴⁴.

L'interprétation de cette décision consiste à affirmer que le TGI reconnaît que l'obligation de veiller au respect du contradictoire s'impose au centre alors même que son règlement attribuait cette charge aux seuls arbitres.

Alors, bien que l'obligation d'assurer le respect du contradictoire ne soit prévue ni par le règlement du centre d'arbitrage ni par le Code de procédure civile français, la sentence arbitrale a été annulée pour le manquement au principe du contradictoire, et par conséquent le centre a été tenu responsable de ne pas avoir veillé au respect du contradictoire³⁴⁵. Cette décision fait la lumière sur une conclusion juridique très importante. Elle démontre que l'obligation de respecter en général le droit de la défense³⁴⁶ et spécifiquement le principe du contradictoire fait partie de l'obligation d'assurer un procès équitable, obligation générale bien reconnue.

La reconnaissance d'une telle obligation, bien qu'elle n'ait pas été prévue par le règlement d'arbitrage, revient à affirmer que tout centre d'arbitrage doit veiller au respect du contradictoire tout au long de la procédure en vertu de l'obligation essentielle de garantir un procès équitable. Autrement dit, tout centre devrait s'assurer que les arbitres font bien leur travail sur ce point. Cela rejoint l'affirmation

³⁴³ TGI Nanterre, 1er juill. 2010 (Sté FFM), sous note C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 9

³⁴⁴ *id.*

³⁴⁵ TGI Nanterre, 1er juill. 2010 (Sté FFM), sous note A. Mourre et P. Pedone, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 oct. 2010, n° 4, p. 1167.

³⁴⁶ M. Loquin définit la notion de droit de la défense en disant que c'est une notion qui « regroupe ce que l'on peut appeler les 'garanties fondamentales des parties'. Il s'agit des principes qui garantissent les parties contre l'arbitre. Si l'acte juridictionnel au sens matériel consiste dans le fait de consacrer 'une prétention après vérification' les droits de la défense sont le corollaire de cette fonction, car ils assurent que la prétention sera exposée au juge et que la vérification sera effective et loyale », sur ce point cf. E. Loquin « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *op. cit.*, n° 69 p. 332.

de Philippe Fouchard qui estime qu'« *il appartient aussi et surtout aux institutions de veiller, en toutes circonstances, au respect du principe de la contradiction. Plusieurs rapporteurs en ont exposé, concrètement, les exigences, soit dans le règlement des incidents de récusation, soit de manière générale tout au long de la procédure* »³⁴⁷.

Le centre est également tenu par le principe du contradictoire lors de la communication des documents, bien qu'il exécute en ce moment sa fonction administrative et non juridictionnelle. Si une partie est privée d'un procès équitable lorsque le centre communique des documents en tant qu'intermédiaire entre les parties, la partie lésée par la communication *ex parte* a le droit de demander l'annulation de la sentence arbitrale, étant privée d'un procès contradictoire à cause de l'omission du centre, et elle peut aussi mettre en jeu la responsabilité du centre en cause³⁴⁸.

L'obligation du centre de respecter les règles d'un procès équitable suppose une autre obligation à sa charge, à savoir l'indépendance. Un centre non indépendant n'est pas logiquement en mesure d'assurer un procès équitable. En effet, l'obligation d'être indépendant n'est que l'un des aspects de l'obligation du centre de garantir les règles d'un procès équitable.

§2 : Être indépendant

Les litigants sont légitimement en droit d'attendre que le centre offre, ainsi que les arbitres, des garanties d'indépendance et d'impartialité parce qu'« *il participe de la mission juridictionnelle* »³⁴⁹.

Certes, il est cohérent de s'interroger sur le rapport entre la garantie d'un procès équitable et l'obligation d'être indépendant. En effet, le respect effectif d'un procès équitable présuppose le respect d'autres obligations comme assurément l'indépendance. Pour que le centre assure bien l'indépendance des arbitres, il faut logiquement qu'il soit lui-même indépendant.

³⁴⁷ Ph. Fouchard, « Conclusion », *Rev. arb.*, 1990.483, spéc. n° 19, p. 492.

³⁴⁸ J. Pellerin, « Les droits des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 1990.395, spéc. n°12. Aussi cf. E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 27 et s.

³⁴⁹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 917, p. 697

L'exigence de l'indépendance des centres est soutenue en doctrine. Philippe Fouchard confirme que l'obligation d'indépendance incombe aux centres ainsi qu'aux arbitres. D'après lui, « *il pouvait être utile d'appliquer [l'article 6.1 CEDH] à l'environnement de l'arbitrage (et en particulier l'intervention de tiers préconstitués et l'administration des centres permanents). L'occasion en a été donnée dans cette affaire, et il faut s'en féliciter* »³⁵⁰.

L'indépendance des centres d'arbitrage implique plusieurs aspects. Le centre d'arbitrage -spécifiquement l'organe du contrôle responsable de rendre les décisions institutionnelles, souvent appelé *Cour d'arbitrage*- doit être indépendant du tribunal arbitral, de l'État, des litigants et de l'organe administratif du centre.

A. Le centre d'arbitrage et le tribunal arbitral

La notion d'indépendance dans l'environnement de l'arbitrage entre les centres d'arbitrage et le tribunal arbitral est réciproque. C'est une obligation qui s'impose à tous les deux. Dire le contraire n'aboutit qu'à purger l'indépendance de sa teneur.

Lorsque le centre d'arbitrage exerce un contrôle essentiel lors de la constitution du tribunal arbitral, il doit le faire en toute objectivité et neutralité³⁵¹. Il doit l'être aussi lorsqu'il vérifie la validité ou le bien-fondé d'une demande de récusation en effectuant une interprétation propre de ce qui est prévu par son règlement et en conformité à ses précédents. Il doit examiner ces demandes de récusation sans la moindre complaisance.

Bien que la motivation d'une décision institutionnelle du centre ne soit pas communiquée aux litigants, l'organe de contrôle attachée au centre, est tenu, en cas de besoin, de démontrer au juge étatique la régularité du processus de décision, ce qui suppose évidemment l'indépendance du centre³⁵².

³⁵⁰ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p.259

³⁵¹ M.W. Buhler, « L'éthique des centres d'arbitrage – l'exemple de la cour international d'arbitrage de la chambre de commerce international (C.C.I) », *op. cit.*, p. 94, 95

³⁵² Il s'agit le procès verbal de la cour, l'ordre du jour du Secrétariat et le rapport du membre de la cour relatif à la récusation sont précieusement gardés par le secrétariat.

Au surplus, la Cour de cassation a affirmé, dans la décision du 11 mars 2009, l'obligation des centres d'être indépendants des arbitres³⁵³. Dans l'affaire « *Triplast* », la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel prononçant le rejet d'un recours en annulation diligenté par la partie mécontente de la sentence arbitrale. L'auteur du pourvoi avait invoqué comme moyen la partialité d'un des magistrats de la Cour d'appel, rejetant le recours en annulation, car la Cour d'appel était composée de Monsieur Z qui était un ancien secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. Le demandeur au pourvoi s'est fondé sur ce fait pour réclamer qu'il eût été privé d'un procès équitable selon les dispositions de l'article 6.1 de la CEDH devant la Cour d'appel.

Dans cette décision, on s'intéresse à la partie de la motivation de la Cour de cassation où elle approche l'indépendance du centre par rapport au tribunal arbitral. La haute juridiction, non convaincue par le moyen de la société *Triplast*, a rejeté le pourvoi et, par là même a consacré l'impartialité du magistrat. La motivation de sa décision repose sur le fait qu'être l'ancien secrétaire de la C.I.A. pendant la durée de l'arbitrage ne porte pas atteinte à son impartialité, car un secrétaire de la C.I.A. « *n'intervient jamais dans la mission juridictionnelle des arbitres* ».

On tire de cette motivation qu'il doit exister une indépendance réciproque entre le tribunal arbitral et la cour d'arbitrage. La Cour de cassation a affirmé que

*« la Cour internationale d'arbitrage dont M. Z... a été le secrétaire général exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres, de sorte que l'impartialité de M. Z... ne peut être légitimement suspectée »*³⁵⁴.

³⁵³ Cass. Civ. 1^e, 11 mars 2009 (Sté *Trioplast AB*), note G. Huchet, *Gaz. Pal.*, 2009, p. 1309.

³⁵⁴ Cass. Civ. 1^e, 11 mars 2009 (Sté *Trioplast AB*), *op. cit.* ; sous obs. Seraglini, *JCP*, 2009, I, p. 148, n°10; sous note X. Delpech, *D.*, 2009.880; note Th. Clay, *D.*, 2009.2959.

B. L'indépendance de l'organe de contrôle du centre et de l'organe administratif

En effet, la stipulation expresse, dans la plupart des règlements, de l'indépendance de l'organe de contrôle du centre (souvent appelé Cour d'arbitrage) de l'organe administratif (le centre d'arbitrage au sens strict de terme) a rendu la question plus facile à analyser³⁵⁵. Le règlement de la C.C.I par exemple prévoit explicitement l'indépendance entre la Cour internationale d'arbitrage et C.C.I. Selon l'article 1 (1) du règlement d'arbitrage de 2012 de la C.C.I, la Cour internationale d'arbitrage est considérée comme « *l'organe indépendant d'arbitrage de la C.C.I* ». Selon l'alinéa 2 du même article « *la Cour exerce sa mission dans une totale indépendance vis-à-vis de la C.C.I et ses organes* », et dans l'alinéa 3, « *ses membres sont indépendants des comités nationaux et groupes de la C.C.I* »³⁵⁶.

C. L'indépendance par rapport à l'État³⁵⁷.

L'indépendance des centres d'arbitrage a été dénoncée dans la décision du 29 novembre 1985 de la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire « *S.C.P.A* »³⁵⁸. La partie mécontente de la sentence arbitrale a saisi la Cour d'appel d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue sous les auspices de la Chambre Arbitrale de Paris.

Et subsidiairement, elle sollicitait le sursis à statuer jusqu'à la décision du tribunal administratif de Paris qu'elle avait saisi d'un recours en illégalité contre l'article 34 du Règlement de la Chambre arbitrale de Paris. Elle prétendait que le Règlement d'arbitrage, en vigueur à l'époque, était un acte administratif, « *en tant qu'il contient des dispositions d'ordre général et qu'il émane d'un organisme disposant de prérogatives de puissance publique comme apportant son concours au service public de la justice* »³⁵⁹.

³⁵⁵ Règlement du C.R.C.I.C.A., Introduction al. 3

³⁵⁶ Règlement de la C.C.I, Art. 1.

³⁵⁷ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 230.

³⁵⁸ CA Paris, 29 nov. 1985 (S.C.P.A.), *Rev. arb.*, 1987.335.

³⁵⁹ *id.*

Pourtant, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer. Elle a considéré que les centres d'arbitrage ne sont pas assimilés à des organismes publics :

« la Chambre arbitrale de Paris, organisme constitué sous l'égide de l'Union des syndicats professionnels, ne tient ses pouvoirs de trancher les litiges que de la convention des parties ; les tribunaux arbitraux qu'elle constitue ne prononcent pas leurs décisions au nom du peuple français et n'exercent aucune mission de service public »³⁶⁰.

On tire de cette décision que l'activité arbitrale des centres échappe à toute dépendance hiérarchique ou contrôle étatique. Certainement, il n'échappe pas au contrôle judiciaire, s'il y a lieu, bien que ce contrôle ne constitue pas une dépendance hiérarchique.

D. L'indépendance du centre à l'égard des litigants.

En dépit du silence législatif quant à l'obligation d'indépendance du centre à l'égard des litigants, la question a été évoquée plusieurs fois devant les juridictions françaises³⁶¹, soit lorsqu'elles ont été saisies des voies de recours contestant la sentence sur le fondement des articles 1492-1 ou 1520-2 du CPC, soit lorsqu'elles ont été saisies des actions mettant en cause la responsabilité du centre d'arbitrage³⁶², ou soit lorsqu'elles ont été saisies des actions sollicitant la résolution du contrat de direction de l'arbitrage³⁶³.

La jurisprudence française a confirmé l'existence d'une obligation d'indépendance à charge des centres à l'égard des litigants chaque fois que la question lui a été posée que l'action engagée soit un recours en annulation ou un

³⁶⁰ *ibid.*, p.337.

³⁶¹ *V. supra.*, « §1 : Assurer un procès équitable et respecter les garanties fondamentales de bonne justice », p. 140.

³⁶² TGI Paris, 8 oct. 1986 (Cekobanka), *op. cit* ; TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), *Rev. arb.*, 1985.141 ; Cf. aussi l'étude de J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. Civ.*, 1984.544, spéc. p. 550.

recours contre une décision institutionnelle rendu par le centre pendant l'instance arbitrale.

Il convient de souligner que, normalement, les actions en responsabilité, dans lesquelles le demandeur sollicite d'allocation de dommages-intérêts, et les actions en résolution ou en annulation du contrat, sont, d'après le droit commun, les sanctions habituelles du manquement à une obligation contractuelle ou du manquement à une des conditions de validité prévues par l'article 1108 du Code civil³⁶⁴.

Être indépendant est une obligation à durée indéterminée, qui se déroule avant le commencement de l'arbitrage, pendant l'instance arbitrale et même à son terme. Ce déroulement indéterminé est justifié par la nature juridictionnelle de l'arbitrage et la déontologie de l'institution d'arbitrage. Il n'y a pas de différends sur le moment de la naissance de l'obligation. Normalement, le centre est tenu d'être d'indépendant dès lors qu'il est saisi d'une demande d'arbitrage.

Par contre, le moment de la disparition de l'obligation soulève quelques difficultés. On se demande jusqu'à quel moment le centre doit garantir son indépendance. Cette obligation dure-t-elle jusqu'au jour de la constitution du tribunal arbitral, ou jusqu'au jour du rendu de la sentence arbitrale ?

En général, le centre d'arbitrage doit être indépendant, non seulement, tout au long de la procédure arbitrale, mais aussi avant et après la fin de cette dernière. En d'autres termes, l'obligation d'indépendance est une obligation permanente, elle n'est pas limitée dans le temps par les différentes phases de l'instance arbitrale³⁶⁵.

Cette permanence est affirmée par Philippe Fouchard lorsqu'il critiqua la décision de la Cour d'appel énonçant que dès le moment où la constitution du tribunal arbitral est réalisée, les centres d'arbitrage n'ont plus aucun rôle actif, c'est le tribunal arbitral qui est tenu par l'obligation d'assurer un procès équitable³⁶⁶.

³⁶³ M. Boisséson, « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel » *op. cit.*, p. 341. Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*, p.513.

³⁶⁴ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 261.

³⁶⁵ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*, p. 49 ; Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n°779, p. 602.

³⁶⁶ CA Paris, 4 mai 1988 (Rép. de Guinée), note Ph. Fouchard, *op. cit.*, n°12 et s., p. 680

On souscrit entièrement à cette opinion qui estime que la décision critiquée, ci-dessus, manque un peu de réalisme. La lecture des règlements des centres d'arbitrage révèle sans doute que, même après la constitution du tribunal arbitral, les centres sont chargés de multiples et importantes fonctions dont beaucoup impliquent que le centre veille au respect des conditions d'un procès équitable conforme aux principes généraux et fondamentaux du droit.

Parmi ces fonctions on évoque l'examen *prima facie* de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, la confirmation de l'investiture des arbitres désignés, le règlement de manière définitive d'une demande ultérieure de récusation d'arbitre, et l'examen auquel la Cour se livrera avant d'approuver la sentence et les modifications qu'elle suggérera aux arbitres à cette fin³⁶⁷.

Le constat des différents aspects de l'obligation d'indépendance du centre donne lieu à une obligation à la charge du centre directement liée à l'indépendance, c'est l'obligation de révélation. L'obligation de révélation est le moyen par lequel l'obligation d'indépendance est mise en place, et par suite assurée.

§ 3 : Exécuter l'obligation de révélation

Bien que le centre soit une personne morale, on pense que les personnes physiques, comme les personnels, les consultants et les membres faisant partie des organes de contrôle et agissant au nom du centre, sont tenues de révéler tout ce qui serait susceptible de mettre en doute soit leur indépendance soit l'indépendance du centre dans l'administration du litige.

Compte tenu des liens qui existent entre les personnels et les autres acteurs de l'arbitrage, surtout, dans l'hypothèse où le centre est invité à intervenir de manière plus décisive dans le déroulement de l'instance, à titre d'exemple lorsqu'il rend une décision institutionnelle de récusation d'un arbitre. L'absence de révélation pourrait entraîner la nullité de la procédure d'arbitrage, et par suite la nullité même de la sentence, si l'arbitre, dont la désignation est confirmée par le centre, garde avec le centre une relation non relevée. Cela pourrait engager la responsabilité des centres

³⁶⁷ *id.*

d'arbitrage pour la reddition d'une sentence arbitrale inefficace et le manquement à l'obligation contractuelle de révélation³⁶⁸.

Après avoir analysé, dans cette section, les obligations nées des contrats d'arbitrage à la charge des centres d'arbitrage qui reflètent la fonction administrative des centres d'arbitrage, on analyse dans la prochaine section l'ensemble des pouvoirs conférés aux centres qui reflètent davantage la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage.

³⁶⁸ En ce sens *cf.* E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.*, p. 222

Section 2 : Les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage

Il résulte du contrat de direction d'arbitrage un ensemble de droits et de pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage lors de la procédure arbitrale comme le pouvoir de veiller à la désignation du tribunal arbitral, de maintenir cette désignation ou de prononcer leur récusation et leur remplacement le cas échéant.

En outre, certains contrats de direction, comme le règlement de la C.C.I, attribuent aux centres le pouvoir de vérifier *prima facie* l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, lorsqu'il est saisi de l'acte introductif à l'arbitrage. De surcroît, le règlement de la C.C.I confère à la C.I.A. le pouvoir d'approuver le projet de la sentence arbitrale avant que la sentence arbitrale ne soit définitivement rendue.

Sous-section 1 : Le pouvoir de vérifier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage

Avant que le centre accepte sa mission, et commence par conséquent la direction de l'arbitrage, il vérifie d'abord si la convention d'arbitrage est valable³⁶⁹. En outre, dans le cas de désignation imprécise du centre dans une convention d'arbitrage, comme dans l'affaire « République de Guinée », le centre est tenu de vérifier s'il est correctement désigné par la convention³⁷⁰.

Certes, ce pouvoir de vérification n'est mis en œuvre que si l'une des parties est défaillante, ne répondant pas à la demande de l'arbitrage, ou répondant à la demande de l'arbitrage, mais contestant la validité, l'existence ou la portée de la convention d'arbitrage. La participation volontaire des litigants dans un arbitrage, devant un centre d'arbitrage, sans contester la convention d'arbitrage est considérée comme une acceptation tacite de l'arbitrage.

Ce pouvoir de vérifier l'opposabilité et la validité de la convention d'arbitrage est mis en place soit par une décision institutionnelle prononçant le début de l'instance d'arbitrage en cas de validité de la convention de l'arbitrage, soit par une décision institutionnelle prononçant le refus de la demande d'arbitrage présentée par l'un des litigants en raison de la non-validité de la convention d'arbitrage.

³⁶⁹ Règlement de la C.C.I., Art. 6.4 ; Règlement du CRCICA, Art. 6.

³⁷⁰ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, P. 231.

L'exercice de ce pouvoir n'est pas une tâche facile. En cas de doute, il est recommandé au centre de prononcer la validité de la convention, ce qui permet le commencement de l'arbitrage et par suite la constitution d'un tribunal arbitral qui, à son tour, statue sur la question de la validité de la convention de l'arbitrage quand il se prononce sur sa propre compétence. Pourtant, il ne faut pas que cette transmission soit par défaut. Il faut ne transmettre la question au tribunal arbitral qu'en cas de vrai doute. Sinon, la soumission initiale (préliminaire) à l'organe de contrôle du centre serait sans cause, sans objet, et par suite une perte de temps ce qui justifierait la mise en cause de la responsabilité des centres.

Pour ces raisons, les rédacteurs du nouveau règlement de la C.C.I ont limité le nombre des questions *prima facie* que la C.I.A. doit examiner. Pour ce faire l'article 6-3 du règlement de 2012 prévoit que :

« Lorsqu'une partie contre laquelle une demande a été formée ne répond pas à cette demande ou soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ou relatifs à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique, l'arbitrage aura lieu et toute question relative à la compétence ou à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique sera tranchée directement par le tribunal arbitral, à moins que le secrétaire général ne soumette la question à la décision de la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4 »³⁷¹.

³⁷¹ Règlement de la C.C.I, Art. 6.4 « Dans tous les cas soumis à la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 3, la Cour décide si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement. Notamment :

(i) lorsque l'arbitrage intéresse plus de deux parties, il aura lieu entre les parties, y compris les parties intervenant conformément à l'article 7, à l'égard desquelles, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage les liant toutes et visant le Règlement, et
(ii) lorsque des demandes au titre de l'article 9 sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, l'arbitrage aura lieu relativement aux demandes pour lesquelles, *prima facie*, la Cour estime possible (a) que les conventions d'arbitrage en application desquelles elles sont formées sont

Il appartient donc à la C.C.I de décider, à titre exceptionnel, s'il convient, avant de transmettre les questions relatives à l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage au tribunal arbitral, de demander une analyse *prima facie* de celle-ci à la C.I.A., sinon la résolution de ces questions doit être confiée directement au tribunal arbitral³⁷².

Sous-section 2 : Contribuer à la constitution du tribunal arbitral

Lorsque les parties à l'arbitrage ne se mettent pas d'accord sur la désignation de l'arbitre, le règlement permet souvent au centre d'intervenir pour pallier cette difficulté en lui conférant le pouvoir de nommer et constituer le tribunal arbitral. Au surplus, même après le début de l'arbitrage, il est conféré au centre le pouvoir de contribuer encore à la constitution du tribunal arbitral. Il lui est conféré le pouvoir de veiller à la disponibilité et à l'aptitude des arbitres choisis à conclure l'arbitrage conformément au règlement proposé par le centre³⁷³.

En outre, pour garantir le bon déroulement de l'instance, certains règlements, comme celui de la C.C.I, confèrent aux centres le pouvoir de confirmer la désignation d'un arbitre déjà choisi par une partie. Ainsi, la Cour de la C.C.I a le pouvoir de ne pas confirmer la désignation d'un arbitre choisi par une partie, par les parties, par les coarbitres, ou par un tiers, si elle sait que l'arbitre en question n'a pas le temps de conduire un arbitrage C.C.I avec la célérité requise ou qu'il n'est plus en mesure d'appliquer correctement le règlement³⁷⁴.

compatibles et (b) que toutes les parties à l'arbitrage sont convenues de les faire trancher dans un arbitrage unique.

La décision prise par la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4, ne préjuge pas de la recevabilité ou du bien-fondé du ou des moyens des parties ».

³⁷² P. Mayer et E. S. Romero, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale C.C.I », *Rev. arb.*, 2011.897, spéc. n° 13, 14, p. 903, 904.

³⁷³ A. Renier, « Le règlement d'arbitrage de la C.C.I, version 1998 », *Rev. arb.*, 1998.25, spéc. p.32

Il convient de souligner que le pouvoir de contribuer à la constitution du tribunal et surveiller son travail ne cesse pas avec la constitution initiale du tribunal arbitral. Le centre exerce ce pouvoir pendant toute la durée de l'instance. Il continue à garantir la bonne constitution du tribunal arbitral, et par conséquent, il doit vérifier tout au long de la procédure que le tribunal est en mesure d'aller jusqu'au terme de sa mission.

Le pouvoir conféré au centre pour contribuer à la constitution du tribunal suppose qu'il a évidemment le pouvoir de récuser, de révoquer un ou plusieurs arbitres, et de prendre des mesures afin que la procédure puisse être remise sur les rails sans prendre trop de retard³⁷⁵.

En principe, il n'est pas autorisé à révoquer d'office l'arbitre. C'est un droit réservé exclusivement aux litigants³⁷⁶. Toutefois, dans certaines hypothèses, extrêmes, le centre peut prendre l'initiative de remplacer l'arbitre, comme c'est le cas dans des arbitrages C.C.I, où cette sanction est expressément prévue par le règlement d'arbitrage³⁷⁷.

De même, le règlement de la L.C.I.A. autorise à la Cour de la L.C.I.A de prendre l'initiative de récuser un arbitre s'il existe des circonstances susceptibles de faire naître un doute raisonnable quant à son impartialité ou son indépendance³⁷⁸.

³⁷⁴ A propos de l'intervention de la C.C.I dans la constitution du tribunal arbitral cf. A. Renier, « Le règlement d'arbitrage de la C.C.I, version 1998 », *op. cit.*

³⁷⁵ En ce sens cf. E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », n° 48.

³⁷⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 909, p. 693.

³⁷⁷ Règlement de la C.C.I, Art. 15.2 « Il y a également lieu à remplacement à l'initiative de la Cour, lorsqu'elle constate que l'arbitre est empêché de jure ou de facto d'accomplir sa mission, ou que l'arbitre ne remplit pas sa mission conformément au Règlement ou dans les délais impartis ».

³⁷⁸ Règlement de la L.C.I.A., Art. 10.1

Sous-section 3 : L'approbation du projet de sentence arbitrale : examen du projet de sentence

Les centres d'arbitrage s'estiment responsables du succès du processus arbitral. Pour assurer un tel résultat, le règlement réserve au centre le pouvoir d'intervenir dans la mission des arbitres pour réviser le projet de la sentence³⁷⁹ avant que la sentence soit définitivement rendue³⁸⁰.

Ainsi, il n'est pas étonnant de trouver certains règlements, comme celui de la C.C.I, qui imposent aux arbitres d'adresser le projet de la sentence à la C.I.A. avant de rendre leur décision³⁸¹.

Le professeur Loquin a relevé, avec raison, la présence constante de quatre principes dans ce mécanisme contractuel de contrôle de la sentence arbitrale³⁸². Le contrôle est obligatoire, préalable au prononcé de la sentence, caractérisé par l'absence de l'intervention des parties, et constitue un contrôle indirect effectué par le centre d'arbitrage sur le contenu de la décision des arbitres³⁸³. Les litigants ne participent pas à cette étape de la procédure, ils n'ont pas en principe aucun droit de se manifester sur ce que le centre fait pendant cet examen préalable, car le contrôle de la sentence, fait par le centre, ne se réalise que dans le stade du délibéré lequel doit demeurer secret³⁸⁴.

Normalement, ce contrôle prend deux formes : soit une forme indicative soit une forme impérative. La première forme, la forme indicative, a lieu lors de l'examen au fond du projet de la sentence. Dans ce cas, le centre ne fait qu'appeler

³⁷⁹ Sur ce point cf. E. Loquin « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *Rev. arb.*, 1990.427, spéc. n° 31-37, p. 441-444. E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », n° 52 et s.

³⁸⁰ Sur ce point cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 1375-1378, p. 764-766 ; TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), not sous Ch. Jarrosson, *op. cit.*, n°13, p. 857-858 ; TGI Paris, 22 mai 2002 (Sté Lear), *Rev. arb.*, 2002.785 ; E. Loquin « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *op. cit.*, n°2, p. 427.

³⁸¹ Règlement de la C.C.I, Art. 33.

³⁸² Sur ce point cf. E. Loquin « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *op. cit.*, n° 53-69, p. 451-460

³⁸³ *ibid.*, n°10-14, p. 431-434

³⁸⁴ *ibid.*, n°13, p. 433-434.

l'attention des arbitres sur l'erreur au fond sans pouvoir les contraindre à suivre leur orientation. Le centre ne peut exercer qu'un pouvoir indicatif³⁸⁵.

La deuxième forme, forme impérative, prend lieu lors de l'examen en la forme du projet de la sentence. Dans ce cas, le centre peut exercer un pouvoir impératif. Il dispose du pouvoir d'imposer au tribunal arbitral son avis sur une question de forme ce qui peut éventuellement empêcher le prononcé de la sentence s'ils ne s'y conforment pas³⁸⁶.

Il convient d'indiquer que dans cet examen préalable, le centre doit prêter attention non seulement à la forme de la sentence, mais aussi au fait qu'elle soit rendue dans le délai prévu. Il n'est pas concevable que cet examen soit la raison du retard dans le prononcé de la sentence, et par conséquent rendre une sentence hors le délai prévu. De même, il suppose que le principe du contradictoire et des droits de la défense ont bien été respectés.

En tout état de cause, il convient de souligner que cet examen préalable n'est pas équivalent au mécanisme juridictionnel du projet de sentence prévu par certains règlements où il s'agit de réviser le projet de la sentence par un second collège arbitral. Les deux contrôles sont manifestement différents. La révision du projet de la sentence n'est effectuée ni par le centre ni par un organe lui appartenant.

La révision est cependant effectuée par un collège arbitral formé par le centre, mais qui reste quand même indépendant. La révision exercée par le collège arbitral est plutôt un deuxième degré de juridiction. Lors la révision, le collège arbitral ne contrôle pas les seuls aspects formels, mais c'est le fond du litige même qui fera l'objet d'une seconde analyse³⁸⁷.

Cela étant dit, on pense que lors de la révision de la sentence par le collège arbitral, une sorte de juridiction du second degré, aucune obligation, à part la constitution du collège arbitral, n'incombe au centre. Et par conséquent, ce contrôle ne peut pas être assimilé au contrôle préalable du projet de la sentence, exercé incontestablement par le centre.

³⁸⁵ *ibid.*, n°16, p. 434-435

³⁸⁶ *ibid.*, n°19-20, p. 435-438

³⁸⁷ Sur ce point cf. E. Loquin « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *op. cit.*, n°5, p.429

Il convient de savoir si ce pouvoir n'est pas seulement efficace contre les litigants, mais également contre le tribunal arbitral. Étant donné son obligation de garantir le bon déroulement de l'instance en général, le centre doit aider le tribunal arbitral à rendre une sentence valable et efficace grâce à cet examen. Il faut donc collaborer avec l'arbitre pour que sa sentence contienne tous les éléments nécessaires et qu'elle ne risque pas d'être annulée par une juridiction étatique nationale ou étrangère³⁸⁸. Ce pouvoir permet aux centres d'aider le tribunal arbitral à rendre une sentence valable et efficace.

Ces pouvoirs doivent cependant être exercés en respectant les obligations d'assurer un procès équitable et de respecter les garanties fondamentales de bonne justice et d'indépendance.

L'observation essentielle tirée de l'étude des pouvoirs conférés aux centres est que les trois pouvoirs -à savoir la vérification de la validité de la clause d'arbitrage, la validité du projet de la sentence arbitrale et la contribution à la constitution du tribunal arbitral- sont mis en place par des décisions institutionnelles qui sont de nature, bien évidemment, différente de celles prononcées par le même organe lorsqu'il exécute son obligation d'organisation l'arbitrage. On expliquera dans le Titre deuxième comment ces décisions institutionnelles révèlent une fonction juridictionnelle accomplie par les centres.

³⁸⁸ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*, p. 282.

Conclusion du Chapitre 2

Étant donné que les contrats liant les centres d'arbitrage sont des contrats civils, il résulte de ces contrats des obligations de comportement qui existent dans tout contrat civil. Il s'agit des obligations d'agir en bonne foi avec diligence, respecter le règlement et de le faire respecter par les autres acteurs à l'arbitrage.

Davantage, il incombe aux centres d'arbitrage d'autres obligations qui sont spécifiquement attachées au contrat de direction d'arbitrage et au contrat de collaboration arbitrale. Ces obligations sont explicites ou implicites.

Les obligations explicites sont souvent prévues dans les règlements des centres d'arbitrage comme l'obligation de préserver la confidentialité, l'organisation de l'instance arbitrale et la mise en place des mesures de pure gestion, la perception et la réservation des frais de l'arbitrage. En revanche, les obligations implicites, non prévues par les règlements des centres, mais l'accomplissement des fonctions des centres n'est pas concevable sans l'exécution de ces obligations. Il s'agit de l'obligation d'assurer un procès équitable, d'être indépendant, et de respecter l'obligation de révélation.

Par ailleurs, il résulte du contrat de direction de l'arbitrage des pouvoirs comme le pouvoir de veiller la désignation du tribunal arbitral, de maintenir la désignation des arbitres et de prononcer leur récusation et leur remplacement le cas échéant. Par ailleurs, les règlements des centres d'arbitrage confèrent aux centres le pouvoir de vérifier *prima facie* l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, lorsqu'il est saisi de l'acte introductif à l'arbitrage. De surcroît, certains règlements, comme celui de la C.C.I. prévoit le pouvoir spécifique de la C.I.A. d'approuver le projet de la sentence arbitrale avant que la sentence arbitrale soit définitivement rendue.

CONCLUSION DU TITRE I

La mission du centre est de diriger et organiser l'instance arbitrale sous son égide. La mission est mise en place par l'accomplissement des fonctions contractuelles nouées en raison de l'ensemble des obligations et pouvoirs à la charge des centres d'arbitrage. Cet ensemble des obligations est présenté dans notre étude en deux groupes: les obligations à la charge des centres d'arbitrage, qui reflètent de façon générale l'obligation d'organiser l'instance arbitrale, et les pouvoirs conférés aux centres, qui reflètent de façon générale l'obligation de diriger l'instance arbitrale. Cette classification duelle est le fondement sur lequel on se repose lorsqu'on constate la dualité des fonctions des centres d'arbitrage.

TITRE II : LA DUALITÉ DES FONCTIONS DES CENTRES D'ARBITRAGE

On tire de l'ensemble des obligations et les pouvoirs conférés aux centres que ceux-ci exécutent une mission composée d'une fonction administrative et une fonction juridictionnelle. La fonction administrative (Chapitre 1) résulte de l'ensemble des obligations à la charge des centres d'arbitrage pour organiser l'instance arbitrale, alors que la fonction juridictionnelle (Chapitre 2) résulte de l'ensemble des pouvoirs réservés aux centres pour diriger l'instance arbitrale.

Chapitre 1 : La constatation de la fonction administrative

L'analyse des obligations à la charge des centres d'arbitrage nous permet constater sans équivoque la fonction administrative des centres. Cette fonction administrative est reconnue en droit positif français. Davantage, la juridiction française a indiqué, à différentes reprises, le fondement de la fonction administrative des centres, lorsque les litigants dans une action en responsabilité soulèvent une question qui suppose déterminer au préalable la fonction du centre. Elle se fonde, d'une part, sur le principe de séparation des missions et l'origine contractuelle de l'investiture des centres (Section 1) et, d'autre part, sur la nature administrative de des décisions des centres (Section 2) non seulement pour justifier l'exécution d'une fonction administrative, mais également pour denier aux centres d'arbitrage le fait d'exécuter une fonction juridictionnelle, ce qu'on n'approuve pas d'ailleurs.

Section 1 : La séparation et l'origine contractuelle de la mission des centres d'arbitrage

Les partisans de la fonction administrative absolue des centres se fondent, d'une part, sur le fait que les arbitres sont les seuls investis de la fonction juridictionnelle, et d'autre part, que les centres étant dépourvus de toute fonction juridictionnelle, ils n'exécutent, par voie de conséquence, qu'une fonction administrative. Cette séparation dans les missions, sur laquelle se fonde la majorité de la doctrine pour déduire le caractère administratif de la fonction des centres³⁸⁹, trouve son origine dans les règlements des centres d'arbitrage.

Les règlements de certains centres prévoient explicitement la séparation de leur mission de celle des arbitres. À titre d'exemple, la C.C.I assure la séparation et la distinction de la mission administrative de la mission juridictionnelle des arbitres. L'article 1.2 de son règlement énonce que « *la Cour ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux, conformément au Règlement d'arbitrage de la C.C.I [le Règlement]* » ; tandis que l'article 12.1 du même règlement indique que « *les différends seront tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres* ».

Les dispositions des deux articles du même règlement rendent claires la distinction et la séparation entre les missions, et par suite cela permet à certains, d'affirmer et conclure la mission administrative des centres.

Cette séparation d'origine conventionnelle a été déjà évoquée par la jurisprudence française. Les juridictions françaises ont constaté le concept de séparation, en premier lieu, dans les actions fondées sur l'article 1493 al. 2 ancien du

³⁸⁹ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), sous note P. Lalive, *op. cit.*; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*; TGI Paris, 23 juin 1988 (Rép. de Guinée), CA Paris 4 mai 1988 (Rép. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.* Ch. Jarosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *op. cit.* CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), sous note Th. Clay, *JDI*, n° 2, avril 2009, comm.12, p. 617. Y. Derains, « Institution d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 228 ; Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5 ; TGI Paris, 10 oct 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarosson, *op. cit.*, p. 851 ; M.-W. Bühler, T.-H. Webster, « Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedent, Materials », 2^{ème} éd., *Sweet & Maxwell*, London, 2008, p.481.

CPC, article 1505 de l'actuel CPC, pour contester les décisions institutionnelles rendues par les centres³⁹⁰. Elles ont constaté le même fondement, en deuxième lieu, dans les actions de droit commun engageant la responsabilité des centres, fondées sur l'article 1134 du Code civil³⁹¹.

Dans l'affaire « République de Guinée », la juridiction française a reconfirmé que la Chambre arbitrale de Paris, conformément à son règlement, dispose du pouvoir de statuer sur les demandes de récusation sans pouvoir s'immiscer dans la mission juridictionnelle confiée aux seuls arbitres. Cette intervention n'empiète pas sur la mission de l'arbitre. Ce principe de séparation entre les missions est encore affirmé par les deux degrés de juridiction, le TGI de Paris et la Cour d'appel de Paris³⁹².

De surcroît, la Cour d'appel a réaffirmé la séparation entre le centre et le tribunal arbitral une autre fois dans l'arrêt du 15 septembre 1998, lorsque la société Cubic demandait la nullité du contrat de direction de l'arbitrage.

Cubic prétendait que le règlement de la C.C.I porte atteinte au principe de séparation entre les fonctions juridictionnelles et celles d'organisation de l'arbitrage puisqu'il accorde à la C.I.A. le pouvoir de réviser, dans la forme, le projet de la sentence arbitrale³⁹³.

Pourtant, la Cour d'appel de Paris n'a pas considéré que l'approbation du projet de sentence porte une atteinte au principe de séparation qui justifie la nullité du contrat.

³⁹⁰ TGI Paris, 13 juill. 1988 (Sté REDEC), *Rev. arb.*, 1988.97; CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*; CA Reims, 2 nov. 2011, *D.*, 2011.3023; TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), *Rev. arb.*, 2011.991; CA. Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *op. cit.*; TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. Civ.*, 1984.544, spéc. p. 550; CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *Rev. arb.*, 1985. 141; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), sous note P. Lalive, *op. cit.*

³⁹¹ TGI Paris, 8 oct. 1986 (Cekobanka), *op. cit.*; TGI Paris, 10 oct 2007 (Sté SNF), sous note Ch. Jarosson, *op. cit.*, p. 854 et s.; CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 228; note Th. Clay, *op. cit.*.

³⁹² TGI Paris, 23 juin 1988, CA Paris 4 mai 1988 (Répub. de Guinée), note Ph. Fouchard, *op. cit.*

³⁹³ CA Paris, 15 sept 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, p. 111; Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), *op. cit.*

Elle a décidé que « *la communication du projet de sentence à la C.I.A s'explique par l'objectif d'efficacité recherché par les parties à l'arbitrage et le désir de leur délivrer une sentence susceptible d'être exécutée ; qu'il n'y a ni d'ingérence dans la mission de l'arbitre ni de modification de sa sentence, mais essentiellement fourniture d'un conseil rédactionnel* »³⁹⁴.

Dans l'arrêt du 20 février 2001³⁹⁵, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre la décision de la Cour parisienne aux motifs que « *le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale [assure] la distinction entre la fonction d'organisation de l'arbitrage, notamment par l'intermédiaire de la "Cour internationale d'arbitrage", et la fonction juridictionnelle, laissée aux seuls arbitres, la Cour internationale d'arbitrage ne disposant d'aucun pouvoir juridictionnel...* »³⁹⁶.

Quelques années plus tard, le Tribunal de grande instance de Paris affirmait, dans l'affaire *SNF*, que « *le règlement d'arbitrage assure la distinction entre la fonction d'organisation administrative de l'arbitrage et la fonction juridictionnelle, laissée aux seuls arbitres* »³⁹⁷. Un commentateur de l'arrêt considère que la Cour d'appel de Paris a affirmé, une dernière fois, la séparation lorsqu'elle a confirmé la décision du TGI de Paris en prononçant qu'« *il convient de distinguer entre les fonctions d'organisation de l'arbitrage dévolues au centre d'arbitrage et les fonctions juridictionnelles propres aux arbitres* »³⁹⁸.

Au surplus, d'autres auteurs ne font pas seulement référence aux règlements des centres, mais également aux textes législatifs pour confirmer le principe de séparation de la mission du centre de celle des arbitres, et par suite, déduire de cet effet la fonction administrative des centres d'arbitrage.

³⁹⁴ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, p. 111.

³⁹⁵ Cass. Civ. 1^{er}, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*

³⁹⁶ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 228

³⁹⁷ TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarosson, *op. cit.*

³⁹⁸ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*

Ils ont recours à l'article 1450 du CPC prévoyant que « *la mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage* »³⁹⁹.

Néanmoins, il convient de souligner que la non-immixtion ne doit pas être forcément interprétée dans le sens que le centre n'exécute qu'une fonction administrative.

A notre avis, reconnaître la fonction juridictionnelle du centre ne constitue pas une immixtion ni dans la mission de l'arbitre ni dans l'action de trancher le litige principal. Le centre n'assume pas la mission juridictionnelle donnée aux arbitres.

En outre, on pense, que l'obligation à la charge du centre de ne pas s'immiscer dans la mission des arbitres, ne change pas le fait que les centres participent véritablement dans le processus de la résolution du litige initial, comme on le montera dans les sections suivantes de notre étude, sans s'immiscer dans la mission des arbitres.

Le tribunal arbitral et le centre d'arbitrage sont deux entités indépendantes l'une de l'autre qui travaillent dans deux sphères distinguées. Il s'agit alors d'une répartition des rôles. Les missions des deux, le centre et le tribunal arbitral, peuvent impliquer à la fois des fonctions juridictionnelles et administratives. En effet, s'il y a lieu de parler d'empiétement d'un pouvoir juridictionnel, le pouvoir en cause pourrait être le pouvoir du juge d'appui et non pas du tribunal arbitral.

En outre, le fait que certains règlements prévoient la fonction administrative du centre n'est pas une raison suffisante pour affirmer que les centres n'exécutent qu'une fonction administrative.

Les dispositions d'un règlement, précisant le caractère contractuel des rapports liant le centre aux parties, le caractère organisationnel et administratif de l'objet de la mission du centre, ne sont ni correctes ni nécessaires, dès lors que le

³⁹⁹ En ce sens *cf.* note Th. Clay, *D.*, 2015.2588

même règlement permet au centre d'intervenir pour trancher de vrais différends entre les parties et entre les parties et les arbitres⁴⁰⁰.

Cette conclusion était soutenue en doctrine par Philippe Fouchard. Il observait que l'argument tiré de la disposition du règlement, excluant de la mission du centre l'activité juridictionnelle, consistant à trancher les litiges, n'est pas décisif⁴⁰¹ en vertu d'un principe bien connu dans le droit français⁴⁰².

Selon l'article 12 du CPC, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la domination que les parties en auraient proposée* »⁴⁰³. Il ne sert à rien que les parties appellent bail le contrat qu'elles concluent, alors que les clauses de ce contrat correspondent aux éléments du contrat de vente tels qu'ils sont définis dans le droit positif considéré, le juge devant nécessairement appliquer à ce contrat les règles de la vente.

Par analogie, il ne sert à rien que le règlement d'arbitrage proclame que le centre ne tranche pas les litiges, alors qu'une autre disposition du même règlement prévoit, dans une situation donnée, une intervention du centre comportant, objectivement et de par sa nature, soit une résolution décisive d'un litige afférent à la procédure arbitrale, soit même une participation au règlement d'un véritable litige comme l'estime la jurisprudence américaine⁴⁰⁴ et comme le soutient aussi Monsieur Kassis⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ V. *supra.*, « Sous-section 1 : Le pouvoir de vérifier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage », p. 158.

⁴⁰¹ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 22, p. 241-242.

⁴⁰² Code de procédure civil français, Art. 12.

⁴⁰³ Ce principe n'est pas spécifique au droit français ; il se trouve, même non écrit, dans différents droits positifs nationaux, parce qu'il constitue presque une vérité d'évidence. Il fait partie d'un « guide-âne » du droit, pour emprunter l'expression de M. Carbonnier.

⁴⁰⁴ V. *infra.*, « Section 2 : L'insuffisance du régime de l'immunité civile fondé sur la fonction exclusivement quasi juridictionnelle », p. 346.

⁴⁰⁵ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p.37.

Peut-être certains peuvent faire référence à l'article 1450 du CPC pour relever la séparation de la mission du centre de celle des arbitres et en conclure, à cet effet, que la fonction des centres d'arbitrage ne peut être qu'administrative.

Cependant, on pense qu'une telle interprétation des dispositions de l'article 1450 est erronée. *A priori*, les dispositions de l'article 1450 ne sont pas transposables à l'arbitrage international, car elles ne concernent que l'arbitrage interne. Étant donné que l'article 1506 -énonçant de manière exclusive les articles transposables à l'arbitrage international- n'inclut pas les dispositions de l'article 1450, on pense qu'il n'y a lieu de parler ni de l'applicabilité ni de l'exigence de l'article 1450 dans un contexte d'arbitrage international.

En outre, il convient de noter que même le caractère impératif des dispositions de l'article 1450 du CPC (ancien 1456 CPC), admis en matière internationale sous l'empire de l'ancien droit d'arbitrage⁴⁰⁶ avant la réforme de 2011⁴⁰⁷, n'est plus concevable aujourd'hui en raison de la suppression faite par le nouveau droit. Ainsi, les parties retrouvent la liberté de confier à l'institution choisie une fonction juridictionnelle.

Même à supposer, bien que cela nous semble incorrect, que l'article 1450 du CPC soit toujours transposable à l'arbitrage international, concernant les principaux litiges survenus entre les parties à l'arbitrage, les dispositions de cet article ne privent pas les centres de trancher les litiges liés à l'instance arbitrale qui surviennent lors de la direction de l'arbitrage.

Il est vrai que l'article 1450 du CPC interdit au centre d'arbitrage de trancher le litige principal, mais il n'empêche pas le centre de trancher, conformément à la volonté des parties, les litiges soulevés par des incidents procéduraux.

⁴⁰⁶ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 242

⁴⁰⁷ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

Il convient d'indiquer qu'il est peu convaincant de prétendre que les limites entre la mission de l'arbitre et celle du centre sont parfaitement établies et respectées⁴⁰⁸, alors que le centre exerce à l'égard du tribunal arbitral un pouvoir autoritaire en lui imposant des modifications de forme à insérer dans la sentence⁴⁰⁹. Bien qu'un tel contrôle fasse l'objet d'une critique importante⁴¹⁰, il est reconnu légitime grâce à l'accord des parties en adoptant, dans leur convention d'arbitrage, un règlement qui le prévoit⁴¹¹.

De toute façon, la fonction administrative n'est pas seulement justifiée en droit positif français par le principe de séparation. La jurisprudence française se fonde également sur l'origine conventionnelle de l'investiture du centre dans la procédure arbitrale pour justifier la fonction administrative des centres.

Au surplus, La jurisprudence française a recours à la volonté des parties et à l'origine conventionnelle de la mission du centre pour nier aux centres toute fonction juridictionnelle, et partant affirmer leur fonction administrative.

La Cour d'appel dans l'affaire *Raffineries d'Homs* a considéré que la C.C.I avait reçu pouvoir « *de la volonté commune et non équivoque des parties [pour] trancher tous les problèmes nés de la nomination et de la confirmation des arbitres, de leur récusation ou leur remplacement* »⁴¹².

À cet effet, elle a prononcé l'irrecevabilité d'une action contestant une décision rendue par le centre qui a fait droit à une demande de récusation d'un arbitre. La Cour d'appel a considéré l'action irrecevable en raison de la nature de la décision institutionnelle contestée, objet de l'action en cause, qui ne constitue pas un acte juridictionnel, mais plutôt un acte juridique contractuel.

⁴⁰⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 904, p. 689

⁴⁰⁹ V. *supra.*, « Sous-section 3 : L'approbation du projet de sentence arbitrale : examen du projet de sentence » p. 162

⁴¹⁰ Défavorable à ce pouvoir des centres d'arbitrage cf. A. Kassis, « Réflexions sur le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Les déviations de l'arbitrage international » *op. cit.*, n° 2-4, 33, 149-230 et 412.

Favorable à une telle prérogative : E. Loquin, « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *op. cit.*

⁴¹¹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 905, p. 690

⁴¹² TGI Paris, 28 mars 1984 (*Raffineries d'Homs*), note J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 550.

En dernier lieu, le droit positif français trouve que la nature administrative des décisions prononcées par les centres est une raison suffisante pour conclure à la nature administrative de la fonction des centres.

Section 2 : La nature administrative des décisions prononcées par les centres d'arbitrage

La question relative à la nature des décisions institutionnelles a été évoquée par les juridictions suisses avant les juridictions françaises. Il nous semble alors nécessaire d'exposer la position de la jurisprudence suisse quant à la nature des décisions institutionnelles d'autant plus qu'elle n'est pas différente de la position française.

La jurisprudence suisse a affirmé, dans un arrêt le 16 mai 1983⁴¹³, « (...) la nature administrative d'une décision impliquant la désignation des arbitres (...) » qui est une des tâches essentielles des centres d'arbitrage. À l'appui de son recours de droit public contre l'arrêt rendu par la Cour de justice de Genève le 26 novembre 1982⁴¹⁴, la République arabe d'Égypte prétendait que la décision de nomination des arbitres par la C.I.A. de la C.C.I. constituait une sentence arbitrale susceptible d'un recours immédiat devant la juridiction cantonale en vertu de l'article 33 § 3 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage.

Le Tribunal fédéral a répondu que cette disposition vise une hypothèse très particulière, tandis que la procédure de nomination des arbitres par la C.I.A. est visée par l'article 11 § 1 du même texte. Et elle conclut en ces termes que

« La décision de nomination d'arbitre prise par la Cour d'arbitrage de la C.C.I. n'étant pas une sentence arbitrale, elle ne peut faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 36 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage devant l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 Concordat intercantonal sur l'arbitrage, sous réserve du cas de la récusation ».

La décision suisse a reçu un soutien appuyé de la part de la doctrine française. Le professeur Loquin estime que l'acte juridictionnel n'existe que si les

⁴¹³ Des nombreuses décisions rendues en Suisse à propos de l'affaire « *Westland Helicopters Ltd* », à ce propos cf. *Bull. Ass. suis. arb.*, 1984.203.

⁴¹⁴ *Sem. judiciaire*, 1984.309, *Bull. Ass. suis. arb.*, 1984.154.

parties ont entendu faire juger un litige. Selon lui, ce n'est pas le cas lorsque les litigants portent devant les centres d'arbitrage un incident de récusation puis qu'ils « demandent seulement à l'institution d'organiser la constitution du tribunal »⁴¹⁵.

Cependant, cette justification de la nature administrative de la décision de récusation nous paraît peu convaincante parce que le litige ne concerne pas seulement les litigants, mais il inclut certainement l'arbitre qui fait l'objet de la demande de récusation. Celui-ci ne demande pas l'organisation de l'arbitrage. Il est pourtant en vrai litige avec le litigant sollicitant le remplacement. Donc, à notre avis, la demande de récusation dépasse la simple demande d'organisation et passe à une demande de trancher une vraie contestation.

Du surcroît, certains auteurs considèrent que la reconnaissance de la nature juridictionnelle des décisions institutionnelles ne pourrait concerner que des sentences arbitrales⁴¹⁶, sinon il en résulterait des conséquences désastreuses⁴¹⁷. D'après eux, si on accepte que les décisions institutionnelles soient des sentences préparatoires, voire provisoires, elles devraient être ainsi toujours précédées d'un débat tant contradictoire que motivé. De plus, leur efficacité serait subordonnée à une procédure d'exequatur et au contrôle judiciaire spécifique des sentences arbitrales, ce qui complique encore la procédure arbitrale au contraire du but ultime de l'arbitrage.

Or, on voit mal comment la décision institutionnelle du centre peut constituer une sentence arbitrale. Pour avoir une sentence arbitrale, il faut avoir d'abord une convention d'arbitrage. Ce n'est pas le cas pourtant pour la décision institutionnelle dont l'origine de pouvoir n'est pas seulement contractuelle, mais également légale. C'est le législateur français qui prévoit la compétence originale des centres d'arbitrage pour statuer sur les incidents arbitraux⁴¹⁸ ! La simple désignation d'un centre d'arbitrage dans la convention d'arbitrage ne constitue pas une sous-convention d'arbitrage, car cette désignation ne correspond pas aux conditions de fond de la convention d'arbitrage.

⁴¹⁵ E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 22.

⁴¹⁶ En effet, comme le note exactement Ch. Jarroson dans « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, n° 537, « L'arbitre est le seul tiers investi d'un pouvoir juridictionnel ».

⁴¹⁷ Selon les propres termes de E. Mezger, CA Paris, 15 janv. 1985, note E. Mezger, *op. cit.*, p. 93. Cf. aussi E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 22.

⁴¹⁸ Code de procédure français, Art. 1452, 1453, 1454, 1456.

Ces auteurs mettent en évidence les obstacles à venir si on qualifiait les décisions institutionnelles de sentences préparatoires. Parmi les conséquences désastreuses qu'ils anticipent en cas de reconnaissance des décisions institutionnelles comme des sentences, est la multiplication des recours en annulation, la paralysie des instances arbitrales en cours et la lourdeur qui s'attacherait désormais à la prise de ces décisions institutionnelles pour les protéger des griefs des articles 1520 (ancien 1492). C.P.C⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 245.

Conclusion du Chapitre 1

On ne peut guère que partager l'avis de la jurisprudence française considérant que le centre exécute une fonction administrative. On souscrit entièrement au concept prévoyant le caractère administratif des quelques décisions prononcées par les centres d'arbitrage lors de l'exécution des obligations citées ci-dessus.

Cependant, notre fondement de la constatation de la fonction administrative est différent du fondement de droit français positif. Alors qu'on se fonde sur la nature des obligations à la charge des centres pour relever la fonction administrative, le droit positif français se fonde sur la séparation des missions, l'origine contractuelle de l'investiture des centres et la nature administrative de leurs décisions pour relever la fonction administrative exclusive des centres.

En revanche, on trouve que certains pouvoirs conférés aux centres ne revêtent aucun caractère administratif, il s'agit des pouvoirs de vérifier la validité et l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage, de récuser les arbitres, et d'approuver le projet de la sentence arbitrale. À notre avis, lorsqu'un centre met en place ses pouvoirs qui lui sont conférés conformément au règlement, il prononce des décisions institutionnelles qui ont sans doute un caractère juridictionnel. C'est une question qui fera l'objet d'une étude plus approfondie dans le prochain chapitre.

Chapitre 2 : La constatation de la fonction juridictionnelle résultant des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage

Contrairement à la position du droit positif français, plusieurs aspects de l'arbitrage institutionnel révèlent un aspect juridictionnel dans les décisions prises par le centre lors de la procédure arbitrale.

D'abord, il convient d'indiquer que l'activité juridictionnelle n'est pas exclusive pour les autorités publiques ou les juridictions de l'État. Une activité juridictionnelle peut être exercée par les personnes privées. C'est l'idée principale sur laquelle se constitue la notion d'arbitrage.

En principe, toute activité peut être considérée comme juridictionnelle tant qu'il y a, d'abord, une prétention, c'est-à-dire la revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit. Ensuite, une constatation de la coïncidence, ou l'absence de la coïncidence, entre le fondement de cette revendication et les éléments nécessaires à l'octroi de ce bénéfice. Et enfin, la personne prononçant cette constatation doit être un organe juridiquement habilité à y procéder⁴²⁰.

Ainsi, dès lors qu'une prétention est soumise à une personne investie dans notre ordre juridique du pouvoir d'accueillir ou rejeter cette prétention par application d'une règle de droit, on se retrouve devant une juridiction.

⁴²⁰ H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, n°3. p. 6

Par conséquent, sont considérées comme activité juridictionnelle les décisions relatives à la direction de l'arbitrage prises par le juge d'appui, puisqu'il est désigné par le droit, les articles 1450 et s. du CPC, et qu'il applique des règles de droit, à savoir les articles du CPC français. Le remplacement du juge d'appui par le centre en vertu de l'accord des parties ne change pas la nature de l'activité exercée par le centre.

Plus encore, l'activité exercée par le centre reste juridictionnelle parce qu'elle est aussi exercée selon le droit interne, l'accord des parties et les articles 1450 et s. du CPC, et elle applique ces règles, à savoir l'accord des parties d'organiser leur arbitrage d'après les dispositions du règlement de centre.

Ainsi, l'activité juridictionnelle ne concernerait pas seulement la sentence arbitrale, mais également les décisions relatives à la direction de l'arbitrage, prises, soit par le juge d'appui, soit le centre selon les cas.

Le fait de nier aux centres l'exercice d'une activité ou fonction juridictionnelle n'emporte pas la conviction tout simplement en raison du caractère manifestement juridictionnel de certaines décisions institutionnelles. Les rapports contractuels, à savoir les contrats de direction d'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale, confèrent aux centres des droits et des pouvoirs lors de l'exécution de la procédure arbitrale.

Ces pouvoirs sont exercés par le centre à travers des décisions institutionnelles qui correspondent aux critères des actes juridictionnels, ce qui justifie parfaitement l'exercice d'une fonction juridictionnelle par les centres. Dans ce chapitre, on constatera que la fonction juridictionnelle des centres résulte du caractère juridictionnel des décisions institutionnelles prononcées par le centre lors de la procédure arbitrale.

Ainsi, il nous semble nécessaire de démontrer que certaines décisions institutionnelles correspondent aux critères d'un acte juridictionnel (Section 1). Il faut également démontrer l'imperfection du raisonnement en droit positif français concernant la fonction exclusivement administrative (Section 2).

Section 1 : La nature juridictionnelle de certaines décisions institutionnelles

Il existe plusieurs critères selon lesquels un acte juridique est qualifié d'acte juridictionnel. Le critère matériel est le critère utilisé le plus souvent par les privatistes pour conférer à un acte son caractère juridictionnel. D'autres critères comme le critère organique et le critère de l'efficacité ne sont pas très appréciés par une grande partie de la doctrine.

Les tenants du critère de l'efficacité estiment que seuls les actes ayant l'autorité de la chose jugée sont des actes juridictionnels. Japiot constatait qu'un acte juridictionnel est essentiellement caractérisé par l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire le fait qu'il met fin irrévocablement au litige⁴²¹. Pourtant, on ne pense pas que ce critère soit décisif. L'effet attaché à certains actes, à savoir l'autorité de la chose jugée, ne suffit pas à déterminer leur caractère juridictionnel⁴²².

À titre d'exemple, la transaction est revêtue de l'autorité de la chose jugée sans pour autant être un acte juridictionnel⁴²³. Également, les décisions gracieuses bien qu'elles soient des actes juridictionnels, ne sont pas revêtues l'autorité de la chose jugée. Selon Hébraud, « *il n'y a pas d'incommutabilité nécessaire et absolue entre les notions de chose jugée et de juridiction gracieuse* »⁴²⁴.

Une autre critique est adressée au critère qui présente l'inconvénient de qualifier l'acte juridictionnel en fonction de l'effet qu'il produit, à savoir l'autorité de la chose jugée. La logique s'oppose à ce que l'on déduise des effets d'un acte sa qualification⁴²⁵. De plus, le critère tiré de l'autorité de la chose jugée est délicat à

⁴²¹ Cité directement par Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p. 34 ; *cf.* plus directement R. Japiot « *Traité élémentaire de procédure civile* », 3^{ème} éd., A. Rousseau, 1935, p. 125 ;

⁴²² Cf cité par Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p. 34, *cf.* plus directement Solus et Perrot, « *Traité de Droit judiciaire privé* », t.I, Sirey, 1961, n°473.

⁴²³ R. Guillien, « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in Mélanges offerts à J. Vincent, *Dalloz*, 1981, p. 119 et 120.

⁴²⁴ Cité par Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p. 71 et s. ; P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1994 sur la chambre du conseil », *D.*, 1946 législation p. 343 col. 1 ; D. Le Ninivin, « La juridiction gracieuse dans le NCPC », *Litesc*, 1984, n° 284 et s. ; D. Tomasin, « Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile », *LGDI*, 1975, préface de P. Hébraud, p. 110 n° 39.

⁴²⁵ Pour un tel approche *cf.* S. Guinchard, J. Vincent, « *Procédure civile* », *Dalloz*, 20^{ème} éd., 1981, n° 78 ; Ch. Eisenmann, « quelques problèmes de méthode des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit (APD)*, 1966, p. 25, spéc. p. 37 :39 ; Adde J.-L. Bergerl, « Différence de nature = différence de régime », *Rev. trim. dr. Civ.*, 1984.225, spéc. p. 263

manier, surtout si l'est exclusif, pour prétendre qu'un acte est juridictionnel ou non. Donc, on ne peut pas s'appuyer sur l'inexistence de l'autorité de la chose jugée dans une décision institutionnelle pour nier son caractère juridictionnel.

En revanche, la majorité de la doctrine s'appuie sur le critère matériel pour déterminer si un acte donné est juridictionnel ou non. Selon ce critère, il faut que l'acte en cause tranche une vraie contestation pour qu'il soit un acte du contentieux juridique⁴²⁶. Ce critère a été présenté à l'origine par Hauriou⁴²⁷ qui estime que l'acte juridictionnel est un acte juridique composé d'une *constatation* portant sur une *contestation* soulevée et d'une *décision* qui tranche définitivement la contestation.

Alors conformément à cette formule, pour qu'une décision soit juridictionnelle, le juge doit, d'abord, *opérer une constatation* qui lui montrera si une atteinte a été, oui ou non, portée à une loi ou à une notion juridique, avant qu'il prenne sa décision. Ensuite, le juge met fin au litige actuel en prononçant une décision fondée sur sa constatation.

On souscrit à cette définition avec une réserve. Bien qu'on soit d'accord avec la première composante de la définition s'agissant de la constatation, on ne l'est pas avec la deuxième composante s'agissant de trancher définitivement une contestation. La raison du désaccord est que les jugements gracieux sont de vrais actes juridictionnels bien qu'ils ne tranchent pas des contestations. L'existence d'une contestation n'est pas de l'essence de l'acte juridictionnel parce que dire le droit n'implique pas toujours la résolution d'un litige⁴²⁸. Probablement, pour qu'un acte juridictionnel soit contentieux, il faut qu'il tranche un litige. Toutefois, cette exigence n'est pas nécessaire pour que l'acte soit juridictionnel parce qu'une décision gracieuse est bien un acte juridictionnel bien qu'elle ne tranche pas une contestation.

À notre avis, il suffit que la personne prononçant la décision fasse une constatation en disant le droit, soit lorsqu'il tranche un vrai litige, soit lorsqu'il est saisi d'une demande dont la résolution est exigée par la loi en raison de la nature de

⁴²⁶ Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p. 37.

⁴²⁷ Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1905, p.1, cité par Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p. 37

⁴²⁸ V. *infra*, « Sous-section 4 : Les décisions institutionnelles approuvant le projet de la sentence arbitrale ; décisions gracieuses ayant le caractère juridictionnel », p. 205

l'affaire afin de protéger des intérêts privés. Donc, afin de savoir si les décisions institutionnelles sont des actes juridictionnels, il faut vérifier si chaque décision institutionnelle correspond au critère matériel surtout la première composante de la définition de Hauriou, à savoir l'opération d'une constatation qui lui montrera si une atteinte a été, oui ou non, portée à une loi ou à une notion juridique.

Pour répondre à cette question, on vérifie pour chaque décision si le centre opère la constatation qu'une atteinte a été portée à loi ou à une notion juridique avant de prendre sa décision. Ensuite, on vérifie si les centres, en prononçant leur décision, tranchent une vraie contestation ou disent le droit de manière qui affecte la sentence arbitrale mettant fin au litige et certainement les intérêts privés des parties. Si la décision ne tranche pas de vraie contestation, ou si elle ne dit pas le droit, elle est sans doute un acte juridique non juridictionnel.

De prime abord, on estime que les centres opèrent, certainement, la même constatation que les juges, lorsqu'ils sont invités, d'après les dispositions de leur règlement, à confirmer la désignation d'un arbitre ou à récuser un arbitre (sous-section 1), à examiner l'opposabilité *prima facie* de la convention d'arbitrage (sous-section 2) ou à approuver en la forme le projet de sentence arbitrale (sous-section 3). Concernant les questions de la première et deuxième sous-sections, on estime que les centres tranchent une vraie contestation, cependant, on pense qu'ils ne le font pas lorsqu'ils sont invités à approuver en la forme le projet de sentence arbitrale. Tout de même, la décision du centre approuvant ou désapprouvant en la forme le projet de sentence constitue au moins un acte juridictionnel gracieux comme on expliquera dans la troisième sous-section.

Sous-section 1 : Les décisions statuant sur une demande de récusation d'un arbitre

On vérifie en premier lieu si la décision du centre d'arbitrage sur une demande de récusation tranche une vraie contestation, puis en second lieu on démontre si le centre opère une constatation lorsqu'il rend cette décision.

§1 : La condition de la contestation ; l'existence d'un vrai litige

La question est de savoir si les centres rendent des décisions juridictionnelles lorsqu'ils se prononcent sur une demande de récusation. La question a été soulevée pour la première fois par Fouchard après la décision du TGI de Paris dans l'affaire « *Raffineries d'Homs* ». Il s'est demandé si l'incident de récusation n'est pas réglé d'un commun accord des parties ou par la démission de l'arbitre. Il s'est interrogé : « *n'est-il pas l'occasion d'un véritable litige ? L'autorité chargée de le trancher ne fait-elle pas acte juridictionnel ?* »⁴²⁹.

À cet égard, la Cour d'appel était plus prudente que le TGI de Paris dans l'arrêt « *Raffineries d'Homs* ». Elle n'exclut pas qu'une telle décision puisse présenter le caractère d'un acte juridictionnel, mais elle a estimé -compte tenu de ses vérifications précédentes- que cette qualification serait sans conséquence en l'espèce, à savoir l'irrecevabilité en raison du caractère international de l'instance arbitrale qui n'est pas lié au droit français⁴³⁰. Cela nous amène à nous demander si la décision de la Cour d'appel, prononçant que « *[la] demande tendant à l'annulation de la décision de la Cour d'arbitrage ne peut qu'être déclaré irrecevable sans qu'il y ait lieu ni de rechercher si une telle décision présente ou non un caractère juridictionnel* », indique, implicitement, le caractère juridictionnel de la décision institutionnelle sur l'incident de récusation⁴³¹. Les termes ambigus de cet arrêt ont créé une controverse doctrinale sur la question de la nature des décisions institutionnelles, notamment les décisions prononcées sur les demandes de récusation.

La position ambiguë de la jurisprudence française a été un peu précisée dans l'affaire « *République de Guinée* », lorsque la Cour d'appel a dénoncé, indirectement, l'existence d'une contestation sur l'incident de la récusation d'un arbitre. Bien que la Cour d'appel ait évité de se prononcer sur la qualification juridictionnelle d'une décision de récusation, les termes de la décision signifient que la décision institutionnelle tranchait un vrai litige. La Cour indiquait dans les motifs

⁴²⁹ Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5, spéc. p.24

⁴³⁰ *id.*

de sa décision que la récusation d'un arbitre « *participe de la fonction de juger dès lors qu'elle a pour objet de trancher un différend concernant la personne de l'arbitre* »⁴³².

On est du même avis que Philippe Fouchard pour dire que l'arbitre contesté a démenti les accusations portées à son égard et un véritable litige sur les qualités de la personne de l'arbitre a été porté devant l'organe compétent⁴³³. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'on puisse considérer la décision de l'organe compétent, l'organe de contrôle du centre, comme un acte juridictionnel⁴³⁴. Telle est d'ailleurs bien la nature de la procédure de récusation exercée devant le juge étatique compétent conformément à l'article 1460 du Code de procédure civile français⁴³⁵.

Cependant, la Cour de cassation a encore dénié la qualification juridictionnelle de la décision de récusation dans un autre arrêt ultérieur⁴³⁶. Elle n'a pas considéré qu'une décision sur l'incident de récusation, qui met fin à une contestation impliquant la capacité de l'arbitre, était un acte juridictionnel, ce qui est quand même paradoxal !

La position de la jurisprudence française, par rapport à la question de la nature juridictionnelle de la décision de récusation, est critiquée. Professeur Normand considère que la décision rendue sur une demande de récusation est sans doute un acte juridictionnel⁴³⁷. Il n'est pas convaincu par le jugement affirmant que cette décision institutionnelle « *reste extérieure à l'exercice du pouvoir de juger et de trancher un différend* ». Pour lui, lorsqu'un centre d'arbitrage statue sur un incident de récusation, c'est plus qu'un simple acte de police de l'instance arbitrale. Il y a bien un litige entre les litigants qui ne se sont pas accordés pour révoquer

⁴³¹ *id.* ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 236.

⁴³² CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 680

⁴³³ *id.*

⁴³⁴ *id.* Contra E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 22.

⁴³⁵ Code de procédure civile français, Art. 1460 « *Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455* ».

⁴³⁶ Cass. Civ. 2^e, 7 oct. 1987 (Sté Opinter France), note Mezger, *Rev. arb.*, 1987.479, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 15 janv. 1985, *op. cit.*

⁴³⁷ TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 552

l'arbitre concerné d'une part, et la partie demanderesse et l'arbitre lui-même qui n'a pas cru devoir s'abstenir d'autre part⁴³⁸.

D'ailleurs, c'est un litige d'une gravité qui ne peut pas être sous-estimée puisqu'il met en cause l'impartialité de l'arbitre et les conditions de son indépendance ainsi que la conscience qu'il a des devoirs de sa fonction, puisque, à tort ou à raison, il lui est implicitement reproché de n'avoir pas spontanément informé des parties des circonstances qui motivaient sa récusation (article 1456 du CPC)⁴³⁹.

Toutefois, bien qu'on soit d'accord avec l'auteur en ce qui concerne la qualification juridictionnelle de la décision de récusation. On ne pense pas que le centre est saisi en qualité de conciliateur. Une telle qualité permettrait aux litigants de recourir à la juridiction étatique si le centre ne réussit pas à accomplir sa mission. Or, c'est une interprétation trompeuse de la volonté des litigants qui ont manifesté, sans équivoque, leur volonté de conférer au centre d'arbitrage le pouvoir de trancher telles demandes de façon définitive et en dernier ressort vu qu'ils ont accepté son règlement intérieur qui en dispose.

Bien que Fouchard ait exprimé dans son commentaire cité ci-dessus⁴⁴⁰, que la décision de récusation implique une résolution d'une vraie contestation, et par conséquent un acte juridictionnel, sa position à l'égard de la question n'était pas assez uniforme, au contraire du professeur Normand qui a adopté une la position uniforme par rapport à la qualification de la décision de la matière de récusation.

Au début, l'auteur estimait que :

« d'un point de vue théorique, cette fois, la question se pose de déterminer la nature exacte d'une décision de récusation prise, à la demande d'une partie, par un tiers préconstitué. Le Tribunal de grande instance n'y voit qu'un acte de police de l'instance arbitrale qui reste extérieure à l'exercice du pouvoir de juger un différend. Est-ce bien sûr ?

⁴³⁸ *id.*

⁴³⁹ *id.*

⁴⁴⁰ CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 680

Un incident de récusation qui n'est pas réglé d'un commun accord des parties ou par la démission de l'arbitre n'est-il pas l'occasion d'un véritable litige, et l'autorité chargée de le trancher ne fait-elle pas acte juridictionnel ? »⁴⁴¹.

Il était alors, plus ou moins d'accord, avec la qualification juridictionnelle de ces décisions. Deux ans plus tard, il devenait moins affirmatif et plus perplexe dans sa nouvelle étude de 1987⁴⁴², après l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 janvier 1985, dans l'affaire « *Optiner France* », qui confirmait la décision de la C.I.A. de la C.C.I rejetant la demande de récusation d'un arbitre. La Cour d'appel a jugé que la décision institutionnelle n'émane pas d'un organisme juridictionnel et ne constitue pas une décision de caractère juridictionnel.

A ce moment, Fouchard ne peut pas s'empêcher d'observer à nouveau que, lorsque l'institution permanente d'arbitrage fait droit à une demande de récusation d'un arbitre malgré la protestation de celui-ci et de l'autre partie, « *on peut soutenir qu'elle remplit une fonction juridictionnelle ; à sa place, en tout cas, le président du tribunal de grande instance de Paris... statuant sur une difficulté de récusation (article 1457 CPC, ancien 1463), accomplirait incontestablement, lui, un acte juridictionnel, car il trancherait une contestation* »⁴⁴³.

Mais il revient enfin sur son raisonnement pour affirmer, à l'inverse, le caractère administratif de l'acte en disant que « la querelle théorique est difficilement soluble » et « que la discussion théorique n'aboutit pas, en définitive, à une conclusion parfaitement nette »⁴⁴⁴.

En effet, bien qu'on ne soit pas d'accord avec sa conclusion finale, on pense que le commentateur a mis le doigt sur le point sensible, lorsqu'il a dit que le juge d'appui, en statuant sur une difficulté de récusation, accomplirait incontestablement, lui, un acte juridictionnel, car il trancherait une contestation. Pour lui la décision du centre comporte la solution du litige survenant entre les parties.

⁴⁴¹ Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 3

⁴⁴² Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*

⁴⁴³ *ibid.* p. 244.

⁴⁴⁴ *id.*

Par analogie, le centre aussi tranche une vraie contestation et ses décisions doivent être qualifiées, à cet effet, le caractère juridictionnel. Comme on l'a indiqué précédemment, le fait de trancher une contestation par une décision est un critère qui différencie l'acte juridictionnel d'une simple mesure d'organisation et d'administration de l'arbitrage.

Monsieur de Boissésou a bien raison de signaler que la décision du centre d'arbitrage qui tranche une contestation survenue à l'occasion d'une demande de récusation présente une différence de nature par rapport aux autres incidents de l'instance arbitrale, par exemple la décision prononçant la prolongation du délai de l'arbitrage. D'après l'auteur, quand le centre est invité à se prononcer sur une demande de récusation, il tranche un vrai litige en opérant une constatation juridique⁴⁴⁵.

En revanche, une décision se prononçant sur la prorogation du délai de l'arbitrage ne tranche pas une vraie contestation. Lorsque les parties n'arrivent pas à s'entendre sur la prorogation du délai, elles confèrent au centre d'arbitrage le pouvoir de décider s'il y a lieu d'admettre une prorogation ou non, selon les dispositions de son règlement. Le centre fait en cela œuvre d'organisation et d'administration de l'arbitrage. Du point de vue juridique, il exécute la convention d'arbitrage des parties, faisant référence à son règlement.

Pareillement, lorsque le centre prononce une décision pour désigner le président du tribunal arbitral ou désigner un arbitre à la place d'une partie défaillante, il ne tranche pas une contestation parce qu'il ne statue pas sur des prétentions opposées. À l'inverse, lorsque le centre fait droit à une demande de récusation, il tranche une vraie contestation qui existe entre l'arbitre et la partie qui l'a désigné d'une part, et l'autre partie à l'arbitrage d'autre part.

⁴⁴⁵ M. de Boissésou « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*

§2 : La condition de la constatation

En outre, pour qu'une décision de récusation soit juridictionnelle il faut qu'elle corresponde à la deuxième condition prévue par la définition de Hauriou. En d'autres termes, il faut vérifier si les centres opèrent la même constatation que les juges lorsqu'ils prononcent leur décision ou non.

On pense que la réponse est tout à fait affirmative. En effet, avant que le centre rende sa décision, qu'il accepte la demande récusation ou non, le centre vérifie si les conditions d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre ont été bien respectées ou non. Ainsi, le centre constate s'il y a lieu une violation de la loi ou non.

Cette opération faite par le centre est une constatation, car il vérifie, d'après la loi, s'il y a des raisons ou des circonstances qui mettent l'indépendance de l'arbitre en doute, ce qui aboutirait éventuellement à l'annulation de la sentence arbitrale à cause de la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

Sous-section 2 : Les décisions institutionnelles relatives à la désignation d'un arbitre

On vérifie en premier lieu si la décision du centre d'arbitrage sur la confirmation de la désignation tranche une vraie contestation, puis en second lieu on démontre si le centre opère une constatation lorsqu'il rend cette décision.

§1 : La condition de la contestation ; l'existence d'un vrai litige

Lorsque le centre se réserve le droit de « *confirmer la désignation* » d'un arbitre⁴⁴⁶, la décision refusant de confirmer la désignation d'un arbitre donne lieu à

⁴⁴⁶ Règlement de la C.C.I, Art. 13 : « *Nomination et confirmation des arbitres* :

1. *Lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la Cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres ainsi que de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au Règlement. Il en va de même lorsque le Secrétaire général est appelé à confirmer un arbitre selon l'article 13, paragraphe 2.*

2. *Le Secrétaire général peut confirmer en qualité de coarbitres, arbitres uniques et de présidents de tribunaux arbitraux les personnes désignées par les parties ou en application de leurs accords particuliers, à condition que la déclaration qu'elles ont soumise ne contienne pas de réserves*

une vraie contestation. Elle crée un litige entre l'une des parties et l'arbitre rejeté, d'un côté, et le centre et son secrétariat qui ont exclu cette personne du tribunal arbitral, de l'autre côté.

Le litige surgit entre l'arbitre dont la désignation n'est pas confirmée et qui estime qu'il était bien qualifié et le secrétaire général qui estime qu'il y a des raisons, souvent relatives aux conditions d'indépendance et d'impartialité, qui empêchent d'accepter la désignation de l'arbitre pressenti. On pense que le fond du contrôle exercé par le centre dans cette hypothèse est identique au contrôle que le centre exerce lors d'une demande de récusation. Pendant ce contrôle, à l'instar de l'examen d'une demande de récusation, il est conféré au centre un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de confirmer la désignation.

§2 : La condition de la constatation

Lorsque le centre exerce ce pouvoir de confirmer la désignation des arbitres nommés par les parties, il opère, assurément, une constatation identique à celle opérée par les juges étatiques dès lors qu'il vérifie si les conditions d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre sont bien respectées ou non. Ainsi, le centre constate s'il y a lieu d'une violation de la loi, et à ce titre, il décidera s'il confirme la désignation ou non.

concernant leur impartialité ou leur indépendance ou que leur déclaration avec réserves concernant leur impartialité ou leur indépendance ne donne lieu à aucune contestation. La Cour est informée de cette confirmation lors de sa prochaine session. Si le Secrétaire général estime qu'un coarbitre, un arbitre unique ou un président de tribunal arbitral ne doit pas être confirmé, cette question est soumise à la décision de la Cour »

Règlement de la L.C.I.A., Art. 5.7 « Personne ne peut nommer les arbitres même les parties ou les tiers. Seule la Cour d'arbitrage a le pouvoir de nomination d'arbitres ». Art. 5.9 « La Cour d'arbitrage procède à cette nomination compte tenu des méthodes ou critères de sélection convenus par écrit entre les parties. En vue du choix des arbitres, sont prises en considération la nature de la transaction, la nature et les circonstances du litige, la nationalité, la localisation, les langues des parties et, leur nombre si celles-ci sont plus de deux ». Certes les parties peuvent désigner un arbitre conformément à l'art. 7.1 « Si les parties ont prévu la désignation d'un arbitre par une ou plusieurs d'entre elles, ou par un tiers, cette convention sera considérée comme un accord de désignation d'arbitre à toutes les fins qui en découlent. La personne ainsi désignée ne sera confirmée comme arbitre par la Cour d'arbitrage que si elle se conforme aux dispositions de l'article 5.3 à 5.5. La Cour d'arbitrage peut refuser d'investir cette personne si elle considère que celle-ci ne convient pas ou qu'elle n'est pas indépendante ou impartiale ». Cependant, à l'aune de l'art. 7.1, la désignation d'un arbitre par les parties ne reste qu'une proposition car la nomination finale est faite par la Cour.

Sous-section 3 : Les décisions statuant sur l'opposabilité de l'arbitrage : l'examen de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage.

On vérifie en premier lieu si la décision du centre d'arbitrage sur l'opposabilité de l'arbitrage tranche une vraie contestation, puis en second lieu on démontre si le centre opère une constatation lorsqu'il rend cette décision.

§1 : La condition de la contestation

Par ailleurs, lorsque le centre examine la validité d'une convention d'arbitrage⁴⁴⁷, il tranche une vraie contestation puisqu'il est confronté à deux prétentions opposées dont il doit faire prévaloir l'une sur l'autre.

Nonobstant, la juridiction française dénie le caractère juridictionnel de la décision statuant, *prima facie*, sur la validité de la convention d'arbitrage. Le TGI de Paris a considéré que, dans l'affaire « *Cekobanka* », la décision institutionnelle de la Cour d'arbitrage refusant de diriger un arbitrage au motif d'absence de convention d'arbitrage *prima facie*, était une décision administrative dépourvue de caractère juridictionnel⁴⁴⁸. Pareillement, le TGI a confirmé sa jurisprudence, dans un autre jugement plus récent. Il a jugé que, dans l'affaire « *ABC* », que les décisions de la C.I.A. n'avaient aucun caractère juridictionnel⁴⁴⁹.

Cependant, la motivation de la jurisprudence française n'emporte pas la conviction pour plusieurs raisons. D'abord, pendant l'examen *prima facie* de la validité de la convention les deux litigants, concernant la validité de la convention, soutiennent des positions contradictoires, et le centre doit se prononcer pour savoir

⁴⁴⁷ A titre d'exemple cf. Règlement de la C.C.I, Art. 6 al. 4 « *décider si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, prima facie, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement* ». « *Dans tous les cas où la Cour rend une décision conformément à l'article 6, paragraphe 4, il appartient au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence, sauf en ce qui concerne les parties ou les demandes à l'égard desquelles la Cour décide que l'arbitrage ne peut avoir lieu* ». « *Lorsque les parties sont informées de la décision de la Cour prise conformément à l'article 6, paragraphe 4, et selon laquelle l'arbitrage ne peut avoir lieu entre elles ou entre certaines d'entre elles, elles conservent le droit de demander à toute juridiction compétente s'il existe une convention d'arbitrage liant ces parties ou certaines d'entre elles* ». « *Lorsque la Cour décide, conformément à l'article 6, paragraphe 4, que l'arbitrage ne peut avoir lieu relativement à l'une quelconque des demandes, cette décision ne fait pas obstacle à la réintroduction des mêmes demandes, à une date ultérieure, dans le cadre d'une autre procédure* ».

⁴⁴⁸ TGI Paris, 8 oct. 1986 (*Cekobanka*), *op. cit.*

si l'arbitrage se poursuit ou non⁴⁵⁰. Ensuite, la décision du TGI Paris dans l'affaire « *Cekobanka* » énonce que le centre bénéficie d'un pouvoir **discrétionnaire** pour l'appréciation de la validité de la clause compromissoire⁴⁵¹, ce qui suppose, à notre avis, le caractère juridictionnel de la décision rendue. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire lors de la réponse à une demande ne reflète pas forcément l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Par contre, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire lors de la résolution d'un litige est une manifestation même de l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Il est paradoxal d'affirmer, d'une part l'existence d'un pouvoir discrétionnaire et de dénier, d'autre part, le caractère juridictionnel des décisions qui sont le résultat direct de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, lorsque le centre tranche une vraie contestation en opérant une constatation juridique, il exécute assurément une fonction juridictionnelle. Dans cette perspective, Monsieur Kassis nous paraît, dans ces conditions, bien mal venu de contester la nature juridictionnelle de la décision institutionnelle sur l'examen de la validité de la convention d'arbitrage.

D'après lui, la décision institutionnelle refusant de diriger un arbitrage n'est plus qu'un simple refus de contracter. Il estime que la relation contractuelle, liant le centre avec les parties, selon laquelle le centre est tenu de diriger et organiser l'arbitrage, permet au centre de ne pas procéder à l'organisation d'arbitrage s'il lui apparaît qu'il n'existe pas entre les litigants, *prima facie*, une convention visant le système d'arbitrage de la C.C.I.⁴⁵². Pour lui, lorsque la C.I.A. refuse, sur la base d'article 6 de son règlement, de donner suite à l'arbitrage, pour absence, *prima facie*, de convention entre les litigants choisissant son système d'arbitrage, elle ne fait que refuser de se charger contractuellement de l'organisation d'arbitrage qui lui est soumis.

Il estime que la décision du centre d'arbitrage n'est, en somme, qu'un refus de contracter avec les parties au litige, sans trancher aucun différend entre elles, y compris le différend sur l'existence d'une convention d'arbitrage entre ces mêmes

⁴⁴⁹ TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), note L. Jaeger, *Rev. arb.*, 2011.1001

⁴⁵⁰ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 243-244.

⁴⁵¹ TGI Paris, 8 oct. 1986 (*Cekobanka*), *op. cit.*

⁴⁵² A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 57

parties. Elle ne résout aucun différend, elle entend, plutôt, éviter d'intervention dans sa solution.

Pourtant, nous pensons que l'avis du commentateur semble ne pouvoir être accepté pour plusieurs raisons. D'abord, on observe bien que le contrat ne soit pas encore formé dès le moment où les litigants ont désigné, dans leur convention d'arbitrage, le centre d'arbitrage, en l'occurrence la C.C.I., est tenu d'honorer son offre et accepter la direction de l'arbitrage conformément à théorie de « contrat préparatoire » ou même la théorie d'émission reconnue par la jurisprudence française⁴⁵³.

Au surplus, dire que le centre d'arbitrage se réserve expressément le droit de ne pas procéder à cette organisation s'il lui apparaît qu'il n'existe pas entre les parties une convention d'arbitrage peut être analysé comme l'existence d'une clause suspensive potestative qui est d'ailleurs réputée non écrite⁴⁵⁴.

Contrairement à l'avis de Monsieur Kassis, on pense que le centre tranche sans doute une véritable contestation, lorsqu'il statue sur l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage. Comme l'écrivait Fouchard, le centre remplit une fonction juridictionnelle lorsqu'il décide de donner suite ou non à l'arbitrage puisque le centre est confronté par des deux positions contraires, chacune relative à un litigant, et le centre doit choisir une des deux positions, conformément à la loi, lorsqu'il rend sa décision.

Au surplus, l'auteur pour corroborer le fait que l'examen *prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage est un acte juridictionnel, compare ce que le centre fait à ce que le juge d'appui fait lorsque les deux exercent le même type de contrôle. Il estime qu'à la place du centre, le « *président du tribunal de grande instance, constatant par ordonnance que la clause compromissoire n'est pas "manifestement nulle" (article 1444, al. 3 N.C.P.C.) ou statuant sur une "difficulté" de récusation (article 1463 CPC), accomplirait incontestablement, lui, un acte juridictionnel, car il trancherait une contestation* »⁴⁵⁵.

⁴⁵³ V. *infra*, « Sous-Section 3 : Les conditions de validité de droit commun du contrat de direction de l'arbitrage », p. 79.. Même en alternatif, selon la théorie de d'émission, adoptée par la jurisprudence, le contrat est déjà formé dès le moment où les parties ont désigné, dans leur convention d'arbitrage, le centre d'arbitrage. Par conséquent, dire que le centre refuse de se contracter est sans pertinence.

⁴⁵⁴ Code civil français, Art. 1168 et s.

⁴⁵⁵ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 245

Cette méthode comparative suivie par Fouchard n'était pas l'abri de la critique de Monsieur Kassis. Ce dernier indiquait que la comparaison avec le juge d'appui est sans pertinence et ne se justifie pas. Pour lui, le président d'un tribunal étatique ne tient pas sa fonction de la convention passée entre lui et les plaideurs, mais de l'ordre juridique, à travers l'organisation de la justice publique. En l'occurrence, il détient sa compétence d'un texte de loi spécifique, et c'est pourquoi sa fonction est juridictionnelle consistant à trancher des litiges⁴⁵⁶.

Néanmoins, les critiques du commentateur adressées à la méthode comparative nous paraissent devoir être rejetées notamment après l'entrée en vigueur de nouveau droit d'arbitrage⁴⁵⁷. La nouvelle réforme du droit d'arbitrage rend ses critiques peu convaincantes. Aujourd'hui, la fonction du juge d'appui est exactement et littéralement transposable aux centres d'arbitrage. En outre, la réforme du droit d'arbitrage a non seulement apporté une similitude entre le centre et le juge d'appui, mais elle a aussi prévu la compétence subsidiaire du juge d'appui, mise en place en cas de défaut d'une personne chargée d'organiser l'arbitrage.

On en déduit que le nouveau droit d'arbitrage, contrairement à l'ancien, confie aux centres d'arbitrage une compétence exclusive pour surmonter tous les obstacles qui peuvent survenir pendant l'instance arbitrale. Dans l'ancien droit, le législateur refusait de confier aveuglément à un tiers préconstitué le soin de composer le tribunal arbitral, sauf en cas d'accord explicite des parties. Alors, la diminution, dans la nouvelle législation, des interventions des juges, et l'augmentation du rôle des centres -quel que soit l'accord des parties-, suppose incontestablement que le centre exécute exactement la même fonction que le juge d'appui. Une similitude entre les centres et le juge d'appui est tout à fait légitime et concevable. Ainsi, on peut affirmer que le centre exerce une fonction juridictionnelle, lorsqu'il contrôle la validité *prima facie* d'une convention d'arbitrage.

Cependant, il convient de préciser que malgré la comparaison mise en place par Fouchard pour démontrer la similitude entre la fonction du centre et le juge d'appui -une comparaison qui contribue à dévoiler l'aspect juridictionnel de la

⁴⁵⁶ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 58-59.

⁴⁵⁷ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011

fonction du centre-, il a formulé une conclusion contraire à ce qui était avancé dans son raisonnement. Il pense que, pour l'essentiel, la jurisprudence avait bien raison de refuser le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles, bien que certaines puissent revêtir ce caractère⁴⁵⁸. Ainsi, il reconnaît le caractère administratif de la décision institutionnelle statuant sur la validité de la convention d'arbitrage, bien qu'il ait admis son caractère juridictionnel lors de la comparaison.

On peut penser qu'il en a décidé ainsi pour fermer toute voie de recours susceptible d'être exercée à l'encontre d'une décision statuant sur un incident de procédure arbitrale. Pour lui, la reconnaissance du caractère juridictionnel donne lieu à l'intervention du juge étatique détournée de son objectif, car une telle qualification permet à la partie d'attaquer une décision institutionnelle, et d'agir immédiatement devant le juge de droit commun, ce que lui offre une voie de recours supplémentaire, avec les deux degrés de juridiction, à côté des voies de recours mises à sa disposition pour contester la sentence arbitrale elle-même. Une telle attitude apparaît purement dilatoire dès lors qu'elle s'oppose à l'esprit de l'arbitrage impliquant la célérité⁴⁵⁹.

On peut comprendre les craintes et les risques qui l'ont forcé à adopter la qualification administrative de la mission des centres, et par suite le caractère administratif de leurs décisions. Or, on pense que conférer aux décisions institutionnelles un caractère juridictionnel ne se heurte pas avec l'harmonisation et l'esprit d'arbitrage. Le respect de la relation personnelle de confiance entre les parties et l'arbitre, le seul juge de leur différend, n'est pas assuré par la qualification administrative de la mission du centre, elle est plutôt assurée par la non-immixtion dans la mission de l'arbitre.

Sur ce point, on rejoint son opinion impliquant la nécessité de fermer les voies de recours exercées contre les décisions institutionnelles, pour éviter les conséquences indésirables citées ci-dessus et pour des fins de commodité. Cependant, cette exigence ne doit pas nous conduire à dénoncer le caractère administratif des décisions institutionnelles, bien qu'elles soient de véritables actes juridictionnels.

⁴⁵⁸ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 243

⁴⁵⁹ En ce sens *cf.* A. de Fontmichel « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *Cahier d'arbitrage*, 1 avr. 2010, n° 2, p. 407.

La solution, à notre avis, est de considérer les décisions institutionnelles comme des actes juridictionnels non susceptibles de recours, à l'instar des ordonnances du juge d'appui qui sont aussi des décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort.

D'ailleurs, il convient de souligner que la restriction sur le recours contre les décisions institutionnelles n'affecte pas leur nature juridictionnelle. Le contrôle postérieur n'est pas une conséquence corollaire du caractère juridictionnel d'une décision. Le défaut d'un contrôle postérieur ne justifie pas la qualification administrative de l'ordonnance du juge d'appui saisi comme en matière de référé. La décision de celui-ci, sur un incident relatif à l'instance arbitrale, est qualifiée incontestablement comme un acte juridictionnel bien qu'elle ne soit pas non plus, selon l'article 1460 du CPC, susceptible de recours⁴⁶⁰. En effet, le défaut d'un contrôle postérieur de l'ordonnance du juge d'appui se prononçant sur un incident de la procédure arbitrale, ne nous a pas empêchés de lui conférer le caractère juridictionnel.

Cette solution proposée assure, d'une part, le respect de l'esprit de l'arbitrage ainsi que son but ultime, qui implique la rapidité, la simplicité et l'efficacité des procédures en évitant d'autre part, la qualification absolument administrative des décisions des centres qui est évidemment fautive. Or, cela ne veut pas dire que les décisions institutionnelles ou les ordonnances ne pourraient pas être le fondement d'une action en responsabilité de droit commun. Bien entendu, elles le seront s'il y a une faute dolosive, intentionnelle ou lourde commise par les personnes qui les rendent.

Brièvement, les décisions institutionnelles sur les incidents de récusation (d'un juge ou d'un arbitre) et le contrôle de validité de la clause compromissoire correspondent parfaitement au critère matériel, dès lors qu'elles sont rendues sur un litige entre les parties et qu'elles tranchent ce litige. Étant d'accord avec Monsieur Kassis, on ne voit pas comment on pourrait nier l'existence d'un litige entre les litigants, à partir du moment où elles sont en désaccord sur la

⁴⁶⁰ A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 698.

disqualification du juge ou de l'arbitre et sur la nécessité de l'écartier et de le remplacer.

Certes, tout désaccord n'est pas nécessairement un litige au sens juridique⁴⁶¹. Mais en l'occurrence, il l'est, dès lors qu'il porte sur une relation déjà formée et qu'il peut avoir des conséquences sur les droits et les obligations des parties. À titre d'exemple, lors d'une demande de récusation, il y a un vrai litige entre l'une des parties à l'arbitrage et l'arbitre, dont la désignation est contestée. De plus, le litige porte sur une relation déjà formée, il s'agit du contrat d'arbitre. De même, lorsque le centre refuse de confirmer la désignation d'un arbitre nommé par l'une des parties, il y a un vrai litige entre le centre et l'arbitre dont la désignation n'était pas confirmée par le centre. De plus, le litige porte sur la relation contractuelle déjà formée entre les deux, à savoir le contrat de collaboration arbitrale.

Du surcroît, ces litiges produiront sans doute des conséquences sur les droits et les obligations des parties. Toutes les conditions de l'existence d'un litige au sens juridique sont donc remplies et partant le critère matériel de l'acte juridictionnel est bien en place. Ce critère reste toujours en place si, au lieu d'un juge public, c'est une personne privée ou une institution d'arbitrage qui va connaître de ce même litige et le trancher, le critère matériel s'attachant à l'objet de la décision et non à une certaine qualité de celui qui décide⁴⁶².

§2 : La condition de la constatation

À l'instar des décisions institutionnelles, analysées ci-dessus, on se demande aussi si les centres opèrent la même constatation que les juges lorsqu'ils contrôlent la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage. On pense que la réponse est affirmative. Le centre vérifie si la convention d'arbitrage est conforme aux conditions de validité prévues par la loi ou non. Ils font la même constatation que le juge de droit commun quand il est confronté à une exception d'incompétence en raison d'une clause compromissoire figurant dans le contrat.

⁴⁶¹ Cf. A. Kassis, « Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international », *L.G.D.J.*, 1987, Paris.

⁴⁶² A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p.186.

Au surplus, le raisonnement de Madame Philippe nous conduit à affirmer la fonction juridictionnelle que le centres exercent lorsqu'ils examinent l'existence de la convention d'arbitrage, ce qui est d'ailleurs contraire à sa conclusion finale. Selon l'auteur, et on partage son avis, la procédure d'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage constitue une limite aux cas d'abus des litigants qui soit s'abstiennent de participer à la procédure, soit soulèvent une exception d'incompétence ou usent de tactiques dilatoires.

Elle estime que cette vérification contribue à éviter aux litigants de recourir aux tribunaux judiciaires et leur permet de faire l'économie de deux procédures avec ce que cela engendre comme perte de temps et d'argent⁴⁶³. Alors, par cette vérification, le centre anticipe une procédure véritablement juridictionnelle, pouvant relever des tribunaux judiciaires. Cela nous conduit à conclure, contrairement à Madame Philippe, que l'anticipation d'une procédure juridictionnelle n'est qu'un pouvoir, mis à la disposition du centre, ce que démontre incontestablement l'aspect juridictionnel de la fonction du centre. Dire le contraire serait illogique et paradoxal.

Sous-section 4 : Les décisions institutionnelles approuvant le projet de la sentence arbitrale ; décisions gracieuses ayant le caractère juridictionnel

On identifie en premier lieu la portée de l'approbation effectuée par l'organe de contrôle du centre d'arbitrage, puis en second lieu on démontre comment la décision institutionnelle approuvant le projet de la sentence arbitrale constitue une décision ayant le caractère juridictionnel.

⁴⁶³ M. Philippe, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la C.C.I relatifs à leur compétence », *Rev. arb.*, 2006.591.

§1 : La portée de l'approbation effectuée par l'organe de contrôle du centre d'arbitrage

Le pouvoir d'approuver le projet de la sentence arbitrale conféré au centre n'est pas un pouvoir très commun. Il a été constaté avec raison que cette procédure d'examen et d'approbation préalable d'un projet de sentence arbitrale, par un organe autre que le tribunal arbitral, est unique. La majorité des règlements des centres ne prévoit pas une telle approbation sauf le règlement de la C.C.I. Cependant, il présente une hypothèse réelle, concevable qui se trouve dans la pratique et qui peut survenir dans un futur proche compte tenu, d'une part, de la vocation universelle et non limitée à une activité professionnelle spécifique dont jouit la C.C.I, et d'autre part, du nombre des centres nationaux d'arbitrage qui sont largement inspirés par son règlement grâce au rôle incontestable que la C.C.I joue dans le domaine de l'arbitrage international.

La controverse provient des dispositions du règlement de la C.C.I. notamment l'article 33 du règlement disposant qu'

« avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ».

Ainsi que de l'article 6 du règlement intérieur de la Cour constituant l'Appendice II au Règlement disposant que *« lors de son examen préalable des projets de sentence en vertu de l'article 33 du Règlement, la Cour prend en considération dans la mesure du possible les exigences des lois impératives du lieu de l'arbitrage ».*

Il ressort de ces textes que le règlement prévoit deux contrôles préalables du projet de sentence par la Cour, distincts par leur objet et leur portée. On constate d'abord que le tribunal arbitral ne rend pas, une fois l'instruction et la délibération terminées, une sentence signée, mais un projet de sentence non signé.

Ce projet est soumis, en tant que tel, à la Cour. Celle-ci a le pouvoir de prescrire des modifications de forme. Elle peut aussi émettre, à l'adresse du tribunal arbitral, des observations sur des points intéressants le fond du litige. Or, le tribunal arbitral peut refuser de souscrire à ces dernières observations et s'en tenir à son projet en ce qui concerne le fond.

En revanche, le tribunal arbitral doit se soumettre aux modifications prescrites par la Cour relativement à la forme. La Cour garde le droit de refuser d'approuver le projet de sentence en la forme si le tribunal ne souscrit pas aux modifications prescrites par la C.I.A.. Cette approbation préalable est nécessaire pour qu'il y ait sentence. Le projet reste donc renvoyé par le tribunal à la Cour après exécution des modifications de forme qu'elle a prescrites, et c'est alors seulement qu'elle l'approuve et qu'il devient une véritable sentence. En revanche, si la Cour, à l'examen du projet de sentence, trouve qu'il n'appelle ni de modifications de forme ni d'observations relatives au fond, le projet est approuvé par la Cour en la forme et renvoyé au tribunal arbitral pour qu'il le signe en tant que sentence.

Pourtant, pour bien apprécier le rôle de la C.C.I lors de l'approbation en la forme du projet de la sentence et qualifier la nature de ce contrôle, qu'il soit juridictionnel ou non, il nous semble indispensable de définir ce qui est entendu par l'expression « modification de forme » et « l'approbation du projet de sentence en la forme ». On peut comprendre le mot « forme », *stricto sensu*, comme signifiant la « forme de la sentence » elle-même. Par contre, *lato sensu*, il peut être entendu dans un sens plus général de « questions de forme » à distinguer des « questions de fond », donc comme synonyme de « questions de procédure »⁴⁶⁴.

La signification stricte du terme « forme » dans ce contexte évoque un champ très limité d'intervention de la Cour. En ce sens, l'approbation en la forme implique un contrôle des questions afférentes à l'exigence d'un écrit, l'identification des parties et des arbitres, l'objet du litige et les prétentions respectives des parties, la motivation, le dispositif, c'est-à-dire la solution du litige et les dispositions accessoires (condamnation aux intérêts, aux dépenses et éventuellement à des dommages), la date et le lieu où elle a été rendue, la signature.

⁴⁶⁴ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 69

À cela s'ajoute la question de savoir si la sentence a été rendue à l'unanimité ou à la majorité, si elle peut être rendue par le président du tribunal arbitral seul à défaut de majorité (ce qui est dans le Règlement). Or, on ne pense pas que la terminologie employée semble plutôt indiquer qu'il s'agit de la forme de la sentence, pour exclure toute question qui ne se rapporterait pas directement et proprement à la sentence elle-même.

Il est vrai que le texte anglais se réfère expressément à la forme de la sentence en disant « *The Court may lay down modifications as to the form of the award* », cependant le texte français ne le dit pas. Il est prévu aussi dans le texte anglais que « *No award shall be signed until it has been approved by the court as to its form* ». Néanmoins, le texte français, à la différence du texte anglais, ne dispose pas que la Cour peut prescrire des modifications en ce qui concerne la « forme de la sentence », mais qu'elle peut prescrire des « modifications de forme ». De même, le texte français dispose qu'aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée « en la forme ».

On pense que la disparité est donc claire. Mais l'essentiel n'est pas là, car ni dans le texte français ni dans le texte anglais le mot « forme » ne doit être entendu dans le seul sens de la forme de la sentence elle-même. Cette conception *stricto sensu* ne correspond ni à une bonne interprétation ni à la pratique effective de la Cour⁴⁶⁵.

À dire vrai, on pense que le terme « forme » doit être défini dans son opposition au mot « fond ». Il suffit, en effet, d'observer qu'aux termes de l'article 33 du Règlement, la Cour peut prescrire des modifications de forme que le tribunal arbitral doit effectuer pour que la sentence puisse être approuvée par la Cour, tandis que la Cour ne peut formuler que de simples observations sur des points afférents au fond du litige, le tribunal arbitral n'étant nullement tenu de s'y conformer. Il faut donc entendre les expressions employées dans le sens du diptyque « question de forme, questions de fond ».

Normalement, pour les juristes, les questions de forme couvrent tout ce qui se rapporte à la procédure, plus précisément à tous les actes de procédure et pas seulement au jugement lui-même, tandis que par fond du litige il faut comprendre

⁴⁶⁵ *id.*

toutes les questions de fait et les questions de droit relatives à l'objet de la contestation⁴⁶⁶.

L'interprétation qui précède est la seule qui s'accorde avec la terminologie juridique courante expliquée par Cornu. Dans son vocabulaire juridique, il définit « la forme » en tant que « toute façon d'agir, toute manière de procédure qui préside à l'accomplissement d'un "acte juridique" [forme d'un contrat, d'un testament, d'un jugement, d'une décision, etc.] ou au déroulement d'une série d'actes [forme d'un procès] »⁴⁶⁷. D'ailleurs, sous le titre de « formalité de procédure », on lit : « a) en un sens générique, l'ensemble des actes de la procédure ; b) plus précisément, les conditions de "forme", dont l'inobservation entache un acte de procédure d'une irrégularité qui en justifie l'annulation »⁴⁶⁸.

Dans le même ouvrage, l'expression « fond du litige » est définie comme « l'ensemble de fait et de droit de la contestation s'oppose à pur droit [les juges du fond sont juges du fait et du droit, par opposition à la Cour de cassation qui ne connaît que du droit] ».

Enfin, toujours dans le même ouvrage, le « fond du droit » est ainsi défini « par opposition à procédure et à compétence, tout ce qui, dans le débat, tend à établir le "bien-fondé" ou le "mal-fondé" des prétentions à différence des contestations qui portent sur la régularité des procédures ou la compétence »⁴⁶⁹.

Toute interprétation qui ne va pas dans le sens qui précède semble conduire à une aberration. En effet, si on suppose que la modification prescrite par la Cour ne comporte pas les questions générales de procédure dissociées des questions de forme de la sentence, la Cour ne pourrait que prescrire des modifications relatives à la forme de la sentence elle-même sans toucher les autres questions de forme appartenant à la procédure arbitrale.

Une telle interprétation de l'article doit être rejetée, car elle purge le contrôle préalable du projet de la sentence de sa teneur. Une telle interprétation aboutit à une absence presque totale du contrôle préalable de la sentence par la Cour. D'un côté, la Cour ne pourrait pas prescrire au tribunal arbitral une modification relative à une

⁴⁶⁶ *id.*

⁴⁶⁷ G. Cornu, « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, p. 361

⁴⁶⁸ *ibid.*, p. 360

⁴⁶⁹ *ibid.*, p. 355

question de procédure qui ne relève pas directement de la forme de sentence, et de l'autre côté, elle ne peut pas non plus attirer l'attention du tribunal arbitral sur une telle question dès lors qu'elle ne concerne pas le fond.

Certainement, l'objectif du texte ne saurait s'accommoder d'un tel résultat, car on devrait admettre raisonnablement que les auteurs du Règlement ont entendu que toute question sans exception soit couverte par le contrôle préalable de la Cour, soit pour faire l'objet d'une modification prescrite au tribunal arbitral à titre obligatoire, soit pour faire l'objet d'une simple observation à l'adresse du même tribunal sans s'imposer à ce dernier.

Qu'une question quelconque puisse échapper au contrôle du projet de sentence par la Cour serait du reste incompatible avec la finalité de ce contrôle qui vise une sentence efficace vide d'une irrégularité ou d'une erreur mettant sa reconnaissance ou son exequatur en doute.

L'explication qu'on vient de donner semble être corroborée par les termes de l'article 6 de l'Appendice II disposant que « *la Cour prend en considération dans la mesure du possible les exigences des lois impératives du lieu de l'arbitrage lors de son examen préalable des projets de sentence en vertu de l'article 33 du Règlement* ». Ceci veut dire que ce contrôle porte sur toute question de procédure sans exception.

Non seulement l'interprétation qui précède est la seule qui, croyons-nous, s'impose raisonnablement, mais elle est aussi celle qui correspond à la pratique effective de la C.I.A. de la C.C.I. On trouve un compte rendu de cette pratique dans l'ouvrage publié par Craig, Park et Paulsson, à la C.C.I.⁴⁷⁰.

Dans cet ouvrage les auteurs indiquent que le contrôle du projet de sentence vise à s'assurer que la sentence est juridiquement suffisante pour produire les effets voulus par les arbitres, et, par conséquent, la Cour vérifie les éléments que chaque sentence doit impliquer.

De surcroît, ils observent que la Cour vérifie, lorsque cela est possible, que le tribunal arbitral s'est conformé aux exigences formelles des droits nationaux qui

⁴⁷⁰ W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, « International Chamber of Commerce Arbitration », *op. cit.*

peuvent avoir des effets sur la procédure⁴⁷¹. Ainsi, il s'agit, donc, du respect, non seulement des exigences relatives à la forme de la sentence, mais des exigences relatives à toute la procédure arbitrale.

Alors, probablement la décision institutionnelle approuvant le projet n'implique pas la résolution d'une vraie contestation. Néanmoins, cela n'empêche qu'elle constitue un acte juridictionnel à condition qu'elle constitue un acte gracieux.

§2 : *La décision institutionnelle sur l'approbation du projet de la sentence arbitrale constitue une décision gracieuse juridictionnelle*

Bien qu'une partie de la doctrine privatiste ne considère comme actes juridictionnels que les jugements contentieux, la majorité estime qu'une décision est considérée juridictionnelle qu'elle soit un jugement contentieux ou une décision gracieuse⁴⁷². Les jugements gracieux bien qu'ils ne tranchent pas de contestations, sont considérés quand même des actes juridictionnels, au sens large du terme⁴⁷³.

Hébraud considère la décision gracieuse comme un véritable acte juridictionnel⁴⁷⁴. Selon lui, les différences entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse, qui sont plus de degrés que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit⁴⁷⁵.

La juridiction gracieuse existe certainement. La distinction classique selon laquelle une décision gracieuse ne peut constituer un acte juridictionnel est critiquable. Bien entendu, la juridiction gracieuse est différente de la juridiction contentieuse que l'on rencontre fréquemment, mais elle participe de l'acte juridictionnel.

⁴⁷¹ *ibid.*, p. 375 et s.

⁴⁷² Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p.69 et s.

⁴⁷³ *id.*

⁴⁷⁴ Cité *ibid.*, p. 39, 40 ; P. Hébraud, « commentaire de la loi du 15 juillet 1994 sur la chambre du conseil » D., 1946 législation p. 333 col. 3.

Étymologiquement, « juridiction » vient de *jus dicere* qui signifie : dire le droit. Quand une juridiction dit-elle le droit ? C'est plus souvent bien sûr lorsqu'un litige lui est soumis, car alors elle est saisie de deux présentations juridiques entre lesquelles il lui faudra choisir.

Cependant, il ne faut pas croire qu'une juridiction dit le droit seulement chaque fois qu'elle tranche un litige. Même en l'absence de litige, le juge dit assurément le droit en matière gracieuse⁴⁷⁶.

Sur ce constat, on rejoint l'opinion du professeur Jarrosson qui estime la nécessité de recevoir une acception large de la notion d'*acte juridictionnel*⁴⁷⁷. Le juge n'est pas exclusivement juste saisi pour trancher des litiges, il est parfois correctement saisi bien qu'il n'y ait pas de litige. Selon l'article 25 du CPC⁴⁷⁸, le juge peut être saisi d'une demande dont la loi exige, soit en raison de la nature de l'affaire, soit en raison de la qualité du requérant, soit en raison de l'accord des parties qui fait d'ailleurs leur loi en vertu de l'article 1134 du Code civil⁴⁷⁹.

Par un raisonnement par analogie, on constate que le centre dit le droit lorsqu'il contrôle la **forme de la sentence**. Le centre intervient pour dire le droit sur une demande que le règlement, la loi des parties⁴⁸⁰, exige. Cependant, la juridiction française ne reconnaît pas aux décisions institutionnelles approuvant en la forme le projet de la sentence, le caractère juridictionnel.

Dans l'affaire « *Cubic* », la Cour d'appel de Paris, après avoir observé que la voie à suivre pour l'élaboration de la sentence a correspondu à la volonté commune des parties, s'est référée, tout comme la C.C.I dans ses conclusions de défense, à « l'objectif d'efficacité » et ajoutait qu'« *il n'y a pas ingérence dans la mission de*

⁴⁷⁵ En ce sens cf. aussi R. Merle, « Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif », Thèse Toulouse, 1948, spéc. n° 70 ; D. Le Ninivin, « la juridiction gracieuse dans le NCPC », *op. cit.*

⁴⁷⁶ *ibid.*, n° 54 et s.

⁴⁷⁷ En ce sens cf. Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *op. cit.*, p.69 et s.

⁴⁷⁸ Code de procédure civile français, Art. 25 « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ».

⁴⁷⁹ Code civil français, Art. 1134 « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁴⁸⁰ Le règlement du centre, qui est le fond du contrat de direction d'arbitrage, fait la loi des parties conformément à l'article 1134 du Code civil français. En ce sens cf. E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.*, p. 218, 219.

l'arbitre ni modification de sa sentence, mais essentiellement fourniture d'un conseil rédactionnel ».

La motivation de la Cour parisienne a été vivement critiquée par le professeur Lalive. Ce dernier pense que « *l'euphémisme est joli et habile, mais, à qui connaît ou croit connaître la réalité arbitrale, il est malaisé de le suivre complètement* »⁴⁸¹.

Selon lui, et on rejoint la même opinion, le texte même de l'article 33 (actuel — ex. 21) du règlement contredit la notion de « conseil ». Tout d'abord, le fait de « *prescrire des modifications de forme* » n'équivaut pas à « *donner un conseil* ». Ensuite, « *il est superflu d'épiloguer sur les liens étroits, voire l'incertaine distinction entre le fond et la forme* »⁴⁸².

Il n'est pas douteux que la Cour d'appel a rejeté avec raison la thèse de la nullité de la clause compromissoire fondée sur le « caractère juridictionnel » des interventions de la C.I.A. de la C.C.I dans la mission propre des arbitres. Mais on ne saurait pour autant fermer complaisamment les yeux sur la nature ambiguë ou mixte des fonctions et tâches de la C.I.A..

L'analyse critique rigoureuse qu'en a proposée Monsieur Kassis⁴⁸³, ne manquait pas de mérite et vaut toujours d'être consultée, en dépit de passages excessifs qui lui ont valu, chez les défenseurs de la C.C.I, l'impopularité que l'on sait. Si le système de la C.C.I a dans l'ensemble fait largement ses preuves, l'ambiguïté demeure et il convient d'en être conscient.

Des attaques plus sérieuses que celles de la société Cubic pourraient survenir, par exemple où il serait établi que la « sentence définitive » n'est pas, selon les termes de l'arrêt, l'« *opinion exacte de l'arbitre* », mais davantage celle de membres de la Cour de la C.C.I⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, p. 114

⁴⁸² *id.*

⁴⁸³ Cf. A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*

⁴⁸⁴ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, p. 114

On déduit de tous ces interventions de la Cour d'arbitrage de la C.C.I, soit sur le fond soit sur la forme, que la Cour peut refuser d'approuver le projet de sentence et le renvoyer au tribunal en lui prescrivant de faire le nécessaire pour respecter le droit de défense avant d'établir un nouveau projet. Cela, à l'évidence, implique un pouvoir de contrôle, du caractère juridictionnel, qui révèle incontestablement l'aspect juridictionnel de la mission du centre.

Dans cette perspective, on rejoint l'opinion de Monsieur Kassis qui estime que cette approbation permet au centre de contrôler de manière générale tout ce qui concerne la procédure devant le tribunal arbitral comme : le dépassement des limites de l'acte de mission, la non-arbitrabilité du litige, la non-validité de la clause d'arbitrage, l'incompétence du tribunal arbitral, le non-respect du principe du contradictoire, contradiction de motifs, etc⁴⁸⁵.

Dans cette perspective on pense que la décision prononcée par le centre lorsqu'il révisé la forme du projet de la sentence arbitrale est bien un acte juridictionnel pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, lorsque le centre approuve ou modifie le projet de la sentence en la forme, il dit le *droit* sur une question exigée par le règlement. Ensuite, le pouvoir de réviser le projet de la sentence révèle une participation manifeste au prononcé de la sentence arbitrale. Enfin, le fait de réviser le projet de la sentence confère au centre une autorité sur le tribunal arbitral.

En révisant juridiquement le travail du tribunal arbitral, le centre exerce incontestablement une mission judiciaire. Car, la décision d'une autorité qui révisé juridiquement le travail d'une autre autorité juridictionnelle ne peut être qualifiée que comme un acte juridictionnel. Dans ce sens, on souscrit à l'opinion du professeur Loquin qui soutient le caractère juridictionnel de la décision institutionnelle approuvant en la forme le projet d'une sentence indépendamment de la qualification de sa mission⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 69

⁴⁸⁶ E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *op. cit.*, p. 32

Du surcroît, dire que le centre d'arbitrage n'intervient seulement et directement que sur la forme de la sentence sans toucher le fond pour nier le caractère juridictionnel de ses décisions n'emporte pas de conviction.

Cela présuppose que le fond est toujours parfaitement dissociable de la forme, ce qui n'est pas souvent vrai ! Bien que la jurisprudence prétende parfois savoir dissocier ce qui est relatif à la forme de ce qui ne l'est pas⁴⁸⁷, le cas n'est pas souvent si simple. Les responsables de la C.C.I eux-mêmes reconnaissent que les corrections sur la forme de la sentence impliquent parfois des modifications sur le fond⁴⁸⁸. Cela ne fait que démontrer l'influence que le centre exerce sur le sort du litige et la décision s'y afférant.

En outre, on pense qu'appeler l'attention du tribunal arbitral sur des points intéressants le fond révèle en soi une participation à la solution du litige principal. D'après l'article 33 du Règlement, la Cour peut faire, à l'adresse du tribunal arbitral, des observations sur des points relatifs à n'importe quel fait de la cause et à n'importe quel point de droit qui ne soit pas relatif à la procédure ou à la compétence⁴⁸⁹. Certes, le tribunal arbitral n'est pas tenu par ces observations, au contraire de prescriptions de forme, il est entièrement libre d'en tenir compte ou de ne pas les suivre.

La Cour peut dire aux arbitres qu'il lui apparaît qu'ils n'ont pas tenu compte de tel fait ou de tel détail d'un fait, ou qu'ils ne lui ont pas accordé l'importance qui s'y attache pour la solution du litige.

Elle peut leur dire qu'il lui apparaît qu'ils ont mal apprécié ou mal interprété tel ou tel fait, qu'ils ont tenu compte d'un fait qui n'est pas apparent ou qui n'est pas prouvé, ou qu'ils ont appliqué une règle qui n'a pas vocation à s'appliquer, ou que

⁴⁸⁷ TGI Paris 14 fév. 1980 (Sté Japan Time), *inédit*; CA Paris 11 juill. 1980 (Sté Japan Time) *inédit*, cité par A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.* D'autres affaires montrent cependant les problèmes qui peuvent naître de la distinction entre le fond et la forme de la sentence après une correction portée par le centre d'arbitrage *cf.* CA Paris 22 dec. 1978 (Industrija Motora Rakovica), note J. Viatte, *Rev. arb.*, 1979.266 ; et sur pourvoi, rejeté, Cass. Civ. 2^e, 28 janv. 1981 (Industrija Motora Rakovica), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1982.425 ; obs. A. Bénabent et J.-Cl. Dubarry, *RTD com.* 1981.733 ; note J. Viatte, *Gaz. Pal.* 1981.1.373 ; obs. P. Julien, *D.*, 1981, IR, p.369.

⁴⁸⁸ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n^o 907, p. 691.

⁴⁸⁹ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p.75.

les règles qu'ils ont appliquées ne donnent pas les résultats et la solution auxquels ils sont arrivés.

Or, ces observations ne portent pas atteinte, en soi même, au principe de l'indépendance du tribunal arbitral et ne présentent pas une intervention dans leur mission puisque les arbitres peuvent les rejeter, et par voie de conséquence ils renvoient leur projet initial non modifié qui deviendra alors une sentence et la Cour doit lui donner ses effets et son cours normal en la notifiant aux parties conformément au Règlement.

Dès lors que le tribunal arbitral n'est pas tenu de souscrire aux observations de la Cour sur les points qui intéressent le fond du litige et de modifier son projet en conséquence, il n'en reste pas moins qu'il peut le faire. Alors, qu'est ce que se passe-t-il si le tribunal a honoré les observations de la Cour ? Et en conséquence, il revient ainsi sur son projet de sentence pour le retirer et envoyer de nouveau à la Cour un autre projet.

Il est vrai que les observations de la Cour ne présentent pas une atteinte à la compétence du tribunal arbitral parce que celui-ci a toujours le pouvoir de refuser les observations, mais cela ne change pas non plus le fait qu'en adoptant les observations, soulevées par la Cour, dans la sentence, le centre d'arbitrage a parfaitement participé dans la solution du litige étant donné que la sentence rendue implique des solutions par lui proposées.

Il convient de souligner que, à notre avis, cette possibilité est très concevable étant donné le dynamisme de l'arbitrage institutionnel et la façon selon laquelle il fonctionne. Au fur et à mesure, les arbitres nommés sur les listes des centres d'arbitrage développent une relation professionnelle avec les centres d'arbitrage.

Afin de maintenir une telle relation, certains arbitres éviteraient peut-être d'entrer dans une confrontation avec la Cour d'arbitrage du centre d'arbitrage, et ils tendraient à inclure, dans leur sentence, les observations soulevées par la Cour d'arbitrage du centre, lors l'approbation du projet de la sentence, tant qu'elles ne

sont ni flagrantes ni manifestement illégales et se concilient avec leur sentence initiale.

Ainsi, on pense que cette participation, potentielle, à la solution du litige n'est pas moins qu'un reflet de la fonction juridictionnelle des centres qui surgit lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'examen d'approbation. Au surplus, le raisonnement suivi par les partisans de la fonction exclusivement administrative ne paraît pas tout à fait correct.

Section 2 : L'imperfection du raisonnement français affirmant la fonction administrative exclusive

En outre de la faiblesse du raisonnement du droit positif français, concernant la qualification administrative de la mission des centres d'arbitrage (sous-section 1), on estime que les arguments soulevés pour soutenir un tel raisonnement manquent de conviction aussi. En effet, le critère organique (sous-section 2) et la non-motivation des décisions institutionnelles (sous-section 3) ne semblent pas suffisants pour nier la fonction juridictionnelle. Également, l'origine contractuelle de l'investiture n'interdit pas le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles (sous-section 4).

Sous-section 1 : La faiblesse du raisonnement de droit positif français

La position de droit positif français prévoyant la fonction exclusivement administrative n'est pas à l'abri de critique parce que le point de départ du raisonnement de la jurisprudence française, le postulat sur lequel elle construit son raisonnement, n'est pas juste. Le raisonnement franco-suisse présuppose dans sa conclusion le caractère administratif des décisions institutionnelles, à l'inverse de ce qui est constaté dans notre étude, en se fondant sur la fonction administrative⁴⁹⁰.

Certains fondent le caractère administratif des décisions des centres sur les obligations à la charge des centres, sans faire la moindre distinction entre les décisions prononcées par eux. La décision suisse dans l'affaire *Westland*⁴⁹¹ a considéré que **toutes** les décisions institutionnelles impliquent des mesures d'organisation et d'administration de l'arbitrage, et par conséquent elles ont un caractère administratif, en raison de la fonction administrative des centres.

Le TGI Paris a soutenu la position suisse en refusant, dans sa décision du 8 octobre 1986, de voir dans la décision de la C.C.I, impliquant un examen *prima*

⁴⁹⁰ *ibid.*, p. 54 ; TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 552; A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal.*, *op. cit.*

⁴⁹¹ *Sem. judiciaire*, 1984.309, *Bull. Ass. suis. arb.*, 1984.154.

facie de l'existence de la clause compromissoire, un acte juridictionnel. Il parlait incidemment « *d'une prétendue usurpation des pouvoirs juridictionnels propres à l'arbitre* »⁴⁹².

De la même façon, la Cour de cassation a affirmé la qualification administrative de la mission des centres d'arbitrage lorsqu'elle était saisie des actions contestant les décisions institutionnelles relatives à la Cour d'arbitrage de la C.C.I. Elle a affirmé, dans l'affaire « *REDEC* », la qualification administrative de la décision institutionnelle statuant sur la validité *prima facie* de la clause compromissoire. Elle a considéré que le contrôle de validité de la clause compromissoire est de la compétence exclusivement à l'arbitre. En revanche, l'organe administratif du centre, la Cour d'arbitrage en espèce, conformément à la Cour de cassation, se borne à prescrire une mesure de nature administrative, destinée, en application de son Règlement, à parfaire la constitution du tribunal arbitral⁴⁹³.

De même, le TGI de Paris a décidé que la décision sur le contrôle de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage a un caractère administratif parce que « *la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I n'est qu'un organe administratif d'une institution privée. Ses décisions, qui n'ont aucun caractère juridictionnel, ne peuvent donc faire l'objet d'une voie de recours devant les tribunaux judiciaires. Seule la sentence arbitrale, en raison de son caractère juridictionnel, peut faire l'objet d'un tel recours* »⁴⁹⁴.

Pareillement, mais cette fois il s'agissait d'une décision sur une demande de récusation, la Cour d'appel de Paris s'était prononcée, dans l'arrêt du 15 janvier 1985 « *Société Opinter France* »⁴⁹⁵, sur la nature de cette décision de façon plus claire que de celle de la décision « *Raffineries d'Homs*⁴⁹⁶ ». Elle a jugé qu'

⁴⁹² TGI Paris, 8 oct. 1986 (Cekobanka), *op. cit.*

⁴⁹³ TGI Paris, 13 jull. 1988 (Sté REDEC), *op. cit.*

⁴⁹⁴ TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), note L. Jeager, *op. cit.*

⁴⁹⁵ CA Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *op. cit.*

⁴⁹⁶ CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.* Dans cette affaire la Cour d'appel a considéré que la décision sur la demande de récusation a été prise en toute régularité, conformément à l'accord des parties, à savoir le contrat de direction de l'arbitrage, par conséquent, elle a décidé que la demande tendant à l'annulation de la décision de la Cour d'arbitrage de la C.C.I ne peut qu'être déclarée irrecevable sans qu'il y ait lieu ni de rechercher si une telle décision présente ou non un caractère juridictionnel.

« il apparaît que la décision critiquée, prise par la Cour d'arbitrage... pour rejeter la demande de récusation d'un arbitre, n'émane pas d'un organisme juridictionnel – à qui s'imposeraient les principes directeurs du procès auxquels renvoie, pour l'arbitrage, l'article 1460 du N.C.P.C., ne constitue pas une décision de caractère juridictionnel, soumise à l'obligation de motivation »⁴⁹⁷.

À l'appui de cette qualification administrative, la Cour d'appel cite les termes du Règlement de la Cour d'arbitrage, selon lequel la Cour d'arbitrage ne tranche pas elle-même les différends (art. 2). La Cour d'appel en déduit que la Cour d'arbitrage *« n'a pas elle-même la qualité d'arbitre »*, et que la décision critiquée, prise en conformité avec son Règlement, n'avait pas à être juridictionnelle⁴⁹⁸.

Néanmoins, à notre avis, le raisonnement de la juridiction française n'emporte pas la conviction. La raison du défaut du raisonnement de la juridiction française est son fondement. Normalement, la fonction qu'une personne exerce à un moment donné est déterminée selon les pouvoirs mis à la disposition des centres lorsqu'ils accomplissent leur mission. Pourtant, le raisonnement français suppose l'inverse ! Il se fonde sur le postulat que le centre a une mission administrative pour conclure que les décisions sont administratives, ce qui est complètement futile ou stérile.

Au surplus, le raisonnement français ignore un constat très important, à savoir la fonction mixte des centres d'arbitrage. Il se fonde sur le postulat que la fonction des centres d'arbitrage est seulement administrative. Alors qu'il n'est pas logique de revendiquer toujours que les centres n'exercent qu'une fonction administrative, surtout, après avoir montré qu'ils rendent, lors de la direction d'arbitrage, des décisions qui correspondent bien aux critères d'un vrai acte juridictionnel. Il s'agit des décisions institutionnelles prises lors de l'exercice des pouvoirs conférés aux centres, telle que la décision concernant une récusation, la

⁴⁹⁷ CA Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *op. cit.*; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 235.

⁴⁹⁸ En ce sens V. Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 236

confirmation de désignation des arbitres, l'approbation en forme du projet de la sentence, et l'examen *prima facie*.

Enfin, on observe que le raisonnement français se fonde essentiellement sur le critère organique pour justifier le caractère administratif des décisions institutionnelles ce qui nous semble peu convaincant.

Sous-section 2 : L'insuffisance du critère organique pour relever la fonction exclusivement administrative

D'abord, pour conclure à la fonction administrative des centres, la jurisprudence française se fonde sur les obligations à la charge de ces derniers sans tenir compte des pouvoirs leur sont conférés. Ensuite, elle déduit le caractère administratif des décisions institutionnelles de cette fonction administrative. La jurisprudence se fonde alors sur le critère organique pour déterminer si les décisions institutionnelles constituent des actes juridictionnels ou non.

Dans ce contexte, une grande partie de la doctrine française exige, à tort, que la décision émane d'une juridiction pour qu'elle soit juridictionnelle. Voici ce que le professeur Level écrit :

« dans le domaine de la récusation judiciaire ou dans le cas du règlement de la difficulté par le juge, prévu à l'article 1463 (nouveau 1457), le critère organique masque le critère matériel et conduit sans doute à une qualification d'acte juridictionnel et non pas d'acte d'administration. En revanche, on refusera cette qualification à la décision de l'organisation d'arbitrage, fut-elle sans recours spécifique en matière internationale. L'organisme d'arbitrage est ici le mandataire des parties, chargé de faciliter l'exécution d'une convention d'arbitrage. Sa décision procède de la nature contractuelle de son pouvoir et s'intègre à la convention des parties. On opposera sans doute que le pouvoir juridictionnel des arbitres vient lui aussi

de la convention des parties. À cela on répliquera que l'institution d'arbitrage n'est pas une juridiction. En revanche et sur la base du critère matériel, la difficulté relative à la composition du tribunal arbitral est bien un incident de l'exécution de la convention d'arbitrage qui prend bien un caractère contentieux, lorsque le préalable de la solution contractuelle que constitue l'intervention de l'organisme d'arbitrage a échoué et que, s'agissant d'un arbitrage interne, on recourt au juge étatique »⁴⁹⁹.

Néanmoins, le critère organique nous paraît un critère manifestement insuffisant pour déterminer le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles. On ne croit pas que le caractère juridictionnel de l'ordonnance du juge d'appui, qui se prononce sur une demande de récusation, est reconnu, par le seul critère organique. À notre avis, le critère organique ne manque pas de masquer le critère matériel⁵⁰⁰. La décision prononcée par le juge lorsqu'il statue sur une demande de récusation ou lorsqu'il examine la validité de la clause compromissoire est juridictionnelle non seulement parce qu'elle émane d'un organe judiciaire, mais également parce qu'elle tranche une vraie contestation; c'est ce critère matériel qui compte⁵⁰¹.

C'est la décision de la Cour d'appel dans l'affaire « *Waterfront* » qui nous a conduit vers une telle conclusion. La Cour d'appel a conféré la nature administrative à une décision statuant sur un acte de police de l'instance arbitrale, bien qu'elle fût rendue par le président du tribunal de commerce de Paris qui est incontestablement une juridiction, et donc un organe judiciaire⁵⁰². Le fait de dénier, d'une part, à une juridiction étatique d'avoir prononcé un acte juridictionnel lorsqu'il statue sur un

⁴⁹⁹ CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), note Level, *JCP*, 1987, n° 30755.

⁵⁰⁰ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 185

⁵⁰¹ V. *supra*, « Sous-section 3 : Les décisions statuant sur l'opposabilité de l'arbitrage : l'examen de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage », p. 198

⁵⁰² V. A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international » *op. cit.*; CA Paris, 5 juin 2003 (*Waterfront*), *Rev. arb.*, 2004.135 ; obs. E. Loquin, *RTD Com.*, 2003.700; CA Paris, 19 juin 2003 (*Sté Carlyle*), *Rev. arb.*, 2004.136.

incident de l'instance arbitrale, et de conférer, d'autre part, le caractère juridictionnel à la décision prononcée par le juge d'appui sur un incident identique, nous amène à conclure que le critère organique n'est pas le critère décisif pour relever la nature juridictionnelle de la décision. La qualification juridictionnelle de la décision émanant du centre ne doit donc pas être, refusée en raison du critère organique si on considère que le centre n'est pas une juridiction au sens strict du terme.

Sous-section 3. L'insuffisance du critère de motivation pour relever la fonction exclusivement administrative

Par ailleurs, on trouve que les exigences du débat contradictoire et de motivation des décisions ne sont pas non plus des critères décisifs selon pour reconnaître le caractère juridictionnel ou administratif d'une intervention.

Le défaut de débat contradictoire et de motivation des décisions institutionnelles, relevé par la jurisprudence française pour dénier le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles, n'a rien à voir avec la nature de la décision institutionnelle.

Le respect d'un débat contradictoire et la motivation de la décision sont le résultat du caractère juridictionnel de la décision, et non la raison pour rendre une décision juridictionnelle. La raison de respecter ces exigences procédurales ne change pas la nature d'une décision. En effet, ces exigences procédurales ne sont pas des critères pour qualifier un acte comme juridictionnel ou non. Ce sont plutôt des raisons qui rendent une décision juridictionnelle nulle. Normalement, lorsqu'une décision remplit certains critères, elle est juridictionnelle que les exigences procédurales, citées ci-dessus, soient respectées ou non.

Et même, à supposer, bien qu'on ne soit pas d'accord, que la non-motivation des décisions institutionnelles par les centres d'arbitrage est bien la raison pour reconnaître le caractère administratif à ces décisions, cette justification n'est plus valable, car les centres d'arbitrage eux-mêmes ont commencé à motiver leurs décisions. D'après, le règlement de la L.C.I.A. de 2014, le règlement d'un centre d'arbitrage le plus récent à notre connaissance, la décision de la Cour d'arbitrage sur

les demandes de récusations doit être écrite, motivée et une copie doit être transmise aux parties, l'arbitre contesté et les co-arbitres membres du tribunal arbitral⁵⁰³.

Il est vrai que, jusqu'à cette dernière rédaction, on ne trouve pas dans les règlements des autres centres d'arbitrage une disposition similaire à celle de la L.C.I.A. qui prévoit la motivation de la décision institutionnelle. Cependant, il est prévisible que la motivation de la décision institutionnelle sera adoptée par les autres centres d'arbitrage.

La raison qu'une telle solution uniquement prévue dans le règlement de la L.C.I.A. est la nouveauté du règlement. Et la raison de notre certitude que cette solution sera bientôt adoptée par tous les autres centres d'arbitrage est la concurrence entre ceux-ci. La L.C.I.A. est une institution chef de file en matière d'arbitrage institutionnel. Ses concurrents, comme la C.C.I., ne vont pas tarder à donner à leurs clients, les arbitres ainsi que les litigants, le privilège de motiver les décisions institutionnelles parce qu'à défaut les centres d'arbitrage risqueraient de perdre pas mal d'intérêt, la L.C.I.A. devenant le choix le plus favorable pour les litigants et les arbitres en raison de cette politique de motivation des décisions institutionnelles prononcées par la L.C.I.A.

Sous-section 4 : L'origine contractuelle de l'investiture n'interdit pas le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles

Également, il nous semble douteux que l'origine contractuelle de l'investiture du centre liant les parties avec le centre d'arbitrage désigné dans leur clause compromissoire, soit une raison suffisante pour priver les décisions institutionnelles de leur caractère juridictionnel⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Règlement de la L.C.I.A., Art. 10.6 « *The L.C.I.A. Court's decision shall be made in writing, with reasons; and a copy shall be transmitted by the Registrar to the parties, the challenged arbitrator and other members of the Arbitral Tribunal (if any)* ».

⁵⁰⁴ Dans ces décisions, la jurisprudence française s'est fondée sur l'origine contractuelle de la mission des centres d'arbitrage pour déduire la nature administrative des décisions institutionnelles. En ce sens cf. TGI Paris, 13 juill. 1988 (Sté REDEC), *op. cit.* ; CA Reims, 2 nov. 2011, *op. cit.* n° 5; TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), *op. cit.*; CA Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *op. cit.*; TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 550 ; CA. Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*, p. 141; TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarosson, *op. cit.*, 857 ; CA

L'idée de mandat contractuel conclu entre le centre et les parties avait conduit Fouchard à conclure que les décisions relatives à la fixation du siège de l'arbitrage, à la fixation ou la prorogation du délai ne sont plus des actes juridiques. Cependant, ni l'idée de mandant contractuel ni l'origine contractuelle de la mission des centres ne justifient de considérer les décisions institutionnelles comme une simple exécution du mandat et de conclure à cet effet qu'elles sont des actes non juridictionnels.

On sait davantage que, par définition, l'acte juridique est une manifestation de volonté en vue de produire certains effets de droit, alors que le fait juridique est un évènement, volontaire ou non, mais dont les effets sont indépendants de la volonté de leur auteur. Sans doute le fait juridique peut-être le fait de l'homme, et partant résulter sa volonté (délict, quasi-contrat), mais il résulte alors d'une volonté qui n'a pas pour but de modifier une situation juridique, tandis que l'acte juridique est la manifestation de volonté émanant d'une personne avec l'intention de créer, de modifier ou d'éteindre un droit.

Conformément, un mandataire n'accomplit que des actes juridiques. En revanche, on ne peut pas voir dans la décision faisant droit à une demande de récusation l'œuvre d'un mandataire commun des parties au litige parce qu'elle n'est pas un acte juridique. La convention d'arbitrage est, assurément, un acte juridique, mais le simple contrôle en la forme de la sentence ne l'est pas. Elle n'est pas une manifestation de volonté émanant du centre avec l'intention de produire certains effets de droit, c'est-à-dire avec l'intention de créer, modifier ou d'éteindre un droit. Le centre n'est pas concerné par tout cela.

De surcroît, on ne trouve aucun rapport entre l'origine contractuelle et le caractère administratif des obligations juridiques nées du contrat. La source contractuelle n'affecte pas la nature juridictionnelle de la décision statuant sur la validité, *prima facie*, de la clause compromissoire.

Ensuite, on ne voit pas le rapport entre l'origine de l'investiture du centre, qu'elle soit légale ou contractuelle, et le caractère juridictionnel de la décision. Le

Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.* ; note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 228 ; Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 24, 25 ; A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *op. cit.*, p. 22.

lien contractuel unissant les parties aux arbitres n'a pas privé les arbitres d'exécuter leur mission juridictionnelle. Personne ne peut dénier la nature juridictionnelle des décisions rendues par le tribunal arbitral, alors que leur investiture est incontestablement d'origine conventionnelle.

Conformément à la définition de l'activité juridictionnelle citée par le professeur Motluský « L'activité juridictionnelle n'est pas forcément être exercée ni par une autorité publique ni une juridiction de l'État »⁵⁰⁵. Selon lui il faut seulement que la personne prononçant la décision soit un organe juridiquement habilité à y procéder, ce qui est rempli par le simple accord des parties.

Il est vrai que les centres d'arbitrage ne sont pas un organe juridictionnel par rapport au litige principal survenant entre les parties, ce sont plutôt les arbitres. Or, les centres le sont par rapport aux conflits survenant pendant la procédure arbitrale parce qu'ils prononcent des décisions qui ont un caractère juridictionnel.

On pense que les parties ont accepté que le centre mette fin aux litiges éventuels relatifs à la procédure arbitrale, en adoptant, dans leur clause compromissoire, son règlement qui prévoit les méthodes de résolution de ces litiges. Le centre d'arbitrage a en effet reçu des parties le pouvoir de superviser la procédure arbitrale et trancher les litiges éventuels y survenant puisque tel est, par hypothèse, ce qui a été prévu dans le règlement. Or ce règlement est entré dans le champ contractuel de tous les contrats en cause (convention d'arbitrage, contrat d'arbitre, contrat de direction de l'arbitrage et contrat de collaboration arbitrale) et, à ce titre, il s'impose à tous, y compris à l'arbitre.

Dire le contraire paraît trop brutal surtout si on est conscient que l'arbitre, qui comme le centre d'arbitrage ne tient ses pouvoirs que de la volonté des parties, constitue bien une juridiction, et que les centres d'arbitrage exercent des fonctions qui, lorsqu'elles sont dévolues à un tribunal étatique, sont incontestablement juridictionnelles (par exemple la récusation d'un arbitre)⁵⁰⁶.

Pour cela, on pense que la théorie afférente à l'origine contractuelle de l'investiture des centres, sur laquelle la jurisprudence française se fonde pour relever le caractère administratif de leurs décisions, n'est pas de tout pertinente⁵⁰⁷. On pense

⁵⁰⁵ H. Motulsky, « Écrits », *op. cit.*, n°3. P. 6

⁵⁰⁶ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 243.

⁵⁰⁷ *id.*

que l'extrémisme de la jurisprudence française concernant le caractère administratif d'une décision relative à l'incident de récusation, prononcée par une juridiction étatique autre que le juge d'appui, est incompatible même avec le critère organique⁵⁰⁸. C'est le critère sur lequel elle s'est fondée pour justifier à la fois le caractère juridictionnel de l'ordonnance du juge d'appui et le caractère administratif de la décision institutionnelle, bien que les deux décisions tranchent le même incident procédural.

Il est vrai que le juge qui se prononce sur l'incident de récusation est un autre juge que le juge d'appui, mais cela n'empêche pas qu'il représente un organe juridictionnel. Cela correspond parfaitement au critère organique, fort critiqué de notre part⁵⁰⁹, selon lequel la jurisprudence justifie la reconnaissance du caractère juridictionnel des ordonnances du juge d'appui sans le reconnaître pour des décisions institutionnelles prononcées par les centres sur les mêmes questions !

Nonobstant, bien que le critère organique soit rempli, le juge français a considéré la décision du président de tribunal de commerce de Paris comme une décision non juridictionnelle seulement parce que l'origine de son investiture était le commun accord des parties⁵¹⁰. La désignation conventionnelle du président du tribunal de commerce en tant que tiers responsable d'organiser l'arbitrage est la motivation pour laquelle la jurisprudence française a considéré ses décisions administratives.

Elle considère que les litigants ont renoncé à la compétence du Président du tribunal de grande instance de Paris à partir du moment où elles ont désigné le Président du tribunal de commerce, conformément à l'article 1505 (ancien 1493 al.2). Par conséquent, les litigants et le président du tribunal de commerce sont liés par un lien contractuel⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Il s'agit l'hypothèse où les parties désignent le président ou bien un juge du tribunal de commerce en tant que la personne chargée de trancher toutes les difficultés qui peuvent survenir lors la procédure arbitrale ; En ce sens *cf.* A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *op. cit.*

⁵⁰⁹ V. *supra*, « Sous-section 2 : L'insuffisance du critère organique pour relever la fonction exclusivement administrative », p. 221.

⁵¹⁰ En ce sens V. A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *op. cit.*

⁵¹¹ *ibid.*, p. 24 et s.

Malheureusement, cette avis a été confirmé par la Cour d'appel de Paris dans plusieurs décisions successives⁵¹². On a du mal à imaginer le caractère non juridictionnel de la décision émanant d'un juge d'appui contractuellement choisi, qu'il soit un juge étatique autre que le président du tribunal de grande instance de Paris ou un tiers préconstitué (centre d'arbitrage)⁵¹³, alors qu'on reconnaît la qualification juridictionnelle de l'ordonnance du juge d'appui, statuant sur les mêmes difficultés procédurales.

On ne pense pas qu'un refus volontaire, il s'agit de refuser la compétence du juge d'appui, puisse modifier **substantiellement** la nature de la décision et relever donc de la mission administrative des centres, ce qui justifie enfin la mise en cause de leur responsabilité le cas échéant. Cette dualité de qualification nous surprend. Il n'est pas évident qu'elle soit opportune pour assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

Peut-être que l'argument selon lequel l'origine contractuelle justifie le caractère administratif des décisions institutionnelles est acceptable tant qu'il n'implique pas les trois décisions institutionnelles déjà constatées dans notre étude comme des actes juridiques. Il s'agit des décisions rendues par les centres d'arbitrage sur les demandes de la récusation des arbitres, le contrôle de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage et l'approbation du projet de sentence arbitrale.

Quelle que soit l'origine de l'investiture du centre, le critère décisif pour déterminer le caractère juridictionnel de ses décisions est de savoir si le centre tranche une contestation ou s'il dit ou non le droit lorsqu'il rend une telle décision. L'origine contractuelle justifiant le caractère administratif des décisions institutionnelles est acceptable dans la mesure où le centre reste dans la zone d'exécution de ses obligations. Or, à partir du moment où le centre dépasse cette zone en utilisant les pouvoirs qui lui sont conférés par le règlement pour trancher un

⁵¹² CA. Paris, 5 juin 2003 (Sté Waterfront), note E Loquin, *op. cit.*

⁵¹³ A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international » *op. cit.*; CA Paris, 5 juin 2003 (Sté Waterfront), obs. E. Loquin, *op. cit.*; CA Paris, 19 juin 2003 (Sté Carlyle), *op.cit.*

litige, la nature de sa décision est alors conditionnée par l'objet de la décision et c'est alors cet objet qui dicte la qualification juridique de la décision⁵¹⁴.

A l'instar de l'arbitre qui risque de voir sa responsabilité engagée, malgré la qualification juridictionnelle de sa fonction, pour l'inexécution du contrat d'arbitre⁵¹⁵. En principe, l'arbitre ne risque pas de voir sa responsabilité engagée pour une sentence arbitrale mal jugée. L'annulation ultérieure de la sentence arbitrale, rendue par l'arbitre, ne met pas sa responsabilité en cause, à moins qu'une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice⁵¹⁶. Néanmoins, selon la dernière décision de la Cour d'appel, la responsabilité de l'arbitre peut être engagée pour le manquement à ses obligations contractuelles⁵¹⁷. A titre d'exemple, la Cour d'appel retint la responsabilité civile de l'arbitre sur le fondement de l'inexécution du contrat d'arbitre. En effet, l'annulation ultérieure de sentence arbitrale pour le non-respect du délai impératif par l'arbitre était le fondement de la responsabilité.

Dès lors, la juridiction française admet, peut-être tacitement, la dualité de la fonction des arbitres en distinguant les actes juridictionnels des actes non juridictionnels, et selon cette distinction la responsabilité des arbitres est mise en cause. On ne voit pas alors aucune raison qui empêche transposer la même logique aux centres d'arbitrage.

Cela dit, les trois décisions institutionnelles qui sont des actes juridictionnels ne doivent pas être le fondement de la responsabilité des centres. Cependant, les autres décisions relatives aux matières de fixation du siège et de prorogation du délai de l'arbitrage ou des décisions impliquant les tâches de pure gestion, à savoir gérer les correspondances, notifications, mises à disposition de locaux pour les audiences, etc., qui sont considérées comme des actes administratifs justifiant l'engagement de la responsabilité le cas échéant.

Dès lors, on peut affirmer que la nature de la fonction d'une personne est qualifiée selon l'activité que la personne accomplit lors de sa mission, et non pas

⁵¹⁴ A. Kassis, « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *op. cit.*, p. 186

⁵¹⁵ CA Paris, 31 mars 2015, obs. H. Barbier, *RTD civ.*, 2015.612; M. Hery, *Cah. arb.*, 2015.313; D. Bensaude, *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2015, p.20.

⁵¹⁶ *cf.* Cass. Civ. 1^e, 15 janv. 2014 (Azran), n° 11-17.196 *Bull. civ.*, I, n° 1.

⁵¹⁷ CA Paris, 31 mars 2015, *op. cit.*

selon la qualité de la personne qui l'accomplit. Cette activité, critère décisif de qualification de la fonction, se décompose évidemment d'un ensemble des pouvoirs et devoirs. Alors, les pouvoirs conférés aux centres⁵¹⁸, « *qui pourraient avoir une incidence sur la solution du litige, sur la réputation des arbitres, ou sur le sort d'arbitrage en général* »⁵¹⁹, relèvent, sans doute, de l'exercice d'une activité juridictionnelle, ce qui fait apparaître la fonction juridictionnelle du centre. Cela nous permet de conclure à la fin de cette section que le centre exécute une fonction assurément juridictionnelle à côté de sa fonction administrative initiale.

⁵¹⁸ V. *supra*, « Section 2 : Les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage », p. 158.

⁵¹⁹ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 231.

Conclusion du Chapitre 2

Les décisions institutionnelles sur l'opposabilité de l'arbitrage (la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage), les demandes de récusation et l'approbation du projet de la sentence, mise en œuvre lors l'exercice des pouvoirs conférés aux centres, constituent véritablement des actes juridictionnels. Ce constat fonde notre raisonnement permettant de conclure que le centre exécute une fonction juridictionnelle.

Les décisions sur les demandes de récusation impliquent, effectivement, une résolution du différend concernant la personne de l'arbitre qui implique l'arbitre et le litigant qui l'a désigné, d'une part, et l'autre litigant qui s'oppose à la désignation, d'autre part. Au surplus, quand le centre rend une telle décision, il vérifie, d'après la loi, s'il y a des raisons ou des circonstances qui mettent l'indépendance de l'arbitre en doute, ce qui constitue la constatation requise pour qu'un acte juridique soit considéré comme un acte juridictionnel.

Les décisions sur la validité/opposabilité *prima facie* de la convention d'arbitrage implique, également, une résolution du différend puisque le centre est confronté à deux prétentions opposées provenant de chaque litigant entre lesquelles le centre d'arbitrage doit choisir.

De même, le pouvoir conféré à la C.C.I. de contrôler le projet de sentence en prononçant une décision institutionnelle, approuvant ou désapprouvant le projet de sentence, manifeste effectivement l'exercice d'une fonction juridictionnelle, puisque quand le centre approuve ou modifie le projet de la sentence en la forme, il dit le *droit* sur une question exigée par le règlement. De plus, le pouvoir de réviser le projet de la sentence révèle une participation manifeste au prononcé de la sentence arbitrale. Également, le fait de réviser le projet de la sentence confère au centre une *autorité sur le tribunal arbitral* ce qui manifeste, à notre avis, l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Dire le contraire est paradoxal. Il est peu logique de soumettre les arbitres qui exécutent une fonction judiciaire, dont les décisions sont

incontestablement juridictionnelles, au contrôle *à posteriori* d'une autorité administrative. Il n'est pas possible de soumettre des décisions juridictionnelles à une autorité qui n'exercerait pas une fonction juridictionnelle. C'est le principe de l'indépendance de la personne qui rend la justice. Sinon, la soumission de décisions juridictionnelles à une autorité administrative représente un empiétement à la fonction judiciaire et porte incontestablement atteinte à l'indépendance de l'arbitre.

Du surcroît, on a constaté dans ce Chapitre l'insuffisance des arguments soutenus en droit positif français, arguments judiciaires ainsi que doctrinaux, pour justifier la fonction administrative exclusive des centres d'arbitrage.

CONCLUSION DU TITRE II

Cela étant dit, il nous semble tout à fait normal de terminer ce titre par une conclusion différente de celle de la jurisprudence et de la doctrine majoritaires françaises. On pense que le centre exécute vraiment une fonction juridictionnelle étant donné les décisions institutionnelles qu'il prononce pendant le processus arbitral et qui constituent des « actes juridictionnels » qu'ils soient contentieux ou gracieux.

Même la L.C.I.A. s'est rendu compte de ce fait dans son nouveau règlement de 2014. L'ancien règlement de 1998, qui était en vigueur dès le début de notre étude et jusqu'à l'année dernière, prévoyait dans son article 29.1 que « *les décisions de la Cour d'arbitrage sur toute question relative à l'arbitrage sont définitives et obligatoires pour les parties et le tribunal arbitral. Elles sont de caractère administratif par nature et la Cour d'arbitrage n'est pas tenue de les motiver* »⁵²⁰.

Cette position a complètement changé dans le nouveau règlement où la L.C.I.A. elle-même a reconnu le caractère juridictionnel de ses décisions institutionnelles. D'après le nouvel article 29.1, « *Les décisions de la Cour d'arbitrage sur toute question relative à l'arbitrage sont définitives et obligatoires pour les parties et le tribunal arbitral. À l'exception des décisions sur les demandes de récusation des arbitres qui sont motivées conformément à l'article 10.6 du règlement, les décisions institutionnelles sont de caractère administratif par nature et la Cour d'arbitrage n'est pas tenue de les motiver* »⁵²¹. Ce changement dans la position s'il révèle quelque chose, il ne révèle que la reconnaissance explicite de la

⁵²⁰ Règlement de la L.C.I.A. 1998, Art. 29.1 « The decisions of the L.C.I.A. Court with respect to all matters relating to the arbitration shall be conclusive and binding upon the parties and the Arbitral Tribunal. Such decisions are to be treated as administrative in nature and the L.C.I.A. Court shall not be required to give any reasons ».

⁵²¹ Règlement de la L.C.I.A. 2014, Art. 29.1 « The determinations of the L.C.I.A. Court with respect to all matters relating to the arbitration shall be conclusive and binding upon the parties and the Arbitral Tribunal, unless otherwise directed by the L.C.I.A. Court. Save for reasoned decisions on arbitral challenges under Article 10, such determinations are to be treated as administrative in nature; and the L.C.I.A. Court shall not be required to give reasons for any such determination ».

fonction juridictionnelle qu'un centre d'arbitrage exerce à côté de sa fonction administrative.

Même le professeur Clay, auteur qui soutient la fonction exclusivement administrative des centres, a implicitement reconnu le caractère juridictionnel⁵²², en rejoignant l'opinion de Fouchard en ce qui concerne deux pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage. Il s'agit de l'examen *prima facie* de la validité/opposabilité de la convention d'arbitrage et de la possibilité de statuer sur les demandes de récusation d'un arbitre⁵²³. Dans cette perspective, le professeur Clay n'a pas nié le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles lorsqu'il dit : « *S'il est certain que de telles décisions ont un "parfum juridictionnel"*⁵²⁴, *on ne peut pas cependant considérer que le centre d'arbitrage est doté d'un pouvoir juridictionnel* »⁵²⁵.

Certes, l'auteur n'a pas tort d'écrire que la mission du centre est administrative. Or, le fait qu'il a reconnu à la fois le caractère juridictionnel de certaines décisions, et « *la participation du centre à la mission juridictionnelle de l'arbitre en le secondant, mais sans rendre de décision de justice* »⁵²⁶, suppose que le centre exerce quand même une fonction juridictionnelle.

⁵²² Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 903, p. 688

⁵²³ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 25 ; CA Paris, 18 nov. 1987, CA Paris, 4 mai 1988 et TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), note Fouchard, *op. cit.*, n° 23, p. 680.

⁵²⁴ Expression utilisée J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », *op. cit.*, p. 445.

⁵²⁵ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 903, p. 688.

⁵²⁶ *id.*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Nous parvenons au terme de la première partie de notre étude qui nous a permis de relever les fondements de la responsabilité des centres d'arbitrage. En principe, et généralement, la responsabilité des centres d'arbitrage est d'origine contractuelle en raison de la nature contractuelle de l'institution d'arbitrage en général et l'existence des rapports contractuels liant les centres d'arbitrage aux litigants et aux arbitres en particulier.

Par ailleurs, on a constaté la dualité de la fonction des centres d'arbitrage. Elle se compose de la fonction administrative, reconnue par le droit positif français, et la fonction juridictionnelle étant donnée de l'objet de leur mission qui implique de vraies décisions juridictionnelles.

Du surcroît, on a démontré que le raisonnement du professeur Clay, bien qu'il soit énoncé pour affirmer la fonction uniquement administrative des centres⁵²⁷, pourrait être aussi un argument au soutien de la théorie de la dualité de la mission du centre. La mission du centre implique, d'une part, l'aspect juridictionnel compte tenu à la fois de la nature juridictionnelle des décisions et de la participation au processus judiciaire, et d'autre part, l'aspect administratif compte tenu de l'organisation matérielle de l'instance arbitrale.

Cependant, admettre que les centres exécutent assurément une fonction juridictionnelle, ne veut pas dire qu'on dénie aux centres le fait d'exercer une fonction administrative. La mission du centre implique des mesures organisatrices de l'arbitrage comme la fixation du siège arbitral, le délai et la prorogation du délai, les honoraires des arbitres, les frais administratifs, ainsi que toutes les autres mesures de pure gestion. Ces actes, pris dans le cadre de l'organisation et de l'administration de l'arbitrage, sont incontestablement et indiscutablement des actes administratifs. Ils ne révèlent pas de fonction juridictionnelle.

⁵²⁷ *id.*

Ainsi, à la lumière de cette étude et de cette analyse, on estime que la mission d'un centre d'arbitrage est dualiste d'origine absolument contractuelle qui implique à la fois des fonctions administrative et juridictionnelle. La première fonction implique la prestation de services non juridictionnels, alors que la deuxième fonction implique la prestation de services juridictionnels. Le centre ne s'immisce pas dans la mission des arbitres, mais il contribue au prononcé de la sentence, ce qui justifie finalement sa qualification d'un prestataire d'un service juridictionnel.

Notre opinion prévoyant la dualité des fonctions des centres d'arbitrage venait d'être explicitement confirmée par le nouveau règlement de la L.C.I.A. Le règlement de la L.C.I.A. est le règlement plus récent d'un centre d'arbitrage qui a été adopté en octobre 2014. Il représente sans aucun doute la nouvelle tendance en matière d'arbitrage. Le règlement fait, dans son article 29.1, une distinction entre les décisions institutionnelles prononcées par la Cour d'arbitrage de la L.C.I.A. qui ne doivent pas être motivés et les décisions institutionnelles sur les questions de récusation des arbitres qui doivent être non seulement écrites, mais également motivées et communiquées aux arbitres. Pas seulement cela, l'article décrit en précis les décisions non motivées comme des décisions de nature administrative, ce qui veut dire, à notre avis, que les décisions motivées sont plutôt de nature juridictionnelle.

Il est vrai que la L.C.I.A. a reconnu la nature juridictionnelle des décisions sur les demandes de récusation sans la reconnaître pour les décisions statuant sur la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage et les décisions approuvant le projet de la sentence, mais on est certain qu'avec l'évolution et la progression dans le domaine de la responsabilité des centres d'arbitrage, les centres vont aussi reconnaître la nature juridictionnelle des décisions statuant sur la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage et les décisions approuvant le projet de la sentence.

Dans le passé aucun centre ne reconnaît la nature juridictionnelle de la décision sur une demande de récusation, mais aujourd'hui la L.C.I.A. la reconnaît. On pense qu'il en ira de même pour les décisions institutionnelles statuant sur la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage et les décisions approuvant le projet de sentence.

Après avoir identifié les fonctions administratives et juridictionnelles des centres d'arbitrage, on arrive naturellement à l'étude du régime de responsabilité qui leur est applicable dans les différents systèmes juridiques étant donné l'aspect comparatif et international de notre étude.

**SECONDE PARTIE : LE RÉGIME DE LA
RESPONSABILITÉ DES CENTRES
D'ARBITRAGE**

Dans cette partie on commence par relater les régimes de responsabilité applicables aux centres d'arbitrage qui varient d'un système juridique à l'autre. On démontre l'insuffisance des régimes de responsabilité actuels (Titre I) parce que chaque régime juridique fonde la responsabilité des centres d'arbitrage sur une des fonctions des centres tout en ignorant l'autre fonction, ce qui aboutit à des conséquences défavorables parce que le régime de responsabilité applicable n'est pas pertinent avec ce que les centres exécutent.

Néanmoins, on ne se contente pas de souligner l'insuffisance des régimes applicables sans proposer une solution. Il s'agit du nécessaire encadrement de la responsabilité des centres dans l'amplitude des fonctions dualiste des centres d'arbitrage (Titre II). On envisage la mise en place d'un système de responsabilité dual qui prend en compte les fonctions exercées par les centres d'arbitrage. Il s'agit d'un régime de responsabilité qui est fondé à la fois sur la responsabilité administrative, qui est soumise aux règles de droit commun de la responsabilité, et pour la responsabilité juridictionnelle, qui se constitue d'un régime de responsabilité limitée et dérogatoire aux règles de droit commun puisque la fonction en cause est juridictionnelle⁵²⁸.

⁵²⁸ Il convient d'indiquer que le système dualiste de responsabilité, proposé dans notre étude, est bien inspiré par l'avis du professeur Loquin évoqué dans son étude sur « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre » *JCP G*, 24 Février 2014, n° 8.

Titre I : L'insuffisance du régime actuel de la responsabilité des centres de l'arbitrage

Dès lors que notre sujet aborde la responsabilité des centres d'arbitrage dans le contexte d'arbitrage international, la mise en cause du même centre d'arbitrage est concevable dans plusieurs systèmes juridiques.

À titre d'exemple, le centre d'arbitrage la C.C.I, est susceptible de voir sa responsabilité mise en cause devant les juridictions françaises évidemment, les juridictions égyptiennes, ou américaines, etc. En raison du caractère international de l'arbitrage et le caractère international des rapports contractuels, à savoir le contrat de direction d'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale, beaucoup des juridictions étatiques peuvent éventuellement connaître les actions en responsabilité. On tire de l'inexistence des règles de responsabilité uniformes applicables aux centres d'arbitrage quel que soit le for saisi l'essentialité d'aborder les règles conflictuelles, le moyen selon lequel la responsabilité des centres est mise en action dans un contexte international, avant d'aborder le régime de responsabilité applicable dans chaque système.

C'est la méthode suivie par chaque juge du for saisi. Il applique d'abord ses règles conflictuelles pour déterminer à la fois sa compétence et la règle matérielle applicable au litige, à savoir les règles de responsabilité applicables aux centres d'arbitrage. Les règles conflictuelles sont la porte qui permet à l'auteur de l'action d'accéder à un système juridique donné grâce auquel il peut réclamer l'engagement de la responsabilité des centres selon les règles matérielles désignées par le for.

Dans cette perspective, on commence ce titre par la mise en action de la responsabilité des centres d'arbitrage (Chapitre1) en expliquant les règles conflictuelles de chaque système qui permettent l'accès aux juridictions étatiques du for saisi et la détermination du régime de responsabilité applicable à la question en cause. Ensuite, on explore les différents régimes actuels de la responsabilité

*Titre 1 : L'insuffisance du régime actuel de la responsabilité des centres de
l'arbitrage*

applicable aux centres d'arbitrages (Chapitre 2) en appuyant sur les points sensibles et soulignant l'insuffisance de chaque système.

Chapitre 1 : La mise en action de la responsabilité des centres d'arbitrage

Dans ce chapitre on démontre les règles conflictuelles applicables par chaque juge du for, envisagé par notre étude, pour déterminer la juridiction compétente (Section 2) ainsi que la loi applicable (Section 3). Pourtant, avant de parler des règles conflictuelles, il convient d'identifier d'abord ce que signifie une action en responsabilité engagée à l'encontre des centres d'arbitrage (Section 1).

Section 1 : L'identification de l'action ; les éléments de l'action en responsabilité

Dans cette section, on tente à identifier l'action en responsabilité engagée contre un centre d'arbitrage. Cela englobe l'identification de l'objet de l'action (sous-section1) ainsi que l'identification des sujets de l'action (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'objet de l'action en responsabilité ; distinction entre l'action en responsabilité et d'autres actions voisines

Il convient de rappeler que les actions en responsabilité intentées contre les centres sont, a priori, des actions de droit commun. Elle implique, soit l'un des litigants, soit l'un des arbitres d'une part, et le centre d'arbitrage d'autre part. L'auteur de l'action reproche, souvent, au centre le manquement d'une obligation lorsqu'il a prononcé une des décisions institutionnelles. Cette contestation ne touche pas le litige arbitral, porté devant le tribunal arbitral, relatif au contrat principal conclu entre les parties dans lequel la convention d'arbitrage est stipulée. Il ne peut y avoir alors de conflit de compétence.

L'auteur de l'action en responsabilité, engagée à l'encontre du centre, ne cherche pas, en principe, l'annulation d'une décision institutionnelle. Il ne cherche pas non plus la rectification d'un mal-jugé. Il réclame seulement l'allocation de dommage-intérêts. Il peut également réclamer, dans une action de résolution du contrat de direction de l'arbitrage, l'allocation des dommages-intérêts en raison d'un prétendu manquement à une obligation lorsque le centre a prononcé sa décision institutionnelle.

Pour rendre l'identification de l'objet de l'action en responsabilité plus facile, il nous paraît pertinent de distinguer l'action en responsabilité des autres actions voisines avec lesquelles on pourrait les confondre. L'action en responsabilité ne concerne pas les actions dans lesquelles l'auteur conteste la licéité d'une décision institutionnelle. Il s'agit de l'action où les litigants sollicitent l'annulation des mesures d'instruction prises par le centre d'arbitrage lors de l'organisation de

l'instance arbitrale. C'est l'hypothèse où l'un des litigants revendique, par exemple, le mal-jugé d'une décision institutionnelle faisant droit à une demande de récusation, et par suite il demande l'annulation de cette décision.

Il est vrai que les deux actions peuvent se croiser dans la conclusion finale, à savoir la réparation du dommage subi du fait de l'annulation de la décision, mais le fondement de chaque action est différent. Dans l'action contestant la décision institutionnelle, la victime se fonde sur le mal-jugé d'une décision institutionnelle pour justifier la réparation de son dommage. Donc, le juge saisi est invité à réviser et contrôler la décision du centre. Par contre, dans l'action en responsabilité, la victime se fonde sur le manquement d'une obligation à la charge du centre lors de la procédure arbitrale qui justifie la réparation du dommage subi.

Il convient d'indiquer que l'intervention du juge étatique dans les actions contestant une décision institutionnelle ne signifie pas l'intervention du juge de droit commun pour recevoir un serment, infliger une astreinte à une partie ou à un tiers aux fins de la révélation d'une preuve, ou trancher une question préjudicielle. Nous ne parlerons pas non plus, de la question relevant des voies de recours. Mais, on aborde l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale et vis-à-vis une décision institutionnelle⁵²⁹.

Quel que soit le sens de la décision institutionnelle, qu'elle fasse droit par exemple à une demande de récusation ou non, elle va mécontenter l'une des parties. La partie mécontente invoquera, de bonne ou de mauvaise foi, les dispositions du droit national donnant au juge une compétence particulière pour statuer, en cours d'arbitrage, sur les incidents de récusation, pour lui demander de se prononcer lui-même. S'il consent à exercer cette compétence spéciale, il se livre alors à un contrôle -au moins indirect- du centre d'arbitrage⁵³⁰.

Pourtant on se demande si le juge d'appui a vraiment la compétence d'exercer un tel pouvoir et un tel contrôle, il s'agit d'annuler une décision institutionnelle, et allouer, à ce titre, une indemnisation à la partie lésée par cette décision défectueuse ou cette décision mal jugée. Admettre cela ne signifie que le juge étatique est autorisé à exercer un pouvoir de contrôle supérieur au centre, ce qui lui permet de juger le bien ou mal-jugé d'une décision.

⁵²⁹ J.-L. Devolvé, « l'intervention du juge », *Rev.arb.* 1980.617

⁵³⁰ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 265.

En France, la réponse n'est pas aussi directe que dans les pays de Common Law. Ceux-ci refusent, comme on verra dans le prochain chapitre⁵³¹, d'engager de toute façon la responsabilité des centres d'arbitrage, quelle que soit l'action portée devant leurs juridictions. De même, la jurisprudence suisse est plus claire que la jurisprudence française sur la question de la recevabilité des actions contestant les décisions institutionnelles. Elle a déclaré irrecevable le recours contre une décision de récusation rendue par un organisme de droit privé⁵³².

Cependant, en France la réponse n'est pas si claire. La position du droit positif français n'a pas changé dans le nouveau droit d'arbitrage après la réforme de 13 janvier 2011. Dans l'affaire « Raffineries d'Homs »⁵³³, la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande d'annulation d'une décision de récusation⁵³⁴. En l'occurrence, la société Raffineries d'Homs a assigné le centre d'arbitrage C.C.I pour annuler sa décision faisant droit à une demande de récusation d'un arbitre sollicité par l'autre partie à l'arbitrage, la société Interexport. Elle a choisi d'intenter une action de droit commun sur le fondement de l'article 1493 al.2⁵³⁵ alors qu'en l'espèce, il n'y avait pas eu de difficulté dans la constitution du tribunal arbitral. Le différend a été réglé par le centre d'arbitrage.

Le tribunal de grande instance s'est fondé sur la volonté commune des parties pour débouter la société Raffineries d'Homs de ses demandes. Il a considéré que l'accord des litigants indique sans équivoque leur volonté de confier à la C.C.I. le soin de trancher tous les problèmes nés de la nomination et de la confirmation des arbitres⁵³⁶.

⁵³¹ V. *infra.*, « Chapitre 2 : Les régimes actuels de la responsabilité des centres d'arbitrage », p. 311.

⁵³² Tribunal Fédéral suisse, 29 oct. 2010 (Valverde), sous note X. Favre-Bulle & M. Viret, « Les arbitres siégeant en Suisse sont bien égaux devant l'exigence d'indépendance et d'impartialité, LPA, 22 fév. 2011 n°37, p. 3 et s.

⁵³³ CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*

⁵³⁴ TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence Française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 552 ; CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*

⁵³⁵ Code de procédure civile français, ancien art. 1493 « *Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457* »

⁵³⁶ CA Paris 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*, p.146 ; Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 24, 25 ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 267

Il a jugé :

« qu'il suffit que les explications des parties, leurs griefs et argumentations respectifs, aient été provoqués et recueillis au préalable par le Secrétariat général de la cour d'arbitrage pour qu'une autorité suffisante de la chose décidée soit reconnue à un acte de police de l'instance arbitrale et qu'il importe peu que les motifs de droit, de fait, ou d'opportunité... des mêmes règles impératives »⁵³⁷.

Par conséquent, il a considéré que cet accord permettait au centre de statuer sur une demande de récusation en dernier ressort.

Cependant, la société Raffineries d'Homs a contesté la décision du tribunal de grande instance de Paris en se prévalant du fait que le centre ait commis une faute lors de la procédure de récusation qui avait été, éventuellement, dans l'intérêt de leurs adversaires. Elle demandait que la décision institutionnelle prise par le centre soit soumise au contrôle judiciaire postérieur au motif que c'est un acte juridictionnel.

Néanmoins, la Cour d'appel a confirmé la décision du premier degré. Elle a affirmé la compétence de la Cour internationale d'arbitrage pour trancher tous les litiges relevant de la constitution du tribunal arbitral selon l'accord des parties (autonomie de volonté).

En revanche, la Cour d'appel s'est montrée plus prudente que la juridiction de premier degré. Elle n'a pas affirmé, de façon définitive, la nature administrative des décisions institutionnelles prononcées par les centres d'arbitrage. Elle a estimé que la nature de la décision, administrative ou juridictionnelle, n'affecte pas sa décision finale prononçant que cette action ne rentre pas dans le champ de la compétence du juge d'appui. Dans son commentaire, l'auteur s'est félicité de la position prise par les juridictions françaises. Il estime que le juge d'appui n'est pas compétent pour contrôler la régularité de toutes les décisions institutionnelles pour plusieurs raisons.

⁵³⁷ CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.* p. 146

La première raison est relative à l'appréciation et au respect de la volonté des litigants qui ont confié le pouvoir de trancher les règles de police de l'instance au centre désigné dans leur convention d'arbitrage. Ainsi, aucun des litigants ne peut rétracter son accord unilatéralement en saisissant le juge d'appui pour annuler une décision du centre d'arbitrage, sauf si la résolution du contrat de direction de l'arbitrage est soulevée ; ceci est une autre question qui est concevable grâce à la résolution judiciaire. Cependant, dans l'hypothèse de l'action contestant la décision institutionnelle, la résolution du contrat n'est pas mise en question.

Au surplus, aux dires du commentateur, une action contestant la décision institutionnelle doit être déclarée irrecevable, car elle masque un recours en annulation non inclus parmi les griefs exclusivement prévu par la loi⁵³⁸. Il revient à la Cour d'appel -saisie d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale- de connaître des griefs que la partie mécontente est en mesure de faire valoir dans le cadre d'article 1520 du CPC. La Cour d'appel vérifie, à ce titre, si le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué.

Sur ce point on souscrit entièrement à cet avis estimant que le contrôle exercé par le juge d'annulation est suffisant pour annuler ou rectifier les pratiques institutionnelles abusives. À vrai dire, si le dommage subi n'est pas réparé par l'annulation, l'indemnisation pourrait être obtenue à travers un autre moyen procédural, l'action en responsabilité le cas échéant. En tout état de cause, on rejoint cette opinion selon laquelle le juge d'appui -qui est saisi comme en matière de référé et qui statue par des ordonnances non susceptibles de recours- ne serait pas compétent pour exercer un tel contrôle⁵³⁹.

De plus, les dispositions de l'article 1460 du CPC (ancien article 1457 du même code) présentent une troisième raison qui justifie le refus de contrôle ultérieur d'une décision institutionnelle. Selon l'article 1460 du CPC, le juge d'appui, saisi en principe de tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral⁵⁴⁰ en cas de défaut d'une personne chargée d'organiser l'arbitrage, statue par ordonnance non susceptible de recours. D'un côté, la convergence entre les termes de l'article 1460 du CPC et la stipulation du règlement des centres prévoyant tous les deux le non

⁵³⁸ *ibid.*, p. 149

⁵³⁹ Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 18

⁵⁴⁰ Code de procédure civil français, Art. 1451 :1454

recours et de l'autre côté, la similitude entre les missions des deux (le centre et juge d'appui) ne nous conduit qu'à refuser l'idée d'un contrôle judiciaire postérieur.

Outre ce qui précède, l'annotateur estime qu'il y a une autre raison factuelle spécifique relative à l'arrêt en cause, affaire « *Raffineries d'Homs* », qui justifie la décision de la Cour d'appel. Dès lors que le siège de l'arbitrage avait été fixé en Jordanie et que la procédure applicable était le Règlement de la C.C.I, et, à son défaut, les règles fixées par les arbitres en s'inspirant de la loi de procédure jordanienne, on peut approuver, en accord avec la décision de la Cour d'appel, que le juge parisien n'est pas compétent sur le fondement d'article 1505 du CPC (ancien article 1493 al.2⁵⁴¹). En principe, l'arbitrage international n'engage pas la juridiction française sauf s'il se déroule en France, ou si la loi de procédure française est applicable⁵⁴².

En soulevant d'emblée le caractère international de l'arbitrage en cause, la Cour d'appel de Paris a confirmé que l'arbitrage est régi par la libre volonté des parties. Les règles du droit interne (articles 1451 et s. du CPC) n'ont donc à son égard qu'un caractère supplétif et ne s'appliquent qu'à défaut de conventions particulières. Par suite, elle a décidé l'irrecevabilité de l'action contestant une décision institutionnelle⁵⁴³.

En revanche, la juridiction française aurait été certainement compétente, si l'action engagée avait été une action en responsabilité. Or, dès lors qu'il s'agit d'une action contestant une décision de récusation, le juge compétent n'est pas le juge de droit commun désigné en fonction des règles de conflit de juridictions, c'est le juge d'appui dans le ressort duquel se déroule l'arbitrage.

Il convient de souligner que l'absence du contrôle étatique postérieur ne s'applique pas uniquement à la décision institutionnelle prononçant la récusation d'arbitre. Elle s'applique dans l'abstrait à n'importe quelle décision institutionnelle. À titre d'exemple, la décision institutionnelle impliquant le contrôle *prima facie* de la validité ou l'opposabilité de la convention d'arbitrage⁵⁴⁴ n'est pas soumise au

⁵⁴¹ « Si l'arbitrage se déroule en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf cause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457 ».

⁵⁴² Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*

⁵⁴³ *ibid.*, p 22, 23

⁵⁴⁴ Conformément aux dispositions de l'art. 1505 du Code de procédure civile français.

contrôle postérieur du juge d'appui à moins qu'il y ait une possibilité d'un déni de justice. Alors, l'intervention du juge étatique est seulement envisagée lorsqu'il y a une impossibilité pour une partie d'accéder à la juridiction arbitrale et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international⁵⁴⁵.

Néanmoins, le juge étatique autorisé à intervenir n'est ni le juge d'appui ni le juge du contrôle qui statue sur voies de recours contre la sentence arbitrale⁵⁴⁶. Il est plutôt le juge du droit commun territorialement susceptible d'être saisi selon les règles de conflit des juridictions des litiges survenant du contrat principal⁵⁴⁷. Il s'agit soit des juridictions du domicile de l'autre litigant -défendeur en action-, soit le lieu d'exécution du contrat ou tout autre lieu ayant un rattachement avec le litige en cause.

Pour notre part, on soutient l'absence de contrôle étatique d'une décision institutionnelle. Cela nous semble parfaitement logique. Le juge étatique ne peut se prononcer sur les actes de police d'arbitrage dirigé sous l'égide d'un centre. C'est le respect de la volonté des parties qui impose de les éloigner de toute intervention juridictionnelle. Les actions contestant les décisions institutionnelles doivent être jugées irrecevables sans aucune exception pour permettre un arbitrage institutionnel ayant « *sa pleine efficacité* »⁵⁴⁸.

Cette irrecevabilité ne porte pas atteinte à la sécurité juridique. La partie mécontente d'une décision de récusation peut la contester ultérieurement lors d'un recours en annulation exercé contre la sentence arbitrale éventuelle. Comme l'indique justement l'auteur, dès l'instant où l'on demande au juge étatique d'exercer un contrôle sur une procédure d'arbitrage international, ce contrôle ne peut avoir lieu que dans les limites définies par les textes propres à la matière, et seulement après le prononcé de la sentence et pour les griefs expressément délimités⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ CA Paris, 22 janv. 1982, *Rev. arb.*, 1982.991, spéc. p.996

⁵⁴⁶ P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui », *op. cit.* p. 149.

⁵⁴⁷ En ce sens *cf.* TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), *op. cit.*, p. 995 ; CA Paris, 27 oct. 2011 (Sté ABC), *Rev. arb.*, 2011.991

⁵⁴⁸ TGI Paris, 13 juill. 1988 (Sté REDEC), note P. Bellet, *Rev. arb.*, 1989.97, spéc. p. 101.

⁵⁴⁹ Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, P. 24, 25

On a vu, que pour des incidents de récusation, une partie pouvait, dans certains cas, invoquer la violation du principe du contradictoire, de l'ordre public international, ou même le non-respect du cadre conventionnel ou réglementaire dans lequel les parties ont confié aux arbitres leur mission. Heureusement, le nouveau droit d'arbitrage a fermé la porte à ces tentatives détournées mises en place par les parties pour bloquer la procédure arbitrale en contestant les décisions institutionnelles.

Le législateur français a reconnu l'autonomie de la volonté des parties en autorisant l'intervention du juge d'appui, pour enlever une difficulté qui se heurte à la procédure arbitrale, à condition que « *les parties en soient convenues autrement* »⁵⁵⁰. Ainsi, dès lors que les parties se mettent d'accord sur un arbitrage institutionnel dirigé par un centre qui s'occupe à son tour de trancher toutes les difficultés relatives à procédure arbitrale, l'intervention du juge d'appui n'est pas concevable⁵⁵¹.

On félicite le législateur français d'avoir rendu la question plus claire dans le nouveau texte. L'esprit et les principes généraux de l'arbitrage privent les juges étatiques de contrôler les décisions institutionnelles. Dire le contraire permet à la partie malhonnête d'utiliser ce recours à la justice étatique de manière dilatoire pour paralyser l'arbitrage⁵⁵².

En revanche, on pense que, au contraire de ce que certains estiment, les actions en responsabilité jointes à la demande de résolution ou d'annulation du contrat d'organisation ne doivent pas être jugées irrecevables, parce que leur objet n'est pas la rectification d'un acte juridictionnel irrégulier⁵⁵³, mais plutôt la réparation du dommage créé par la situation irrégulière. Un dommage qui n'est réparé ni par les voies de recours prévues, ni par la convention de New York ni par l'article 1520 du CPC français.

En effet, la qualification du contrat de direction de l'arbitrage comme un véritable mandat -soutenue par certains auteurs bien que cette qualification nous

⁵⁵⁰ Code de procédure civile français, Art. 1506.

⁵⁵¹ En ce sens cf. E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 25.

⁵⁵² A. de Fontmichel, « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *op. cit.*

⁵⁵³ Situation pourrait être redressée pendant le recours en annulation contre la sentence arbitrale.

paraisse incohérent et doit être rejetée pour les raisons précédemment évoquées- incite certains auteurs à évoquer l'irrecevabilité de l'action en responsabilité sollicitant la résiliation ou la révocation de ce mandat.

La Cour d'appel de Paris a précisé, dans l'arrêt du 4 mai 1988⁵⁵⁴, que le juge ne pouvait « *imposer aux parties, hors leur volonté expresse commune* », la révocation du contrat de direction de l'arbitrage puisqu'elle considère le contrat comme un mandat « *d'intérêt commun* ». Or, à la fin de sa décision, elle a jugé que le mandat d'intérêt commun est susceptible d'une révocation judiciaire pour une cause légitime, bien qu'il ne soit certes pas révocable *ad nutum*⁵⁵⁵.

Cette décision est qui a reçu l'appui du commentateur qui pensait que la demande de la révocation ou la résiliation d'un contrat de direction de l'arbitrage, selon le cas, est licite dès lors que c'est le juge de droit commun qui se prononce. Il n'est pas le juge d'appui chargé, par les articles 1451 et suiv. du CPC, de régler des difficultés surgies lors de constitution du tribunal arbitral, et dont les pouvoirs sont effectivement d'une autre nature et beaucoup plus restreints. Sinon, cela aboutirait à une sorte d'immunité injustifiée⁵⁵⁶.

Cette jurisprudence a été affirmée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire « *Cubic* ». Elle n'a pas accepté l'exception de *fin de non-recevoir* soulevée par le centre à l'encontre de la demande de la société Cubic réclamant la résolution du contrat de direction de l'arbitrage, et la restitution, à ce titre, des frais d'arbitrage résultant de l'effet rétroactif de la résolution⁵⁵⁷.

Ainsi, la distinction entre les actions contestant une décision institutionnelle et une action engageant la responsabilité du centre est bien claire. Bien que les deux types d'actions soient portés devant la juridiction étatique à l'encontre du centre d'arbitrage afin de réparer le dommage causé par le centre, l'objet de chaque action est différent.

⁵⁵⁴ CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 674.

⁵⁵⁵ *id.*

⁵⁵⁶ *ibid.*, p. 675

⁵⁵⁷ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 168

L'auteur de l'action contestant la décision institutionnelle se fonde sur l'article 1505 du CPC pour réclamer l'annulation de la décision (ancien article 1493 al.2.). Par contre, l'auteur d'une action en responsabilité se fonde sur l'article 1382 du Code civil pour réclamer la réparation du dommage lié à un manquement à une obligation.

Outre cette différence, le juge saisi dans chaque action n'est pas le même. Pour les actions contestant la décision institutionnelle, les centres ne sont pas assignés devant le juge de droit commun bien que les demandes soient portées directement devant la juridiction étatique. Ils le sont devant le juge d'appui dans le ressort duquel se déroule l'arbitrage.

L'objet de l'action n'est pas le seul élément de distinction entre l'action en responsabilité et l'action contestant une décision institutionnelle. Certes, il est l'élément essentiel, mais il n'est pas l'élément exclusif. Les sujets de l'action, à savoir les parties aux deux actions, sont l'autre élément de distinction.

Sous-section 2 : Les sujets de l'action en responsabilité

Normalement, la responsabilité des centres d'arbitrage est mise en cause par l'un des litigants à l'arbitrage devant les juridictions étatiques compétentes. Habituellement, le demandeur à l'action est la partie mécontente de la sentence arbitrale. Néanmoins, parfois c'est la partie gagnante à l'arbitrage qui assigne le centre en responsabilité en raison d'une sentence arbitrale ultérieurement annulée à cause d'une faute accomplie par le centre. On étudiera donc dans cette sous-section la position de chaque partie à l'arbitrage ainsi que celle du centre pendant une action en responsabilité.

§1 : L'auteur de l'action : le demandeur à l'action

Souvent le demandeur à l'action est la partie mécontente de l'arbitrage. Il met en cause la responsabilité contractuelle du centre soit en demandant l'annulation du contrat d'organisation soit la résolution du contrat de direction de l'arbitrage. Cette demande est toujours accompagnée par une autre demande : l'allocation de dommages et intérêts pour le dommage subi, le cas échéant.

§2 : Le défendeur : le centre

La personne ayant la qualité de défendeur dans l'action en responsabilité est le centre d'arbitrage. C'est la personne contre laquelle les prétentions figurant dans l'acte introductif et l'action sont dirigées.

En outre, les centres peuvent être assignés en responsabilité indirectement, lorsqu'un arbitre, assigné initialement en justice par l'un des litigants pour le manquement à une des obligations nées du contrat l'arbitre, fait intervenir le centre dans l'action. Bien que le centre reste un tiers au conflit existant entre une des parties à l'arbitrage et l'arbitre, ce dernier peut faire un appel en garantie simple pour appeler le centre dans l'action engagée à son encontre⁵⁵⁸.

L'appel en garantie permet à l'arbitre de s'affranchir de sa responsabilité en faisant condamner à sa place « le garant », le centre, qui est tiers à l'action, lorsqu'il est poursuivi comme personnellement obligé.

Cependant, malgré l'appel en garantie, l'arbitre demeure la partie principale. Il reste le défendeur dans l'action assignée à son encontre. L'appel en garantie ne crée pas de lien juridique entre le demandeur -celui qui a pris l'initiative de l'instance- et le garant, le centre. D'ailleurs, il faut noter que la demande en garantie ne « *survit pas pour autant à l'instance principale dès lors que celle-ci se trouve frappée d'inefficacité dès son origine* »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, « Droit judiciaire privé », manuel, 6^{ème} éd., Litec, 2009, p. 308 :308, 330 :334.

⁵⁵⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, pp. 308 :308, 330 :334.

Il convient d'indiquer que l'hypothèse d'avoir le centre en tant que défendeur en raison d'un appel en garantie fait par l'arbitre, défendeur initial dans l'action, n'est qu'une hypothèse très théorique et exceptionnelle. Il est très rare de trouver le centre assigné en garantie dans la pratique. On n'a pas trouvé une affaire où le centre a été appelé en garantie.

§ 3 : L'autre partie à l'arbitrage

Il s'agit de la partie gagnante à l'arbitrage qui est normalement un tiers à l'action. Il est vrai que le conflit, objet de l'action, survient en principe entre l'une des parties à l'arbitrage et le centre. Toutefois l'autre partie à l'arbitrage pourrait être impliquée dans l'action, le demandeur pourrait la faire intervenir lorsqu'il y a un intérêt de lui rendre commun (opposable) le jugement⁵⁶⁰.

Pourtant, il convient de souligner que l'implication ou l'intervention de l'autre partie à l'arbitrage dans l'action en cours engagée à l'encontre du centre n'est pas impérative, bien que le contrat de direction de l'arbitrage comporte deux parties dont une se compose de deux personnes, à savoir les deux parties de l'arbitrage.

Dans l'affaire de « République de Guinée », la République de Guinée a assigné en justice la C.C.I. sans faire intervenir l'autre partie à l'arbitrage, qui était l'autre cocontractant dans le contrat de direction de l'arbitrage. On tire des termes de l'arrêt énonçant : « *le mandat d'intérêt commun est susceptible d'une révocation judiciaire pour une cause légitime, bien qu'il ne soit certes pas révocable ad nutum* »⁵⁶¹, que l'implication de l'autre partie à l'arbitrage dans l'action en responsabilité n'est que facultative. Le demandeur a le droit de faire intervenir l'autre partie dans l'action ou non.

⁵⁶⁰ Que ce soit le contrat de direction de l'arbitrage est un contrat du mandat en commun ou non, la révocation désignée ici est la révocation judiciaire. L'intérêt de faire intervenir l'autre litigant à l'action en responsabilité engagée contre le centre est de lui rendre le jugement opposable. Sur les questions de mandat d'intérêt commun et la révocation de contrat de mandat cf. A. Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », *op. cit.*; E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 32.

⁵⁶¹ CA Paris, 18 nov. 1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), sous note Ph. Fouchard, *op. cit.*, p. 674

Néanmoins, malgré ce caractère facultatif de l'intervention de l'autre partie à l'arbitrage, elle peut être très utile pour l'auteur de l'action, car elle lui permet d'éviter la remise en cause éventuelle de la décision rendue, en exerçant une tierce opposition. Donc, il est recommandé d'impliquer l'autre litigant dans l'action, à travers l'intervention forcée, pour éviter des surprises malheureuses.

Après avoir identifié l'objet et les sujets de l'action, il nous paraît primordial, pour bien étudier la question de la mise en action de la responsabilité des centres, de rechercher les juridictions compétentes pour une telle action et la loi qui régit une telle responsabilité.

Si le sujet de notre étude s'intéressait à la responsabilité des centres d'arbitrage dans un contexte interne, la réponse aux questions de juridiction compétente aurait été simple et celles relatives à loi applicable inexistante. C'est le juge de droit commun territorialement compétent, selon les dispositions du Code de procédure civile, qui appliquera les dispositions du Code civil. Ces réponses ont été déjà soulevées indirectement lors de l'identification de l'action en responsabilité.

Cependant l'aspect international de notre étude rend la question plus compliquée. Pour cette raison, on consacrerait les deux sections suivantes à démontrer devant quelles juridictions et selon quelle loi la responsabilité des centres peut être recherchée.

Sur le plan pratique, l'élément essentiel pour un litigant c'est la règle matérielle applicable au litige d'après laquelle il pourrait faire prévaloir ses demandes. Or, la règle matérielle applicable est normalement désignée en fonction des règles de droit international privé de la juridiction saisie (méthode conflictuelle).

Alors, un auteur d'action diligent saisirait la juridiction dont la règle de conflit entraîne l'application des règles matérielles favorisant ses demandes. Donc, la compétence de la juridiction saisie est une question préalable qui doit être résolue de façon indispensable avant de se pencher sur celle de la loi applicable au litige.

Dans cette perspective on analyse les règles conflictuelles des quatre systèmes juridiques concernés par notre étude. On respecte le même ordre que celui suivi dans la pratique lorsqu'une partie à l'arbitrage décide d'assigner le centre en justice, afin de rendre notre exposé plus compréhensible, logique, et pratique.

Section 2 : La compétence de juridiction saisie d'une action en responsabilité

Normalement, le juge du for, saisi d'une action en responsabilité engagée contre un centre d'arbitrage, se prononce sur sa compétence avant de rechercher la loi selon laquelle la question de responsabilité des centres doit être réglée. Il vérifie s'il est compétent, en vertu de ses règles de droit international privé.

Étant donné l'aspect comparatif de notre étude la question de la compétence juridictionnelle ainsi que celle de la loi applicable impliquera, en principe, quatre systèmes juridiques : le système juridique français, anglais, américain et égyptien. Pourtant, notre analyse est divisée en trois paragraphes, et non pas quatre, parce que les règles conflictuelles dans les systèmes français et anglais sont régies par les mêmes conventions et règlements européens⁵⁶². Donc les systèmes juridiques français et britannique seront traités sous l'intitulé « Droit européen ». Cependant, on indiquera les règles de conflit propres à chaque système en cas d'inapplication des règlements européens. Dans les deux autres paragraphes, on analysera les règles conflictuelles dans les systèmes des Etats-Unis et de l'Égypte.

Il convient de constater que les règles conflictuelles varient en fonction de la nature du manquement reproché. Les règles conflictuelles prévues en matière contractuelle sont différentes de celles prévues en matière extracontractuelle. Selon les règles de compétence judiciaire, il est normal que le juge saisi d'une action en responsabilité contractuelle soit différent de celui saisi d'une action en responsabilité délictuelle. Ainsi, tout au long de notre étude, on distinguera les hypothèses où la responsabilité est invoquée pour un manquement contractuel de celles où la responsabilité est invoquée à cause d'une faute délictuelle.

Cependant avant de parler des règles conflictuelles, il nous paraît nécessaire de constater si les actions en responsabilité entrent dans le champ d'application des conventions internationales qui régissent la compétence judiciaire en matière civile, commerciale et arbitrale comme les règlements européens Bruxelles I, Bruxelles I refondu et la convention de New York.

⁵⁶² Règlement du conflit de juridictions, Règlement n°. 44/2001, Bruxelles I, Règlement n° 1215/2012, Bruxelles I refondu ; et Règlement du conflit de lois, Règlement, n°. 593/2008, Rome I.

Sous-section 1 : L'applicabilité des conventions internationales relatives à la compétence judiciaire sur l'action en responsabilité

On pense que les règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu s'appliquent assurément à l'action en responsabilité engagée à l'encontre d'un centre. L'exclusion « *des matières arbitrales* » du champ d'application du droit européen de la compétence judiciaire, en matière civile et commerciale, ne concerne pas une telle action. Comme on l'a précédemment montré, l'action en responsabilité est une action de droit commun qui reste entièrement indépendante des matières arbitrales exclues⁵⁶³.

Notre étude n'est pas concernée par l'exclusion de l'arbitrage prévu par le règlement Bruxelles I, puisqu'on n'aborde ni des questions directement relatives à la procédure arbitrale⁵⁶⁴ ni des questions relatives à la validité de la convention d'arbitrage⁵⁶⁵. Bien au contraire, il s'agit, d'une part, des conséquences juridiques nées soit de l'inexécution soit la mauvaise exécution des obligations contractuelles, et d'autre part, les fautes délictuelles accomplies pendant le processus arbitral aboutissant à engager la responsabilité délictuelle de son auteur⁵⁶⁶.

Alors, bien que les dispositions 1.2 (d) du règlement du (CE) N° 44/2001 excluent l'arbitrage de son champ d'application, le règlement s'applique certainement aux actions étudiées. Selon les décisions de la CEJ un litige relève du champ d'application du règlement selon l'objet de ce litige⁵⁶⁷. Un litige concernant la désignation ou la récusation d'un arbitre, la détermination du siège arbitral ou l'extension de la durée de procédure arbitrale, est exclu, par son objet, du champ de la convention. Par contre, un litige concernant la résolution d'un contrat et l'engagement de la responsabilité se rapporte effectivement à la matière civile, et par suite, il entre dans le champ d'application du règlement.

⁵⁶³ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.* p. 176. L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 139.

⁵⁶⁴ On n'aborde pas si un arbitre avait dû être récusé ou non. Cependant, on aborde plutôt si le centre a bien respecté ou non ses obligations contractuelles lorsqu'il a rendu sa décision.

⁵⁶⁵ Cf. TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *op. cit.* ; L. Fumagalli, « Liability of arbitral institutions for the administration of arbitration proceedings », *op. cit.*, p. 69 et s.

⁵⁶⁶ *id.*

⁵⁶⁷ CEJ, 26 Juillet 1991, C-190/89 *Marc Rich* ; 17 Novembre 1998, C-391/95 *Van Uden*.

Cette observation rejoint l'opinion de plusieurs auteurs. Conformément aux écrits de l'auteur, seulement les questions afférentes aux procédures arbitrales sont concernées par l'exclusion. Par conséquent, il estime que les dispositions de compétence judiciaire du règlement ne s'appliquent pas aux actions dont l'objet concerne les décisions institutionnelles⁵⁶⁸. Au surplus, il croit que les hypothèses exclues par l'article 1.4 (d), au sujet lesquelles survient la confusion, sont seulement recevables dans trois cas impliquant l'intervention des juridictions étatiques lors de procédure arbitrale. Il s'agit des décisions judiciaires sur l'existence de la clause compromissoire, la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales et les ordonnances prononçant des mesures provisoires et conservatoires⁵⁶⁹.

En revanche, Fouchard a estimé, qu'en général, la relation contractuelle unissant l'arbitre aux parties et éventuellement au centre d'arbitrage doit être également exclue de l'application du règlement. Il ne peut ni imaginer ni accepter de soumettre, d'un côté, les litiges nés du contrat de direction de l'arbitrage, du contrat de collaboration arbitrale et du contrat d'arbitre aux dispositions de la convention Rome I, et exclure, de l'autre côté, la convention d'arbitrage du champ d'application de cette convention.

Il a justifié sa conclusion par une exigence pratique qui concerne le contrat d'arbitre. Il s'agit de l'hypothèse où le tribunal arbitral se compose de plusieurs arbitres qui résident dans des pays différents. Dans cette hypothèse, le rattachement à l'article 4 (1) présentera de nombreux inconvénients : la responsabilité de chaque arbitre serait appréciée selon des lois différentes. Alors que, selon lui, si cette relation contractuelle est exclue du champ d'application du règlement, la loi applicable au litige sera celle du siège arbitral puisqu'elle est la loi qui a le lien le plus étroit et qui s'applique à tous les arbitres sans distinction⁵⁷⁰.

Cependant, on pense cet argument ne concerne pas le contrat de direction d'arbitrage ou le contrat de collaboration arbitrale. Dans ces contrats il n'y a qu'un seul débiteur de l'obligation de gérer le processus arbitral, à savoir le centre d'arbitrage. Ajoutons que cet avis ne prend pas en compte l'indépendance entre les contrats liant les acteurs de l'arbitrage les uns aux autres.

⁵⁶⁸ En ce sens cf. B. Audit « Arbitration and the Brussels Convention », *Arbitration International*, vol. 9, issue 1, 1993, p.1-25.

⁵⁶⁹ *id.*

Heureusement, Bruxelles I refondu no. 1215/2012⁵⁷¹, applicable aux actions introduites à compter du 10 janvier 2015, a mis fin à ce dilemme juridique relatif à la portée de l'exclusion de l'arbitrage. Le considérant 12 du règlement donne une solution définitive en disposant que les actions en responsabilité des centres invoquées devant les juridictions des États membres sont soumises au règlement Bruxelles I refondu.

Le considérant énonce exclusivement les domaines dans lesquels le règlement ne s'applique pas. Il s'agit d'

« une action ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure ni à une action ou une décision concernant l'annulation, la révision, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, ou l'appel formé contre celle-ci. »⁵⁷².

Les règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu s'appliquent, conformément à l'article 2⁵⁷³, dès lors que le défendeur, le centre d'arbitrage dans notre étude, est domicilié sur le territoire d'un pays membre. C'est-à-dire que le présent règlement s'applique dans l'hypothèse où le centre est domicilié soit sur le territoire français ou les territoires britannique⁵⁷⁴. Sinon, les règles de compétence judiciaire sont réglées selon les dispositions de droit commun de chaque pays membre.

Les règles de compétence judiciaire internationale des États membres sont, d'une part, les dispositions de droit commun propres à chaque pays et, d'autre part, les dispositions communes du règlement Bruxelles I. Alors, pour chaque hypothèse envisagée dans cette section, on examinera les dispositions générales du droit européen, règlement Bruxelles I. En cas d'inapplicabilité du règlement, on exposera

⁵⁷⁰ En ce sens contraire, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité d'arbitrage international commercial », *op. cit.*, p. 573, 577.

⁵⁷¹ Comme la numérotation des articles a été modifiée d'un règlement à l'autre, les articles du règlement n° 44/2001, Bruxelles I ; ceux du Règlement n° 1215/2012, Bruxelles I refondu.

⁵⁷² Règlement no 1215/2012, Bruxelles I refondu, Considérant 12.

⁵⁷³ Règlement no 1215/2012, Bruxelles I refondu, Art. 2.

⁵⁷⁴ M.-L. Niboyet, G. Pradelle, « Droit international privé », 3^{ème} éd, *L.G.D.J.*, 2011, p. 419.

les règles conflictuelles du droit commun de chaque pays concerné, à savoir la France et le Royaume-Uni.

Finalement, en ce qui concerne la Convention de New York de 1958, il convient d'indiquer qu'elle ne s'applique pas à l'action en responsabilité engagée à l'encontre d'un centre d'arbitrage. En effet, la Convention du New York de 1958 s'applique seulement « *à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées... Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées* »⁵⁷⁵. Ainsi, l'action en responsabilité n'entre pas dans le champ d'application de la convention de New York de 1958.

Sous-section 2 : La compétence judiciaire en matière contractuelle

Des parties diligentes et conscientes des problèmes de conflits des juridictions conviendraient, au préalable, de la juridiction compétente pour trancher tout litige éventuel survenant de leur rapport contractuel. La désignation de juridiction est stipulée dans le contrat sous la forme d'une clause souvent appelée la clause d'« *élection du for* ».

Sinon, à défaut d'accord explicite ou implicite des parties, les règles applicables sont celles de compétence judiciaire en matière contractuelle du juge du for. Cette hypothèse est souvent le cas dans le contrat de direction de l'arbitrage, car il est vraiment rare de trouver dans le règlement du centre un article ou une stipulation qui désigne la juridiction compétente en cas de litige lié à ce contrat.

§ 1 : L'élection du for

Les parties se mettent d'accord sur la juridiction compétente. L'accord peut être exprès en stipulant, dans leur contrat, une clause désignant la juridiction compétente en cas du litige éventuel survenant de leur rapport contractuel. Par

⁵⁷⁵ La Convention de New York du 10 juin 1958, Art. I.

ailleurs, l'accord des parties sur la juridiction compétente peut être tacite. Les termes du contrat et les circonstances dans lequel il a été conclu peuvent indiquer de façon non équivoque la volonté des parties de choisir une certaine juridiction pour régler leur litige éventuel, bien qu'elle ne soit pas expressément stipulée dans leur contrat.

A. Le choix exprès

La validité et l'efficacité d'un tel accord dans les différents systèmes juridiques concernées par notre étude seront abordées successivement.

1. Le droit européen

En France ainsi qu'au Royaume-Uni, la clause d'élection du for est autorisée par le droit européen. L'article 23 du règlement Bruxelles I, autorise une prorogation de compétence volontaire tant que la juridiction désignée est celle d'un État membre et que l'une des parties au moins est domiciliée sur le territoire d'un État membre.

Donc, pour qu'une clause attributive de juridiction soit valable il faut qu'elle désigne la juridiction d'un État membre. Le règlement n'entend pas en effet régir une clause, même souscrite par une personne domiciliée dans un État contractant, désignant un tribunal d'un État tiers ; ce tribunal est libre d'apprécier sa compétence. C'est l'effet positif de la clause⁵⁷⁶.

En outre, il faut que l'une des parties au moins à la clause soit domiciliée sur le territoire d'un État membre⁵⁷⁷. Ce facteur réalise l'intégration à l'espace européen qui justifie l'applicabilité du texte.

Cependant, il convient d'observer que les conditions prévues par le règlement ne préjugent pas davantage de la validité d'une clause attributive de juridiction à un tribunal d'un État membre entre les parties domiciliées dans des pays tiers. Cela est logique parce que, dans cette hypothèse, le règlement n'est pas applicable puisqu'aucune partie n'est domiciliée dans un État membre. L'effet d'une

⁵⁷⁶ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », 6^{ème} éd., *Economica*, 2010, p. 486, 487.

⁵⁷⁷ Pour un e.g. cf. CA Paris, 10 Oct. 1990, note Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP*, 1991.605, (clause conclue entre une société établie en Ile Maurice, et une société établie au Lichtenstein, et désignant comme compétents « les tribunaux de commerce de Vaduz ou de Paris »).

telle clause sera également apprécié selon le droit commun de la juridiction désignée⁵⁷⁸.

Donc, dans ce cas, la juridiction saisie n'est pas tenue à appliquer ou de faire respecter les conditions de forme prévues par l'article 23. Elle doit juste vérifier la validité de cette clause d'après ses propres règles de compétence judiciaire, par exemple l'article 48 du CPC si le juge saisi est le juge français. Il convient d'indiquer que l'article 23 du règlement n'exige pas que la juridiction désignée soit le « *forum conveniens* ». C'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que la juridiction désignée par la clause présente le lien le plus étroit avec le contrat⁵⁷⁹.

Néanmoins, il faut noter qu'en matière civile et commerciale le régime de prorogation volontaire de compétence, défini par les articles 23 et 24 du présent règlement est remplacé, respectivement par les articles 25 et 26 du règlement Bruxelles I refondu n° 1215/2012⁵⁸⁰ dans les actions introduites depuis le 10 janvier 2015⁵⁸¹. Le dernier règlement, Bruxelles I refondu, porte quelques modifications au régime de prorogation de compétence volontaire.

Avec l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I refondu, l'exigence, dans la clause attributive de juridiction, de la domiciliation au moins de l'une des parties sur le territoire d'un État membre n'est plus prévue comme une condition de validité de la clause. L'article 25 du règlement Bruxelles I refondu admet qu'une clause attributive de juridiction désigne les tribunaux d'un État membre pour des parties domiciliées dans des pays tiers⁵⁸².

L'autre modification que le règlement Bruxelles I refondu a insérée est le contrôle de la validité de la clause attributive de juridiction d'après le droit commun du for. Selon les termes de l'article 25, la contestation de la validité de la clause attributive est autorisée lorsque celle-ci ne correspond pas aux conditions de fond

⁵⁷⁸ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 486, 487

⁵⁷⁹ CJCE, Gasser c. Missat, aff.C-116/02, arrêt du 9 décembre 2003. Dans cet arrêt la Cour européenne a jugé que la règle de litispendance pouvait être écartée en cas de compétence exclusive du juge dans un litige portant sur un immeuble, mais pas en cas de compétence exclusive en vertu de l'article 23, à savoir les clauses attributives de juridiction. Il faut attendre que la juridiction saisie en premier lieu déclare son incompétence pour que la juridiction désignée par les parties dans leur clause attributive de juridiction et saisie en second lieu soit compétente.

⁵⁸⁰ Comme la numérotation des articles a été modifiée d'un règlement à l'autre, les articles du règlement n° 44/2001 seront mentionnés avec l'indication « BI » ; ceux du Règlement n° 1215/2012, seront mentionnés avec l'indication « Bruxelles I refondu ».

⁵⁸¹ M.-L. Niboyet, G. Pradelle, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 318 et s.

⁵⁸² *id.*

prévues par le droit commun de la juridiction désignée. Cela pourrait donner lieu à des conditions de validité supplémentaires à celles prévues par le règlement Bruxelles I refondu. À titre d'exemple, le principe de « *forum conveniens* » serait une condition supplémentaire de la validité d'une clause désignant la juridiction anglaise puisque le droit anglais l'exige pour que l'élection de la juridiction anglaise soit valide.

Alors, à cause de cette modification nouvelle, le droit commun des pays membres jouerait un rôle encore plus significatif. Par conséquent, pour bien aborder la validité d'une clause attributive de juridiction désignant soit la juridiction française soit la juridiction anglaise, il nous paraît essentiel d'analyser les conditions de validité prévue par chaque système.

En France, sur le plan pratique, le droit commun des clauses attributives des juridictions ne joue plus qu'un rôle résiduel pour deux raisons. En premier lieu, la plupart des clauses de ce type dont les tribunaux français ont à connaître sont insérées dans des contrats couverts par le droit européen de la compétence internationale, à savoir règlement Bruxelles I. D'ailleurs, en pratique, il est très rare d'être confronté à des cas où le rapport de droit privé à l'occasion duquel la clause a été conclue n'entre pas dans le domaine matériel du droit européen de la compétence⁵⁸³. Cela ne sera pas envisageable même dans l'hypothèse où ni le demandeur ni le défendeur n'ont leur domicile sur le territoire français en raison de la réforme du règlement Bruxelles I refondu.

En deuxième lieu, les dispositions de droit commun français, en matière de compétence internationale, ne prévoient pas d'autres conditions que celles prévues soit par l'article 23 soit par l'article 25. En tout cas, une clause désignant la juridiction française doit donc correspondre, conformément au principe de transposition des règles internes aux matières internationales, aux conditions de validité prévues par l'article 48 du CPC.

C'est le principe de transposer les règles de compétence interne aux matières de compétence internationale. Il est un principe bien connu en droit français. Selon ce principe, la compétence des juridictions françaises en matière internationale est déterminée par l'extension, à l'ordre international, des règles de compétence

⁵⁸³ P. Bourel, Y. Loussouran, P. de Versaille-Sommières, « Droit international privé », 10^{ème} éd., Dalloz, 2013, spéc. p. 721.

territoriale interne. Depuis l'arrêt « *Pelassa* »⁵⁸⁴, suivi par la décision de l'arrêt « *Scheffel* »⁵⁸⁵, la Cour de cassation a formellement énoncé le principe d'étendre à l'ordre international les règles internes de compétence.

Selon l'article 48 du CPC « *toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ».

Toutefois, il ne faut pas en déduire que ces clauses ne sont licites qu'entre commerçants. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 17 décembre 1985, a retenu que « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licite lorsqu'il s'agit d'un litige international [...] et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* »⁵⁸⁶.

Il faut constater que malgré l'exigence prévue par l'article 48 du CPC disposant que la clause doit faire l'objet d'une stipulation expresse, ni la loi, ni la jurisprudence n'exige l'existence d'un lien quelconque entre le pays désigné (juridiction française) et ledit litige⁵⁸⁷. C'est-à-dire que la juridiction française n'exige pas le principe de « *forum conveniens* ».

Ainsi, la juridiction française pourrait se reconnaître compétente, si une société américaine la saisit pour engager la responsabilité d'un centre d'arbitrage égyptien dont le règlement stipule une clause attributive de la juridiction française pour trancher tout litige qui surviendra lors de l'exécution du contrat de direction de l'arbitrage.

Pourtant, la situation au Royaume-Uni en un peu différente. Le droit commun anglais de compétence judiciaire en matière internationale joue un rôle significatif en raison des conditions de fond supplémentaires qu'il exige. Des

⁵⁸⁴ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 305; Cass. Civ. 1^e, 9 oct. 1959, note G. Holleaux, *D.* 60.37; obs Sialelli, *JDI*, 60.486.

⁵⁸⁵ Cass. Civ. 1^e, 30 oct. 1962, note G. Holleaux, *D.* 63.109; note Francescakis, *RC*, 63.387; obs Sialelli, *JDI*, 63.1072. Ce principe reste applicable même après la promulgation de nouveau Code de procédure civile, En ce sens cf., Cass. Civ 1^e, 6 nov. 1979 (Nassibian) ; Cass. Civ. 1^e, 13 Janv. 1981, note Gaudement-Tallon, *RC*, 81.331; note A. Huet, *JDI*, 1981.360; Cass. Civ. 1^e, 7 mars 2000, note Ancel, *RC*, 00.458.

⁵⁸⁶ Cass. Civ. 1^e (Cie de signaux et d'entreprise electriques), *Rev. crit. DIP*, 1986.537, note Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986. IR 265, obs. Audit.

⁵⁸⁷ P. Bourel, Y. Loussouran, P. de Verseille-Sommières, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 721 ;

conditions qui ne sont pas prévues par le règlement Bruxelles I refondu, sont pourtant nécessaires pour la validité d'une clause attributive de la juridiction anglaise⁵⁸⁸.

Généralement, le droit international privé anglais reconnaît le principe de « *Serve a defendant out of jurisdiction* » qui autorise les juridictions à accepter leur compétence pour un défendeur non domicilié sur le territoire anglais⁵⁸⁹. Pourtant, il faut que l'auteur de l'action obtienne une autorisation judiciaire pour pouvoir assigner son adversaire devant une juridiction autre que celle du ressort du défendeur; ci-après appelée défendeur non domicilié.

La jurisprudence anglaise a statué sur les conditions nécessaires pour obtenir une telle autorisation dans l'arrêt « *Seaconsar Far East Ltd v Bank Markazi Jomhuri Islami Iran* »⁵⁹⁰. Ce sont trois conditions cumulatives. En premier lieu, il faut que l'action introduite soit sérieuse⁵⁹¹. C'est une condition abstraite qui doit être respectée pour obtenir l'autorisation. En deuxième lieu, il faut que la juridiction anglaise, devant laquelle l'action est introduite, soit le « *forum conveniens* », c'est-à-dire que l'auteur de l'action doit montrer au juge que la juridiction anglaise est la juridiction la plus liée au conflit en cause⁵⁹². En dernier lieu, l'autorisation d'exercer compétence sur un défendeur non domicilié doit être attribuée en conformité aux dispositions de l'article 6.36 du « *Civil Procedure Rules* »⁵⁹³ ci-après appelé ("CPR")

Selon l'article 6.36 du CPR, un défendeur peut être attiré devant une juridiction autre que celle de sa domiciliation seulement dans les cas prévus par le paragraphe 3.1 du « *Civil Procedure Rules Practice Direction* » ("CPRPD") 6B. Ce paragraphe prévoit plusieurs cas dans lesquels l'autorisation peut être obtenue. Parmi ces cas figurent les matières contractuelles, délictuelles et les clauses attributives de juridiction que la jurisprudence anglaise appelle « *agreement on jurisdiction* »⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ Règlement Bruxelles I refondu, Art. 5

⁵⁸⁹ A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », commercial conflicts of Laws in English courts, 4^{ème} éd., HART, 2010, spéc. p. 221.

⁵⁹⁰ *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhuri Islami Iran* [1994] 1 AC 438.

⁵⁹¹ A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 221.

⁵⁹² *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhuri Islami Iran* [1994] 1 AC 438 ; cf. A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 221, spéc. p. 237.

⁵⁹³ Civil Procedure Rules, Art. 6.36.

⁵⁹⁴ A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 230

Pour les clause d'élection du for, la dernière condition est remplie puisque le paragraphe 3.1 du CPRPD 6B prévoit la clause attributive comme un des cas qui autorise à la juridiction désignée de se déclarer compétent à l'égard d'un défendeur non domicilié. Il reste alors à vérifier que l'action est sérieuse et que la juridiction désignée est le *forum conveniens*.

En général, la *common law* anglaise permet un tel type de clauses attributives de juridiction⁵⁹⁵. Cependant les conditions de validité sont plus sévères que celles exigées par le droit international privé français. Par exemple, la condition de *forum conveniens* est une condition de fond anglaise qui n'existe ni dans le droit commun français ni dans le droit européen.

Finalement, si la clause attributive de juridiction est jugée non valable, la juridiction compétente sera désignée conformément aux dispositions de l'article 5 du règlement tant que la domiciliation du défendeur est fixée dans un État membre. Mais, si ce dernier n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la question sera appréciée selon les dispositions de droit commun de la juridiction qui a déjà prononcé la non-validité de la clause des parties.

2. Droit américain

Les règles du droit américain de la compétence judiciaire ont la réputation d'être vagues et compliquées. Même les auteurs américains l'admettent⁵⁹⁶. La compétence judiciaire est divisée en deux : compétence territoriale et compétence d'attribution.

Le concept de compétence territoriale est comparable à celui reconnu dans les pays de droit civil, en matière civile et commerciale⁵⁹⁷. Pourtant, la compétence d'attribution en procédure civile américaine est déterminée en fonction de l'objet de l'action. La compétence n'est pas la même pour les actions personnelles (personal jurisdiction) et pour les actions patrimoniales ou *in rem* (jurisdiction *in rem*)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ *ibid.*, p. 316 ; *The Chaparral* [1968] 2 Lloyd's Rep 158; *OT Africa line Ltd v. Magic Sportswear Corp.* [2005] 2 Lloyd's Rep 170.

⁵⁹⁶ K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *Cornell Law Library*, 2004, p. 91.

⁵⁹⁷ *id.*

⁵⁹⁸ La compétence non personnel « *jurisdiction in rem* » concerne souvent les actions portant sur des biens, alors que la compétence personnelle « *jurisdiction in personam* » touche les actions intentées à

Comme les actions de responsabilité contractuelle sont des actions personnelles, on s'attachera à expliquer en détail la "personal jurisdiction" en droit américain.

Il convient d'indiquer que la Cour Suprême de Justice, à l'instar du droit international français, transpose les règles de compétence interne du droit américain aux matières internationales⁵⁹⁹. Par conséquent on fait référence aux arrêts de la Cour suprême américaine, bien qu'ils régissent des questions de compétence judiciaire interne, pour exposer les règles de compétence internationale en droit américain.

Conformément à l'article 4 du « Federal Rules of Civil Procedure » ("FRCP") et à la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice, le principe "d'application régulière de la loi" « *Due process clause* », reconnu par le 5^e et le 14^e amendement de la constitution américaine, exige qu'un défendeur ne puisse être attiré que devant une juridiction où il est présent. Ainsi, en principe, dans les actions personnelles la juridiction de chaque État est exclusivement compétente pour trancher tous les litiges impliquant à la fois les personnes et les biens qui sont "présents" sur son territoire⁶⁰⁰. Ce type de compétence est appelé "personal jurisdiction" qui donne la compétence d'une juridiction sur le défendeur.

La Cour Suprême dans une série des décisions a défini la signification du terme "présent". En principe, un défendeur domicilié et résident de l'État dont la juridiction est saisie est évidemment considéré "présent"⁶⁰¹. La Cour Suprême a élargi la signification du terme "présent" en divisant la compétence personnelle en deux types de compétence. La « general personal jurisdiction » ("GPJ") et la « specific personal jurisdiction » ("SPJ").

Une juridiction aura la "GPJ" à l'égard d'un défendeur non domicilié tant qu'il est une personne physique en contact continu avec l'État du for saisi, ou tant

l'encontre des personnes (physique ou morale) afin d'engager leur responsabilité. La dernière compétence est la compétence qui se rapporte à notre étude.

⁵⁹⁹ K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *op. cit.* ; *Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court of California*, 480 U.S. 102 (1987); *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A v. Hall*, 466 U.S. 408, (1984); *Perkins v. Benguet Consol. Min. Co.*, 342 U.S. 437 (1952); *Omni Capital Intern., Ltd. v. Rudolf Wolff & Co., Ltd.*, 484 U.S. 97 (1987) (construing federal rules of civil procedure's implementation of international jurisdiction).

⁶⁰⁰ K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 91, 92

⁶⁰¹ *D'Arcy v. Ketchum*, 52 U.S. 165, (1850).

que le défendeur non domicilié accepte volontairement la compétence d'une juridiction autre que celle de sa domiciliation⁶⁰².

Cette acceptation peut être tacite lorsque le demandeur est attiré devant une juridiction autre que celle de son domicile et le défendeur se présente devant le juge sans soulever l'incompétence du juge saisi. L'acceptation peut être aussi explicite, il s'agit de l'élection consensuelle du for, appelée "*forum selection clause*". Ce type de clause attributive de juridiction rend la juridiction, choisie par les parties, compétente sous réserve du respect de la condition du "*forum non conveniens*"⁶⁰³ à l'instar de droit anglais.

En revanche, le contact continu avec l'État du for n'est pas un critère suffisant pour engager la "GPJ" du for saisi sur des personnes morales non domiciliées. Il faut que la personne morale soit un résident de l'État (*considered at home*) pour qu'un juge du for engage sa compétence personnelle générale à l'égard du défendeur⁶⁰⁴. En principe les personnes morales sont résidents dans les États où elles sont enregistrées ou bien où elles exercent leur activité principale⁶⁰⁵.

A l'exception d'une clause attributive consentie par un centre d'arbitrage non américain, cette personne morale ne peut pas être attiré en responsabilité devant les juridictions étatiques américaines sur le fondement de la compétence personnelle générale parce que la jurisprudence considère par défaut que chaque personne morale non américaine n'est pas « *at home* »⁶⁰⁶.

Cependant, la "SPJ" peut être le fondement permettant au juge américain de se déclarer compétent à l'égard d'un défendeur non domicilié, qu'elle soit une personne physique ou morale, bien que ce défendeur ne soit pas en contact continu avec le for. Selon la compétence personnelle spécifique, le défendeur ne doit pas nécessairement être présent, de manière permanente, sur le territoire d'État dont la juridiction est saisie pour que la compétence de cette dernière soit admise⁶⁰⁷.

⁶⁰² *D'Arcy v. Ketchum*, 52 U.S. 165 (1850).

⁶⁰³ U.S. Code, Title 28, Art. 1404 (a).

⁶⁰⁴ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

⁶⁰⁵ *Hertz Corp. v. Friend*, 559 U.S. 77 (2010).

⁶⁰⁶ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

⁶⁰⁷ K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 93

La présence temporaire⁶⁰⁸ du défendeur non domicilié est suffisante pour engager la compétence du tribunal dans le ressort duquel le demandeur est domicilié. Cependant, une présence occasionnelle n'est pas suffisante pour engager la compétence du for. La présence temporaire⁶⁰⁹ valable pour fonder de la compétence du for suppose que le défendeur a un contact minimum avec l'État du for saisi. Elle suppose aussi que le défendeur a délibérément profité des lois de l'État du for. Il faut que la cause de l'action, le manquement à l'obligation contractuelle, soit survenue dans l'État du for. Enfin, il faut que cette compétence personnelle spécifique soit raisonnablement prévisible pour le défendeur⁶¹⁰. Être raisonnablement prévisible dans un contexte commercial, notamment le marché des services, suppose que le défendeur a délibérément ciblé le marché du for saisi, et par conséquent, la possibilité de voir sa responsabilité engagée en raison de son activité exercée dans le territoire du for est envisageable⁶¹¹.

Il convient d'indiquer que les règles de compétence personnelle générale ou spécifique s'appliquent en matière contractuelle ou délictuelle sans distinction. Par exemple, la conclusion d'un contrat dans un État donné constitue un contact minimum avec l'État ce qui fonde la compétence personnelle spécifique des juridictions de cet État. De même, le fait générateur d'un dommage commis dans un État donné constitue un contact minimum avec l'État ce qui fonde la compétence personnelle spécifique des juridictions de cet État.

Comme indiqué ci-dessus, l'acceptation volontaire de la compétence d'une juridiction, par une clause attributive de juridiction, est reconnue par la jurisprudence américaine. Elle est reconnue comme une sorte de "GPJ" qui autorise la juridiction désignée à exercer sa compétence sur le défendeur non domicilié⁶¹².

La Cour suprême a considéré que les clauses attributives de juridiction, surtout dans le contexte de droit des affaires internationales, jouissent d'une validité *prima facie* et par conséquent exécutable à moins que la partie contestant la clause prouve que la stipulation d'une telle clause n'est pas raisonnable⁶¹³. À tire

⁶⁰⁸ Il s'agit de la présence momentanée « *Transient jurisdiction* ».

⁶⁰⁹ Dès fois appelé présence morale

⁶¹⁰ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), *J. McIntyre Mach., Ltd. v. Nicastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011).

⁶¹¹ *J. McIntyre Mach., Ltd. v. Nicastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011).

⁶¹² K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 93, 34

⁶¹³ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, 407 U.S. 1 (1972).

d'exemple, une clause attributive de juridiction n'est pas raisonnable si elle désigne une juridiction qui n'a aucun lien ni avec les parties ni avec le contrat en cause.

Au surplus, le législateur new-yorkais va un peu plus loin que la Cour suprême des États-Unis, car il considère comme valide toute clause attributive de juridiction en faveur d'une juridiction new-yorkaise, même si l'État de New York n'a aucun lien avec le contrat, tant que la valeur du contrat en cause n'est pas inférieure à un million dollars⁶¹⁴.

3. Droit égyptien

Les règles de compétence judiciaire sont prévues par la loi n^o. 13/1968 (Code de procédure civile et commerciale). Elles reconnaissent la validité des clauses attributives de juridiction à l'égard des tribunaux égyptiens. Selon l'article 32 du Code de procédure civile et commerciale, la juridiction égyptienne est compétente pour connaître d'un litige international, si le défendeur étranger a accepté, antérieurement ou postérieurement, tacitement ou expressément, la saisie de la juridiction égyptienne pour trancher le litige. Ainsi, les clauses attributives de juridiction sont valables en droit égyptien tant qu'elles ne s'opposent pas aux règles de compétence judiciaire impérative qui sont d'ordre public.

Il convient d'indiquer qu'à l'instar du droit positif français, le droit international privé égyptien n'exige pas la condition de « *forum conveniens* » comme une condition de validité de la clause attributive de juridiction.

B. L'élection implicite du for

Parallèlement, la prorogation de compétence pourrait être tirée de la volonté implicite des parties. Certains systèmes juridiques ont reconnu expressément la validité d'une telle prorogation implicite.

1. Le droit européen

Selon les termes de l'article 24 du règlement du règlement Bruxelles I et l'article 26 du règlement Bruxelles I refondu⁶¹⁵, la prorogation tacite de compétence judiciaire est autorisée. L'article 24 prévoit qu'« *outré les cas où sa compétence*

⁶¹⁴ N.Y. GOB. LAW § 5-1402

⁶¹⁵ Règlement Bruxelles I refondu, Art. 26

résulte d'autres dispositions du présent règlement, le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22 »⁶¹⁶.

Il suffit que le défendeur se présente, sans contester la compétence, devant la juridiction d'un État membre qui n'est pas en principe la juridiction compétente, pour que cette dernière se reconnaisse compétente.

2. Droit américain

En droit américain, la "GPJ" autorise la prorogation implicite de la compétence juridictionnelle. Le consentement à cette prorogation pourrait être présumé lorsque le défendeur renonce à son droit de contester la compétence personnelle de celui-ci⁶¹⁷.

À titre d'exemple, dans l'affaire « *GGM* » la juridiction américaine s'est reconnue compétente pour une action engagée à l'encontre de la C.C.I., bien que le défendeur soit domicilié en France⁶¹⁸. Bien que le règlement de la C.C.I., qui est d'ailleurs le contrat de direction d'arbitrage conclu entre la C.C.I. et la société *GGM*, ne prévoie pas la compétence des juridictions américaines pour tous les contentieux qui pourraient résulter de l'exécution du contrat de direction de l'arbitrage, la Cour américaine s'est déclarée compétente en jugeant que la C.C.I. avait accepté tacitement la compétence de la juridiction américaine parce que la C.C.I. n'avait pas soulevé l'exception d'incompétence.

3. Droit égyptien

De la même manière que le droit américain, le droit égyptien reconnaît, également, la prorogation implicite de compétence judiciaire. Selon l'article 32 Code de procédure civile et commerciale, la compétence des juridictions

⁶¹⁶ M.-L. Niboyet, G. Pradelle, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 375

⁶¹⁷ K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 93, 34; En ce sens *cf. Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F.Supp.2d 442 (S.D.N.Y. 2008).

⁶¹⁸ *id.*

égyptiennes est considérée tacitement acceptée par le défendeur lorsqu'il se présente devant ces juridictions sans contester leur compétence.

La renonciation au droit de soulever l'incompétence des juridictions égyptiennes est la présomption d'une acceptation tacite de sa compétence. Néanmoins, la Cour de cassation égyptienne considère que les règles de compétence judiciaire sont d'ordre public, par conséquent, la renonciation au droit de soulever l'incompétence des juridictions égyptiennes devant la juridiction du premier degré, n'empêche pas le défendeur d'en soulever pour la première fois devant la juridiction du premier degré. Elle a jugé que la prorogation de la compétence judiciaire des tribunaux égyptiens ne change pas le fait que les règles de compétence judiciaire sont d'ordre public, ce qui permet au défendeur de soulever l'incompétence des juridictions égyptiennes même après avoir soulevé une défense au fond. Ce type de renonciation n'est pas considéré comme une prorogation implicite de compétence judiciaire⁶¹⁹.

§ 2 : L'absence de l'accord des parties sur la juridiction compétente

C'est l'hypothèse dans laquelle les parties ne désignent ni expressément ni implicitement dans leur contrat la juridiction compétente. C'est souvent la majorité des cas dans la plupart des contrats de direction d'arbitrage. Il est très rare de trouver un règlement de centre d'arbitrage prévoyant une clause attributive de juridiction.

Dans les quatre centres, objet de notre étude, aucune règle ne prévoit la loi applicable, ni la juridiction compétente en cas de litige survenant au présent règlement qui fait la loi entre le centre et les parties ou le centre et les arbitres.

Étant donné l'absence d'accord des parties sur la juridiction compétente, le juge du for détermine sa compétence en fonction des règles de compétence judiciaire en matière contractuelle. Souvent les règles de droit international privé autorisent, en matière contractuelle, une dérogation au principe général prévoyant la compétence du tribunal de domicile de défendeur, à savoir la compétence spéciale.

Selon ces règles, un tribunal, autre que celui du domicile du défendeur, pourrait être compétent pour se saisir du litige à condition qu'il ait le lien le plus

⁶¹⁹ Cass. Egy. 11 juin 2013, n° .5019, année judiciaire 81.

proche avec le rapport contractuel. La détermination de la compétence du tribunal dépend du chef de compétence considéré le plus lié au contrat selon la règle conflictuelle applicable. Le chef de compétence, déterminant la compétence judiciaire, peut être le lieu de la conclusion, de l'exécution, de la négociation du contrat, etc.

1. Le droit européen

D'après l'article 2 du règlement Bruxelles I, si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre, il est attiré devant les juridictions de cet État quelle que soit sa nationalité. Pourtant, l'article 5 du règlement contient une dérogation au principe général de l'article 2. Il prévoit la compétence spéciale d'un tribunal, autre que celui du lieu du domicile du défendeur, en matière contractuelle. Il s'agit du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Donc, en principe, tous les centres d'arbitrage domiciliés en France, contre lesquels des actions en responsabilité sont intentées, peuvent être attirés devant les juridictions françaises. Pourtant, comme il s'agit d'une relation contractuelle, ces centres pourraient aussi être attirés devant les juridictions d'un autre État membre, si la prestation de service est réputée réalisée dans un lieu autre que celui du siège du centre.

Pour savoir si un centre d'arbitrage pourrait être attiré devant une autre juridiction que celui de son siège, il faut déterminer au préalable le lieu de l'exécution du contrat de direction de l'arbitrage. Si le centre d'arbitrage est présumé exécuter son contrat dans un autre lieu que de son siège, il peut donc être attiré devant une autre juridiction autre que celle du pays de son siège.

La jurisprudence française a répondu à cette question, à savoir le lieu d'exécution du contrat de direction de l'arbitrage, lorsqu'elle était invitée à déterminer la loi applicable au contrat de direction d'arbitrage. En premier temps, le TGI de Paris a considéré, dans sa décision du 21 mai 1997, que "le lieu d'exécution

des prestations" fournies par la C.C.I est à Paris⁶²⁰. Pareillement, la Cour d'appel de Paris a considéré, dans l'arrêt du 22 janvier 2009, que « *les relations de la société SNF et de la C.C.I étant de nature contractuelle, les prestations fournies par la Cour internationale d'arbitrage située à Paris, relèvent de la loi française.* »⁶²¹.

Il est vrai que ces deux décisions judiciaires ne relèvent pas directement de notre sujet puisque le lieu d'exécution n'a pas été déterminé pour désigner la juridiction compétente, mais pour désigner la loi applicable. Cependant, le fait que le lieu d'exécution a été retenu lorsque le juge était invité à déterminer la loi applicable laisse à penser que le lieu d'exécution du même contrat ne change pas lorsqu'on cherche la juridiction compétente. La question du lieu d'exécution du contrat a été déjà constatée par la jurisprudence française lorsque la question a été soulevée pour déterminer la loi applicable ou déterminer la juridiction compétente.

À notre avis, si le siège du centre est le lieu d'exécution du contrat, le siège arbitral est juste le lieu de l'exécution matérielle qui n'est plus qu'une question de fait puisqu'elle implique la mise en œuvre matérielle d'un acte juridique déjà exécuté. À l'égal du juge, il exécute sa mission lorsqu'il rend sa décision, et non lorsqu'il met le coupable en prison. L'obligation du juge est exécutée en rendant sa décision judiciaire. La mise en prison du coupable ne fait pas partie de l'exécution de l'obligation de rendre la justice. Il s'agit de la mise en exécution de la décision de justice qui relève de la compétence du pouvoir exécutif.

Ajoutons d'éminents auteurs ont considéré que la loi applicable doit être celle du siège du centre permanent d'arbitrage. Cette loi est la loi qui a les meilleures raisons de s'appliquer du fait du rôle que les centres jouent pendant l'arbitrage. On se réfère alors au règlement du centre, à la pratique et à l'environnement juridique, tandis qu'à l'égard des arbitres les organes participent à leur désignation et assurent un certain contrôle sur leur mission⁶²². Toutes ces raisons permettent de considérer que le lieu de siège du centre détermine la loi la

⁶²⁰ TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *Rev. arb.*, 1997. 417 et s.

⁶²¹ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*

⁶²² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 573, spéc. p.576

plus liée au contrat, on pense qu'elles sont suffisantes pour nous persuader d'accepter le siège du centre comme le lieu de l'exécution du contrat.

Étant conscient que le lieu d'exécution des prestations du contrat de direction de l'arbitrage est celui du siège de centre, une action en responsabilité intentée à l'encontre de la C.C.I peut alors être portée devant la juridiction parisienne⁶²³.

Donc, par exemple, en matière de récusation, dans un arbitrage C.C.I où le centre est situé à Paris et l'un des membres du tribunal arbitral réside à Londres. Si l'une des deux parties veut assigner en responsabilité la C.C.I pour le manquement de l'indépendance du centre lorsqu'il a fait droit à la demande de récusation, elle doit porter son action devant juridiction parisienne parce que la décision de récusation est bien prise par la C.C.I à Paris⁶²⁴. Certes, le remplacement aura lieu à Londres, mais cela n'empêche pas, cependant, que le lieu où la décision a été rendue est à Paris : le lieu du secrétariat de la Cour d'arbitrage.

Pareil pour la détermination du lieu d'exécution du contrat de collaboration arbitrale. On estime que l'exécution de la prestation caractéristique à la charge du centre ne pourrait avoir lieu qu'au siège du centre d'arbitrage. Cependant, il ne faut pas confondre le lieu d'exécution du contrat de collaboration arbitrale et le lieu d'exécution du contrat d'arbitre, le droit applicable à l'exercice de la mission des arbitres n'est pas toujours le même. Cela dépend de la *lex arbitri* qui est liée le plus souvent au siège arbitral. Or, une des caractéristiques de l'arbitrage de la C.C.I est que le siège de l'arbitrage est fixé soit par les parties, soit par la Cour internationale d'arbitrage, dans les pays les plus divers⁶²⁵.

En revanche, si les règlements communautaires ne sont pas applicables parce que le centre n'est pas domicilié dans un État membre, la compétence judiciaire est régie en fonction des règles de compétence judiciaire internationale de chaque système.

⁶²³ e.g. CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* En ce sens V. ASA n° 40, *Arbitral Institutions under Scrutiny*, p. 164

Bien que l'hypothèse d'inapplicabilité du droit européen soit pratiquement très rare, il nous semble quand même nécessaire de faire référence au droit commun de la compétence judiciaire internationale français et anglais. *A priori*, cette hypothèse suppose que le défendeur, le centre d'arbitrage, n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, car, sinon, les règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu s'appliquent sans doute⁶²⁶.

En droit français positif, grâce au principe de « *la transposition des règles aux matières de compétence internationale* »⁶²⁷, les règles applicables en matière de compétence judiciaire internationale sont les règles de droit commun qui impliquent, à la fois l'ensemble des règles de compétence interne prévues dans le Code de procédure civile⁶²⁸ et, à titre subsidiaire, les articles 14 et 15 du Code civil.

Ainsi, les dispositions du Code de procédure français, article 42 et s., sont appelés à jouer dans un contexte international⁶²⁹. À titre d'exemple, le tribunal compétent, en matière contractuelle, sera celui du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service (règles ordinaires de compétence internationale des juridictions française)⁶³⁰.

Selon l'article 46 du CPC (ancien article 420 du Code de procédure civile), l'auteur d'une action en responsabilité contractuelle aurait la possibilité de saisir le tribunal du lieu de la prestation de service. Il donne au plaideur, en matière internationale, le droit de choisir, selon le cas, des ordres juridictionnels autres que l'ordre juridictionnel du lieu où demeure le défendeur. Donc, le plaideur peut saisir à son choix l'ordre juridictionnel du lieu du siège du centre. Sur ce point on constate que le droit français ne comporte pas une disposition dérogatoire aux dispositions des règlements européens.

⁶²⁴ V. e.g. TGI Paris, 10 oct 2007 (Sté SNF), *op. cit.*

⁶²⁵ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, page 227.

⁶²⁶ Règlement 44/2001, Art. 4 chaque état applique ses règles propres de conflits des juridictions si le défendeur n'est pas domicilié dans son territoire.

⁶²⁷ Y. Loussouran, P. Bourel, P. de Versaille-Sommières, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 711 et s. ; M. Simon-Depitre, *Rev. crit. DIP*, 1965.710 ; P. Bourel, *Rev. crit. DIP*, 1971.288.

⁶²⁸ Code de procédure civile français, Art. 42 et s.

⁶²⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 122, 123.

⁶³⁰ Code de procédure civile français, Art. 46 « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ; en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi...* »

Néanmoins, étant conscient que le lieu d'exécution du contrat est incontestablement le lieu du siège du centre, un contrat exécuté en France suppose logiquement que le centre est domicilié aussi en France. Alors, les règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu s'appliquent, sans doute, étant donné que le lieu du domicile de défendeur est un État membre. Alors, techniquement, la juridiction française ne peut pas se reconnaître compétente d'une action en responsabilité engagée à l'encontre d'un centre domicilié hors le territoire français.

Pourtant, la compétence des juridictions françaises en matière internationale pourrait être admise, bien que le centre ne soit pas domicilié sur le territoire français, en se fondant, à titre exceptionnel et subsidiaire⁶³¹, sur les articles 14 et 15 du Code civil. Conformément aux articles 14 et 15 du Code civil, un juge français engage sa compétence judiciaire s'il est saisi d'un litige dont l'une des parties est française⁶³².

C'est ce qu'on appelle la compétence internationale fondée sur la nationalité française (règles exorbitantes de compétence internationale des juridictions françaises)⁶³³. Enfin, il convient d'indiquer que les articles 14 et 15, dépendant de la nationalité, sont applicables d'office, bien qu'ils soient un fondement subsidiaire de compétence judiciaire, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas applicables sauf à défaut des règles de compétence ordinaire prévues dans le CPC⁶³⁴.

Il convient d'observer qu'il n'est pas concevable de conférer la nationalité française à une personne morale, comme les centres d'arbitrage alors qu'elle n'est pas domiciliée sur le territoire français. Cela suppose alors l'exclusion de l'article 15 de notre étude, car pour qu'un centre soit français, il faut qu'il soit domicilié sur le territoire français ce qui appelle l'application du règlement Bruxelles I et Bruxelles I refondu⁶³⁵.

⁶³¹ On est d'avis du professeur Audit, en effet « *les règles tirées de la compétence territoriale interne pourraient être considérées comme les règles « ordinaire », les articles 14 et 15 CC n'interviennent plus que lorsque le demandeur ne dispose d'aucun autre moyen d'invoquer la compétence des tribunaux français* ». B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 304.

⁶³² L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 122.

⁶³³ *id.*

⁶³⁴ *ibid.*, p. 133 :135

⁶³⁵ *ibid.*, p. 129, 130

Cependant, la compétence fondée sur l'article 14 permet aux juridictions françaises de se déclarer compétent à l'égard d'un centre d'arbitrage non domicilié en France tant que le demandeur à l'action en responsabilité est français.

Il faut admettre que ce privilège constitue une mesure de discrimination à l'égard des étrangers sur le terrain de la compétence judiciaire internationale et son application effective serait de nature à porter atteinte aux plaideurs étrangers à un procès équitable au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce système de compétence avait été aménagé en raison de l'élaboration de critères ordinaires de compétence internationale, à savoir le règlement du Bruxelles I ou et Bruxelles I refondu⁶³⁶.

Donc, un centre d'arbitrage non domicilié sur le territoire français pourrait être attiré devant la juridiction française seulement dans deux hypothèses, soit en vertu d'une clause attributive de juridiction française, soit en vertu de l'article 14 du Code civil tant que le demandeur à l'action est français. Certes, l'exequatur à l'étranger d'un jugement français dont la compétence est fondée sur l'article 14 du Code civil n'est pas garanti. En effet, c'est une question assez large et importante qui mérite une étude indépendante.

Au Royaume-Uni, la situation n'est pas très différente de celle en France. L'applicabilité des règles de compétence judiciaire anglaise suppose que le défendeur à l'action en responsabilité, le centre, dans une action donnée n'est pas domicilié sur le territoire anglais, car si le défendeur est domicilié en Royaume-Uni, les règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu s'appliquent sans aucun doute.⁶³⁷

Alors bien qu'un défendeur ne soit pas domicilié en Royaume-Uni, la juridiction anglaise pourrait se reconnaître compétente en vertu du principe « *Serve a defendant out of jurisdiction* »⁶³⁸ déjà expliqué lorsqu'on parlait des clauses attributives de juridiction en droit anglais. Le paragraphe 3.1 du CPRPD 6B, autorise au juge d'anglais à se déclarer compétent à l'égard d'un défendeur non

⁶³⁶ *id.*

⁶³⁷ Règlement 44/2001, Art. 4, chaque état applique ses règles propres de conflits des juridictions si le défendeur n'est pas domicilié dans son territoire.

⁶³⁸ A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 221.

domicilié sur le territoire anglais, si l'action intentée concerne un conflit sur un contrat conclu sur le territoire britannique, un contrat conclu par ou à travers une agence qui exerce ses activités ou réside sur le territoire britannique, un contrat régi par la loi anglaise, un contrat, dont la violation de ses termes ou l'inexécution des obligations est réalisées sur le territoire britannique⁶³⁹.

2. Droit américain

D'après le droit américain de compétence judiciaire, la conclusion, la négociation, ou l'exécution d'un contrat dans un État donné constituent un contact minimum avec l'État, ce qui fonde la compétence personnelle spécifique, "SPJ", des juridictions de cet État. Alors, la juridiction dans le ressort duquel le contrat était exécuté peut se reconnaître compétente.

3. Droit égyptien

L'influence du Code civil français sur les lois égyptiennes régissant la compétence judiciaire est évidente. La compétence des juridictions égyptiennes est fondée sur la nationalité des litigants⁶⁴⁰. Selon l'article 28 de la loi n° 13/1968, les juridictions égyptiennes se reconnaissent compétentes lorsque le défendeur est égyptien qu'il soit domicilié en Égypte ou non, sauf si l'action intentée porte sur un immeuble situé à l'étranger. La convergence entre l'article 28 égyptien et l'article 15 de Code civil français est évidente.

Par ailleurs, la juridiction égyptienne est compétente pour des actions intentées contre les étrangers tant que ceux-ci sont domiciliés ou résidents sur le territoire égyptien⁶⁴¹. La loi égyptienne définit le domicile comme le lieu dans lequel une personne réside habituellement et permanent ou le lieu dans lequel une personne possède son établissement principal et permanent⁶⁴². En revanche, la résidence est l'adresse à laquelle une personne se loge lorsqu'elle se trouve hors de son domicile.

⁶³⁹ Civil Procedure Rules Practice direction 6B, Paragraph 3.1, Art. 6 al. a, b & c ; cf. A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 226.

⁶⁴⁰ Loi procédure civile et commerciale égyptienne n° 13/1968, Art. 28 :30.

⁶⁴¹ *ibid.*, Art. 29.

⁶⁴² Code civil Egyptien , Art. 40.

Il suffit que la personne ait à cette adresse un logement pour qu'il soit considéré comme une résidence.

La juridiction égyptienne est compétente dès lors que le défendeur a un domicile en Égypte⁶⁴³. Du surcroît, elle est compétente bien que le défendeur étranger n'ait ni de domicile ni de résidence sur le territoire égyptien, si une "élection de domicile" en Égypte est faite par lui.

L'"élection de domicile" est une théorie selon laquelle un défendeur étranger choisit l'Égypte en tant que le lieu pour les besoins de l'exécution d'un contrat ou pour le besoin d'une procédure ou même pour la constitution de son avocat dont le cabinet est situé en Égypte. Cette "élection de domicile" constitue un chef de compétence qui constitue la compétence judiciaire des juges égyptiens.

De même, la juridiction égyptienne est compétente lorsque la cause de l'action, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle⁶⁴⁴, est établie, constituée, exécutée ou aurait dû être exécutée sur le territoire égyptien⁶⁴⁵.

Alors, on constate que les règles de compétence judiciaire égyptiennes confèrent aux juridictions étatiques une compétence très large. Cette compétence large a justifié la compétence d'une juridiction égyptienne du premier degré saisie d'une action en responsabilité à l'encontre la C.C.I au mépris de l'exception d'incompétence soulevée par ce dernier⁶⁴⁶.

La juridiction égyptienne a condamné la C.C.I du montant de \$1,000,000 de dommage-intérêts pour la faute flagrante commise par la C.C.I. qui a impliqué l'État égyptien dans l'arbitrage Westland malgré l'exception d'incompétence soulevée par l'État égyptien pendant l'instance arbitrale.

L'État égyptien s'appuyait sur l'immunité d'États souverains pour contester d'être assigné en justice au défaut de renonciation expresse et précise son immunité⁶⁴⁷. On pense que la juridiction égyptienne s'est prononcée compétente

⁶⁴³ Loi procédure civile et commerciale égyptienne, *op. cit.*, Art. 30 al.1.

⁶⁴⁴ On constate que, dans les questions afférentes au conflit de juridictions, le droit égyptien, à l'imitation du droit américain, ne distingue pas les matières contractuelles des matières délictuelles

⁶⁴⁵ Loi procédure civile et commerciale égyptienne n°. 13/1968, Art. 30 al.2.

⁶⁴⁶ Y. Derains E. Schawrtz, « Guide to the ICC rules of arbitration », *op. cit.*, chapter 8, p. 383

⁶⁴⁷ *ibid.*, chapter 3, p. 93

parce que le lieu où le dommage s'est produit était en Égypte en conséquence de la décision *prima facie* de la C.C.I. impliquant l'Égypte dans l'arbitrage Westland malgré le principe de l'immunité d'États souverains.

Sous-section 3 : La compétence judiciaire en matière délictuelle

Bien qu'il semble rare d'engager la responsabilité des centres d'arbitrage pour une faute délictuelle, il nous apparaît pertinent de l'étudier, même de façon théorique.

D'ailleurs, il convient de souligner que la question est sans objet en droit américain et égyptien, car -comme montré précédemment- les règles de compétence judiciaire des deux systèmes ne distinguent pas entre les matières contractuelles et les matières délictuelles. Les chefs de compétence sont prévus pour les deux matières sans distinction. Pourtant, le cas n'est pas le même en droit européen. Le droit européen prévoit des chefs de compétence spécifiques à chaque matière.

Le droit européen

En cas d'application des règlements Bruxelles I ou Bruxelles I refondu⁶⁴⁸, le défendeur domicilié dans un État membre peut, en vertu l'article 5.3 du règlement, être attiré devant la juridiction d'un autre État membre « *où le fait dommageable s'est produit* »⁶⁴⁹. Cette règle, reconnue par divers droits nationaux (cf. art. 46 CPC), est justifiée par la proximité entre le for visé et le litige, notamment l'établissement des preuves (enquêtes, expertises)⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Règlement no 1215/2012, Bruxelles I refondu, Art. 2, le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre.

⁶⁴⁹ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 463.

⁶⁵⁰ *id.*

En revanche, si le défendeur dans une action donnée n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, les règlements européens ne s'appliquent pas, et par conséquent, les règles de droit commun du for auront vocation à s'appliquer pour désigner la juridiction compétente.

En France, selon l'article 46 du CPC, la juridiction française est compétente pour une action en responsabilité délictuelle si le fait générateur du dommage s'est produit en France ou si le dommage est survenu en France, bien que le défendeur ne soit pas domicilié en France.

Pratiquement, un centre non domicilié en France ne peut pas être assigné devant la juridiction française par une action en responsabilité délictuelle sauf si le dommage est survenu en France, car le fait dommageable accompli - par un centre non domicilié - ne peut se produire que dans le lieu du siège de centre qui est situé hors du territoire français.

De l'autre côté, au Royaume-Uni, comme en matière contractuelle, le principe "*Serve a defender out of jurisdiction*" permet d'attirer un défendeur non domicilié en Royaume-Uni devant les juridictions anglaises.

L'article 9 du paragraphe 3.1 du CPRPD 6 B prévoit qu'en principe les juridictions anglaises peuvent être saisies dès lors que le fait dommageable survient sur le territoire britannique, ou dès lors que le fait générateur, cause du dommage, a été réalisé sur le territoire britannique⁶⁵¹.

Il convient d'indiquer que, en droit américain, les règles de compétence personnelle générale ou spécifique s'appliquent en matière contractuelle ou délictuelle sans distinction. Par exemple, le fait générateur d'un dommage commis dans un État donné constitue un contact minimum avec l'État ce qui fonde la compétence personnelle spécifique des juridictions de cet État.

⁶⁵¹ A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 221, spéc. p. 231.

De même, en droit égyptien, la juridiction égyptienne est compétente dès lors que la cause de l'action, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle⁶⁵², est établie, constituée, exécutée ou aurait dû être exécutée sur le territoire égyptien⁶⁵³.

⁶⁵² On constate que, dans les questions afférentes au conflit de juridictions, le droit égyptien, à l'imitation du droit américain, ne distingue pas les matières contractuelles des matières délictuelles

⁶⁵³ Loi procédure civile et commerciale égyptienne n^o. 13/1968, Art. 30 al.2.

Section 3 : La désignation de loi applicable à la responsabilité des centres d'arbitrage

La loi applicable en matière de responsabilité des centres concerne les règles matérielles applicables au litige. En revanche, la désignation de la loi applicable consiste à établir les règles conflictuelles en fonction desquelles les règles matérielles seront déterminées. Les règles matérielles feront l'objet du prochain chapitre, mais dans cette section on s'intéressera aux règles conflictuelles.

Si le juge français est saisi d'un litige international, il applique sa règle conflictuelle pour désigner la règle matérielle applicable au litige. Pourtant, cette règle matérielle désignée aurait été différente, si le juge saisi avait été autre que français, bien que le litige reste le même⁶⁵⁴.

Étant donné la diversité des systèmes juridiques impliqués par les litiges provenant du contrat de direction de l'arbitrage et du contrat de collaboration arbitrale, la règle matérielle applicable varie en fonction la juridiction saisie puisque chaque juridiction applique ses règles conflictuelles.

Conformément à la méthode comparatiste suivie lors de l'étude la juridiction compétente en matière de responsabilité des centres d'arbitrage, on exposera le règlement du conflit de lois en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle dans le droit européen, le système américain et en Egypte.

On commencera par la recherche de la loi applicable en matière contractuelle, puis en matière délictuelle, bien qu'il soit très rare d'engager la responsabilité délictuelle des centres.

⁶⁵⁴ L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 121 ; H. Batffol et P. Lagarde, « Droit international privé », *L.G.D.J.*, t. I, 8^{ème} éd. 1993, n° 210-375 ; P. Bourel, Y. Loussouran, P. de Versaille-Sommières, *op. cit.*, n° 79-345 ; P. Mayer et V. Heuzé, n° 44-227 et 483-834 ; B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, n° 68-324 et 600-913.

Sous-section 1 : La loi applicable en matière contractuelle

À l'instar de l'élection de for, des parties diligentes peuvent désigner dans leur contrat la règle matérielle régissant les litiges qui pourraient survenir éventuellement de leur rapport contractuel. C'est ce que l'on appelle l'"élection de la loi applicable".

Néanmoins, souvent les parties ne choisissent pas, ni explicitement ni implicitement, les règles régissant leur contrat. Dans une telle hypothèse, les règles matérielles applicables seront désignées en vertu des règles de droit international privé en matière contractuelle. C'est souvent le cas dans le contrat de direction de l'arbitrage. Il est vraiment rare de trouver dans le règlement du centre un article ou une stipulation qui désigne la loi applicable au contrat.

§ 1 : L'élection de la loi applicable

Lorsque le règlement du centre d'arbitrage désigne très exceptionnellement la loi applicable en cas de litige éventuel, la détermination de la loi applicable devient plus simple. Le juge du for est tenu de respecter la volonté des parties. Il doit appliquer la loi désignée à condition que la clause stipulant la loi applicable corresponde bien aux conditions de validité prévue par son droit international privé.

Le respect de l'autonomie de la volonté des parties en choisissant la loi régissant leur rapport contractuel est un principe bien respecté dans tous les systèmes juridiques. Cependant, les conditions de validité de la clause varient d'un système juridique à l'autre et le choix des parties peut être implicite ou explicite.

A. Le choix exprès de la loi applicable

La validité et l'efficacité d'un tel accord dans les différents systèmes juridiques concernées par notre étude seront abordées successivement.

1. Le droit européen

Le droit européen, grâce au règlement communautaire du 17 juin 2008 n° 593/2008⁶⁵⁵, dite « Rome I », a unifié les règles de conflit de lois dans les États membres au conseil, y compris la France et le Royaume-Uni, les deux pays européens concernés par notre étude. Il a pour objet de réaliser la communautarisation du droit international privé des obligations qui s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009⁶⁵⁶.

L'article 3.1 du règlement autorise que le contrat soit régi par une loi choisie par les parties⁶⁵⁷. Le changement de choix de la loi applicable peut survenir à tout moment, avec l'accord de toutes les parties. Les dispositions de la loi choisie doivent être respectées même si la loi d'un autre État a des liens plus étroits avec le contrat en cause que celle choisie par les parties. En outre, la loi désignée par la clause est applicable même si la clause désigne la loi d'un État tiers⁶⁵⁸, c'est l'effet du caractère universel du règlement⁶⁵⁹.

Il convient de souligner que la loi choisie, soit par la volonté des parties soit par les dispositions du règlement, vise les règles matérielles de celle-ci et non ses règles de conflits de lois⁶⁶⁰. Aussi, il convient d'indiquer que les conditions de validité d'une clause d'élection de la loi applicable sont les mêmes conditions classiques que celles prévues pour la validité des clauses contractuelles.

⁶⁵⁵ Règlement du 17 juin 2008 n°. 593/2008.

⁶⁵⁶ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 713.

⁶⁵⁷ *ibid.*, p. 716.

⁶⁵⁸ Règlement 593/2008 Rome I, Art. 2; cf. A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p. 503

⁶⁵⁹ Règlement 593/2008 Rome I, Art. 2.

⁶⁶⁰ Règlement 593/2008, Rome I, Art. 20 « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement ».

2. Droit américain

De la même façon que le droit européen, le droit américain laisse les parties choisir la loi régissant leur rapport contractuel. Selon l'article 187 du « *Second Restatement* » du conflit de lois américain, le juge est tenu d'appliquer la loi choisie par les parties tant que la clause la désignant est valable.

La loi choisie par les parties pour régir leur contrat signifie aussi les règles matérielles et non les règles de conflits de lois. Selon les termes de l'article 4 du « *Second Restatement* », le terme "*local Law*" signifie la règle matérielle, alors que le mot "*Law*" signifie le système juridique en entier, ce qui comporte à la fois les règles matérielles et les règles conflictuelles. Étant donné que les dispositions de l'article 187 du « *Second Restatement* » incluent le terme "*local law*", l'article 187 vise l'applicabilité des règles matérielles sans faire référence à ses règles de conflits⁶⁶¹.

En principe, la validité d'une clause d'élection de la loi applicable est régie par les conditions de la validité des clauses contractuelles.

3. Droit égyptien

Le législateur égyptien a, également, repris le principe de l'autonomie de volonté des parties en matière contractuelle. Les règles de conflits de lois sont régies par articles de 15 à 28 du Code civil égyptien. D'après les dispositions de l'article 19 du Code civil égyptien, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur rapport contractuel. À l'instar du droit européen et américain, la jurisprudence égyptienne a décidé que les conditions de validité d'une clause d'élection de la loi applicable sont les mêmes conditions classiques que celles prévues pour la validité des clauses contractuelles.

De la même façon, ces systèmes juridiques donnent pleine efficacité au choix explicite de la loi applicable.

⁶⁶¹ Restatement (Second) of Conflict of Laws § 4 Law Defined " (1) As used in the Restatement of this Subject, the "local law" of a state is the body of standards, principles and rules, exclusive of its rules of Conflict of Laws, which the courts of that state apply in the decision of controversies brought

B. Le choix implicite (tacite) de la loi applicable

Le choix tacite des parties de la loi applicable à leur rapport contractuel est, en principe, reconnu par le droit européen, américain et égyptien. Pourtant, les conditions de la validité d'un tel choix tacite varient d'un système juridique à l'autre.

1. Le droit européen

L'article 3.1 du règlement Rome I, n'exige pas que la clause d'élection de loi doive être expressément souscrite pour être reconnue. De même, le droit commun français reconnaît le choix de la loi applicable tiré de la volonté non équivoque des parties qui se manifeste, soit dans les termes et les dispositions du contrat, soit dans les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu⁶⁶². Le choix implicite peut être tiré de l'usage d'un contrat type d'organisme, de la référence à une loi donnée dans une autre clause du contrat, ou de la stipulation d'une clause attributive de juridiction. Ces dispositions pourraient être considérées comme des indicateurs de la volonté tacite des parties sur l'applicabilité d'une certaine loi⁶⁶³.

En revanche, la stipulation d'une clause compromissoire ne peut pas être considérée comme un indicateur de la volonté implicite des parties de choisir une certaine loi qui régirait leur rapport contractuel. Le choix du siège d'arbitrage lors de la rédaction de convention d'arbitrage ne reflète pas la volonté des parties d'appliquer la loi du siège d'arbitrage sur leur contrat.

Le choix du siège d'arbitrage est différent du choix d'une clause attributive parce que les motifs de chaque choix sont différents. Les motifs d'une clause attributive permettent de présumer que la volonté implicite des parties visait aussi la loi du for choisi. Cependant, le choix du siège d'arbitrage repose sur considérations plutôt procédurales (possibilité de recourir aux autorités locales à titre de juridiction d'appui, recours susceptible d'être exercé contre la sentence) ou simplement matérielles (nationalité ou la résidence des arbitres, commodité géographique)⁶⁶⁴, qui n'ont rien à voir avec la loi applicable au contrat.

before them. (2) As used in the Restatement of this Subject, the "law" of a state is that state's local law, together with its rules of Conflict of Laws."

⁶⁶² B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 718.

⁶⁶³ *id.*

⁶⁶⁴ *ibid.*, p. 719.

Le choix tacite de la loi applicable peut être également déduit du choix de la loi qui est stipulée explicitement dans un autre contrat, lié au contrat en cause. Il s'agit de l'hypothèse où deux ou plusieurs contrats, dont la loi applicable est désignée explicitement dans les uns et non dans les autres⁶⁶⁵. À titre d'exemple dans les contrats successifs entre les mêmes parties, il est permis de penser que la désignation antérieure de la loi applicable vaut pour le contrat renouvelé, à moins que la reconduction du contrat n'ait donné lieu à la modification d'éléments significatifs à cet égard. En revanche, lorsque les contrats ont une structure autonome et sont simplement liés du point de vue fonctionnel, l'esprit de la règle examinée incite à considérer que ces contrats sont en principe soumis chacun à sa loi⁶⁶⁶.

Cela étant dit, on se demande si le règlement d'un centre prévoyant l'applicabilité d'une certaine loi à la procédure arbitrale nous permet de présumer l'acceptation tacite des parties d'appliquer la même loi à leur contrat de direction de l'arbitrage puisqu'elles ont adhéré au règlement du centre.

Plusieurs estiment que la loi choisie expressément par les parties pour régir la procédure arbitrale est appelée à régir les conflits nés d'autres contrats, notamment celui de direction de l'arbitrage puisqu'elle représente le rattachement le plus naturel, même plus que le lieu du siège de centre d'arbitrage⁶⁶⁷. La même opinion était reconnue aussi en droit anglais avant qu'elle ne soit abandonnée depuis 1969⁶⁶⁸.

Cependant, nous pensons que ces opinions ne sauraient emporter la conviction parce que les contrats de direction d'arbitrage et de collaboration arbitrale ne sont pas liés à la convention d'arbitrage d'une façon telle qu'elle permette de les soumettre à la loi régissant la convention d'arbitrage⁶⁶⁹. Il ne faut pas ignorer l'indépendance existant entre les contrats impliqués dans l'arbitrage, à savoir le contrat principal d'une part et sa clause compromissoire, le contrat de

⁶⁶⁵ *id.*

⁶⁶⁶ *id.*

⁶⁶⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 573, spéc. 576 et s.

⁶⁶⁸ J. Prebble, « Choice of Law to Determine the validity and effect of contracts: A comparison of English and American Approaches to the conflict of Law », *Cornell law review*, vol 58, n^o. 4, April, 1973, p. 4

⁶⁶⁹ Pour la notion des contrat liées V. Giardina, « les contrats liés en droit international privé », TCFDIP 1995-96.97 ; Lecrec, « le contrat-cadre en droit international privé », TCFDIP 2002-04.3

direction de l'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale, d'autre part. Le principe d'indépendance entre ces rapports contractuels constitue un obstacle à les considérer comme liés.

En ce sens, on souscrit à un autre avis qui n'accepte pas que la loi choisie par les parties pour régir la procédure arbitrale soit, par défaut, la loi régissant le contrat de direction de l'arbitrage⁶⁷⁰. Le choix de la loi régissant la procédure d'arbitrage ne révèle pas, en principe, la volonté implicite des parties d'appliquer la même loi au contrat de direction de l'arbitrage tant que ce choix n'est pas soutenu par d'autres critères de rattachement⁶⁷¹.

Pour que ce choix révèle leur volonté implicite, il faut que la loi régissant la procédure arbitrale soit expressément désignée dans la convention d'arbitrage et non pas seulement dans le règlement d'arbitrage, qui peut être qualifié comme une sorte de contrat d'adhésion. On pourra également s'appuyer sur le fait que la loi choisie est à la fois la loi du siège de centre et celle du siège arbitral⁶⁷². Donc, par exemple, pour soumettre le contrat de direction d'arbitrage à la loi française, choisie au préalable par les parties pour régir leur procédure arbitrale, il faut, en premier lieu, que le choix soit exprès dans la convention d'arbitrage. En deuxième lieu, il faut que le centre soit domicilié sur le territoire français. Et en dernier lieu, il faut que le siège arbitral soit aussi en France.

Sinon on ne peut pas considérer que le choix de la loi applicable aux procédures arbitrales révèle la volonté implicite des parties d'appliquer au contrat de direction de l'arbitrage la même loi. L'indépendance entre le contrat de direction d'arbitrage et la convention d'arbitrage est assez claire. Les deux contrats peuvent être régis par deux lois différentes. Dire le contraire est commettre une grave confusion entre des rapports contractuels indépendants.

2. Droit américain

Certes, le droit positif américain reconnaît la volonté implicite des parties pour choisir la loi applicable à leur rapport contractuel. Pourtant, les indicateurs

⁶⁷⁰ S.-D. Franck, « The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷¹ *id.*

⁶⁷² *id.*

utilisés pour présumer leur volonté sont différents de ceux utilisés par la doctrine française.

Le droit international privé américain permet au juge de tirer le consentement tacite des parties de soumettre leur contrat à une certaine loi des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Par exemple, le choix exprès préalable d'une loi précise pour régir une des questions du contrat permet au juge de présumer que la volonté tacite ne s'oppose pas à soumettre le contrat tout entier à la même loi.

Il est vrai que la volonté tacite des parties se déduit de la désignation expresse d'une loi, mais elle ne porte pas sur l'ensemble du contrat. La loi désignée régit seulement une des questions du contrat. Par exemple, dans un contrat du prêt, les parties ont consenti que seulement la question des taux d'intérêt sera soumise à la loi française. Le droit positif américain considère que les parties, par cet accord exprès, ont tacitement accepté de soumettre le reste de leur contrat à la même loi que celle désignée pour régir la question précise des taux d'intérêt sauf si celle-ci n'a aucun lien ni avec parties ni avec le contrat, ou si elle s'oppose aux lois de polices de la loi qui aurait dû être applicable à défaut de choix implicite. Il s'agit, selon la règle conflictuelle américaine, de la loi qui a les liens le plus étroits avec le contrat selon les dispositions de (§188) du « *Second Restatement* ».

Par ailleurs, le fait de mentionner dans un contrat des expressions juridiques relatives à un système juridique précis ou le fait de se référer dans un contrat à une certaine théorie juridique relative à un système juridique précis permet au juge américain de relever que les parties ont voulu tacitement appliquer la loi de ce système juridique. Toutefois, pour qu'une déduction soit incontestable, il faut que la volonté des parties révèle sans équivoque leur intention de soumettre l'ensemble de leur contrat à cette loi.

3. Droit égyptien

La jurisprudence égyptienne reconnaît le choix tacite de la loi applicable à un contrat. Dans l'arrêt du 4 décembre 1989, la Cour de cassation égyptienne a considéré que l'application de la loi syrienne a été écartée par la volonté tacite des parties lorsqu'elles ont consenti l'exonération la responsabilité du navire pour tout

dommage causé aux marchandises tant qu'il est couvert par l'assurance⁶⁷³. La loi maritime syrienne considère de telles clauses exonératoires de responsabilité réputées non écrites. Donc, le fait de stipuler cette clause malgré son illicéité en droit syrien démontre que les parties ont voulu écarter l'application de la loi syrienne, ce que la jurisprudence égyptienne appelle « *élection négative et tacite de la loi applicable* »⁶⁷⁴.

Il reste à exposer la détermination de la loi applicable en matière contractuelle dans les systèmes juridiques impliqués par notre étude en cas d'absence de choix explicite ou implicite des parties de la loi applicable.

§ 2 : La loi applicable en cas d'absence de choix des parties

Lorsque les parties n'ont indiqué ni explicitement ni tacitement la loi applicable à leur contrat, la loi applicable sera celle désignée par les règles de conflit du juge de for. Bien que les critères de rattachement varient d'un système juridique à l'autre, les contrats internationaux sont souvent soumis soit à la loi du lieu de la conclusion du contrat, soit la loi du lieu de l'exécution du contrat⁶⁷⁵.

Or, il convient d'observer que le critère de rattachement impliquant la loi du lieu de la conclusion de contrat n'est pas très recommandé en raison des difficultés qu'il suscite. La détermination même du lieu de la conclusion du contrat entre les parties peut être fortuite par rapport à leurs intérêts permanents, ou simplement dénués de signification au regard de l'économie du contrat. En outre, ce rattachement se prête à une fraude qui consisterait à passer le contrat en un lieu choisi dans le seul but de bénéficier des dispositions de la loi correspondante, au détriment de lois plus proches du contrat et impératives⁶⁷⁶. Outre tout cela, un tel mécanisme de rattachement crée de grandes difficultés pratiques dans les contrats entre absents, fréquents en matière internationale, comme le contrat de direction de l'arbitrage⁶⁷⁷.

⁶⁷³ « *the ship is not liable for any loss or damage to goods how ever caused which can be covered by insurance* »

⁶⁷⁴ Cass. Egy. 4 décembre 1989, n°.1113, année judiciaire 52.

⁶⁷⁵ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p.165.

⁶⁷⁶ *id.*

⁶⁷⁷ *id.*

Ces difficultés pratiques ont conduit la plupart des systèmes juridiques à adopter le rattachement au lieu d'exécution du contrat parce que celui-ci n'est pas fortuit ; selon une formule de Savigny, c'est vers l'exécution du contrat qu'est tournée l'attente des parties⁶⁷⁸.

1. Le droit européen

Selon l'article 4.1.b du règlement Rome I « *à défaut de choix de la loi applicable... le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle* »⁶⁷⁹.

L'article 4 pose une règle générale fondée sur les liens les plus étroits du contrat, assorti de présomptions destinées à faciliter l'application du principe et privilégiant la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat⁶⁸⁰. Pour les contrats de prestation de services, notre cas d'étude, la loi applicable est la loi du pays résidence du principal exécutant du contrat. Dès lors que le contrat de direction de l'arbitrage est un contrat de prestation de service dont le principal exécutant est le centre d'arbitrage, la loi applicable à ce contrat est celle du lieu du domicile de centre d'arbitrage.

Reste à savoir ce que signifie la résidence habituelle pour les personnes morales. Selon l'article 19 du règlement, la résidence habituelle d'une personne morale est le lieu où cette personne a établi son administration centrale⁶⁸¹. Donc, si l'organe du contrôle, le secrétariat et le corps administratif du centre d'arbitrage se situent à Paris, la loi applicable au contrat de direction de l'arbitrage sera la loi française⁶⁸².

Cependant, en pratique la question de la détermination de la résidence habituelle des centres d'arbitrage est souvent beaucoup plus compliquée en raison de la stratégie d'expansion que les centres adoptent aujourd'hui. La C.C.I, le L.C.I.A. et l'A.A.A. sont en train de mettre en place des secrétariats et des offices régionaux qui

⁶⁷⁸ Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII § 372.

⁶⁷⁹ Règlement (CE) no 593/2008 Rome I.

⁶⁸⁰ B. Audit, L. Davout, « *Droit international privé* », *op. cit.*, p.724.

⁶⁸¹ Règlement 593/2008, Rome I, Art. 19.1 « *Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale* » ; B. Audit, L. Davout, « *Droit international privé* », *op. cit.*, p.726.

les représentent dans plusieurs endroits dans le monde afin de gérer beaucoup plus d'arbitrages.

Dans une telle situation, quelle loi sera applicable ? Le deuxième paragraphe du même article 19 prévoit que « *lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par lesdits succursale, agence ou autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle* ». Par là, on aboutira fréquemment en fait à l'application de la loi du pays où s'exécute effectivement la prestation du débiteur⁶⁸³.

Il convient de souligner que la loi désignée par le règlement n'est considérée que dans ses dispositions matérielles. D'ailleurs, le règlement exclut le renvoi par une disposition générale (art. 20)⁶⁸⁴. De surcroît, grâce au caractère universel du règlement, le droit désigné par le règlement s'applique que ce soit celui d'un État membre ou non⁶⁸⁵, tant qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public et aux lois de police du for⁶⁸⁶.

Selon les dispositions du règlement Rome I, la loi applicable régira toutes les questions afférentes à l'interprétation, l'exécution des obligations, les sanctions en cas de non-respect des obligations, l'évaluation des dommages, l'extinction des obligations, les mesures d'exécution et les sanctions en cas de nullité du contrat.

De façon plus générale, la loi du contrat est la loi applicable aux questions relatives à la formation des contrats, leurs conditions ou leurs effets⁶⁸⁷. En principe, l'existence ou la validité du contrat, ou d'une disposition de celui-ci (stipulation) sont appréciées à la lueur de la loi qui serait applicable en vertu du règlement

⁶⁸² TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *op. cit.*; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), *op. cit.*

⁶⁸³ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 726.

⁶⁸⁴ Règlement 593/2008, Rome I, Art. 20 « *Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement* ».

⁶⁸⁵ Règlement 593/2008, Rome I, Art. 2 ; A. Chong, J. Hill, « International Commercial Disputes », *op. cit.*, p.503 ; B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 737.

⁶⁸⁶ Règlement 593/2008, Rome I, Art. 21 « *L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ».

⁶⁸⁷ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p.744.

(Rome I) si le contrat ou la disposition étaient valables⁶⁸⁸. Dans la conception civiliste, cela inclut le consentement, l'objet et la cause. Selon le droit de common law, cela inclut l'existence d'une considération.

Donc, en général, les conditions relatives à l'objet ou la cause du contrat sont typiquement soumises à la loi qui régit le contrat. De même, en vertu du principe que la loi applicable à une condition donnée en régit la sanction⁶⁸⁹, la loi du contrat détermine les causes et le régime de sa nullité éventuelle. Cette loi détermine en particulier les restitutions et indemnités, ainsi que la responsabilité éventuellement encourue par un contractant envers l'autre⁶⁹⁰.

De même, la détermination de la loi applicable au contrat contribue à fixer l'étendue des obligations qu'il engendre. Celle-ci s'applique, en premier lieu, aux questions afférentes à l'interprétation du contrat et ses termes. Elle s'applique, en deuxième lieu, à l'exécution des obligations qui en découlent⁶⁹¹. Cela inclut notamment le degré de diligence requis, le lieu et le moment de l'exécution, les modalités des obligations (solidaires, alternatives, divisibles...), les conditions de paiement.

Pareillement, les questions de la répartition de la charge de la preuve et les présomptions légales éventuelles sont tranchées conformément aux dispositions de la *lex causae* (article 18)⁶⁹². En outre, la *lex causae* est la loi applicable à l'inexécution éventuelle⁶⁹³ autant qu'elle est la loi applicable à l'exécution du contrat⁶⁹⁴.

Néanmoins, l'existence du consentement porte une dérogation à cette règle générale. En cas d'un conflit impliquant l'existence du consentement, une partie

⁶⁸⁸ *id.* ; Règlement 593/2008, Rome I, Art. 10.1 « 1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables »

⁶⁸⁹ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 747.

⁶⁹⁰ *id.*

⁶⁹¹ *id.*

⁶⁹² Règlement 593/2008, Rome I, Art. 18 « La loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve ».

⁶⁹³ à savoir, la nécessité ou non d'une mise en demeure, causes d'exonération (force majeure) ; solution ouvertes au créancier de l'obligation inexécutée : exception d'inexécution, exécution forcée, possibilité d'un délai de grâce, résolution du contrat (éventuellement anticipée, ainsi que prévu en *common law*, ou par déclaration unilatérale, comme en droit allemand), dommage-intérêts, réduction du prix.

⁶⁹⁴ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 747.

peut se référer à la loi de sa résidence habituelle, et non la loi désignée en premier lieu par le règlement, pour établir qu'elle n'a pas consenti⁶⁹⁵.

Alors, toutes les questions juridiques soulevées, pendant une action en responsabilité engagée à l'encontre du centre, sont régies par la *lex causae* déterminée en fonction du présent règlement.

Cette règle de conflit de lois, prévue par l'article 4 du règlement, a été appliquée par la jurisprudence française lorsqu'elle était saisie d'une action en responsabilité engagée à l'encontre de la C.C.I. Après avoir constaté le rapport contractuel liant les parties avec le centre, la Cour d'appel de Paris a décidé que les juridictions parisiennes sont compétentes pour connaître un tel litige⁶⁹⁶. Elle a jugé que « *la partie demanderesse est donc recevable à saisir le tribunal de grande instance du lieu d'exécution des prestations de cette institution d'une action en réparation du préjudice qui résulterait de ses fautes contractuelles* »⁶⁹⁷.

De plus, concernant la loi applicable au rapport contractuel en cause, la Cour d'appel a décidé qu'en l'absence d'une clause d'élection de droit dans le règlement d'arbitrage, c'est la loi française; loi du pays dans lequel le prestataire de services, la Cour internationale d'arbitrage, a sa résidence habituelle (conformément à l'article 4.1 [b] règlement 593/2008 Rome I)⁶⁹⁸.

2. Droit américain⁶⁹⁹

D'après les règles de conflit de lois américaines, la loi applicable, en cas d'absence de choix des parties, est celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat. Elle peut être la loi du lieu de la conclusion, de la négociation, de l'exécution, de l'objet du contrat. Elle peut être également la loi du lieu du domicile, de la résidence, de la nationalité, du centre d'affaires ou d'administration des parties.

Ces critères de rattachement sont appréciés en fonction de leur importance par rapport au contrat et le litige en cause. S'il s'agit par exemple d'un conflit qui

⁶⁹⁵ *ibid.*, p. 744, 745; Règlement 593/2008, Rome I, Art. 10 al. 2 : « *Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1* ».

⁶⁹⁶ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), *op. cit.*

⁶⁹⁷ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*

⁶⁹⁸ *id.*

implique le consentement ou la nullité pour des raisons autres que les vices du consentement, la loi applicable est normalement celle du lieu de la conclusion du contrat.

En revanche, le critère du lieu d'exécution semble le critère idéal pour déterminer la loi applicable aux rapports contractuels impliquant la mauvaise exécution ou l'inexécution. Néanmoins, le lieu d'exécution joue un rôle moins important lorsque les parties, au moment de conclusion du contrat, n'ont pas prévu le lieu d'exécution ou lorsque l'exécution est prévisible dans plusieurs pays⁷⁰⁰.

Le critère du lieu de l'objet du contrat joue un rôle important en désignant la loi applicable seulement dans les hypothèses où l'objet du contrat est une chose corporelle, par exemple un terrain.

Enfin, les critères du domicile, de la résidence, de la nationalité et du lieu d'administration centrale des affaires des parties ne donnent pas une grande valeur pour déterminer la loi applicable sauf s'ils se conjuguent avec l'un des autres critères cités ci-dessus⁷⁰¹.

De façon générale, un seul critère de rattachement n'est pas suffisant pour désigner la loi applicable. Souvent, la loi applicable est celle soutenue par deux critères de rattachement ou plus. Par exemple, si le lieu de négociation est le même que le lieu d'exécution, la loi de ce lieu sera alors la loi applicable au contrat⁷⁰². Également, il faut que le lieu de conclusion du contrat soit aussi le lieu de sa négociation ou du domicile de l'une des parties pour la loi de ce lieu s'applique au conflit en cause.

⁶⁹⁹ Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188 : 199.

⁷⁰⁰ *ibid.*, § 228.

⁷⁰¹ *id.*

⁷⁰² *ibid.*, § 188 "Law Governing in Absence of Effective Choice by the Parties" « (1) *The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.*(2) *In the absence of an effective choice of law by the parties (see § 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:(a) the place of contracting,(b) the place of negotiation of the contract,(c) the place of performance,(d) the location of the subject matter of the contract, and(e) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.*

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.(3) *If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§ 189-199 and 203 ».*

Ainsi en droit américain, la loi applicable aux conflits concernant le contrat de direction de l'arbitrage est celle du lieu d'exécution de contrat vu que ces conflits impliquent souvent des fautes reprochées impliquant la mauvaise exécution, l'inexécution ou la loi du lieu de négociation/conclusion du contrat si le litige concerne la nullité pour des raisons autres que les vices du consentement.

Le cas spécifique de l'État de New York. On parle de l'État de New York ici sans mentionner les autres parce que d'abord New York n'a pas adopté de « *Second restatement* » comme les autres États et parce que la majorité des arrêts américains, impliqués dans notre étude, sur la question d'immunité des centres d'arbitrage sont prononcés par la juridiction new yorkaise. Les règles de conflits des lois de l'État de New York sont un peu spéciales. Depuis 1963, la juridiction new-yorkaise a abandonné les règles de conflits, appelées "*approche traditionnelle*", citées ci-dessus⁷⁰³.

Dans l'arrêt « *Babcock* », la juridiction new-yorkaise a adopté une nouvelle approche qui s'appelle "*l'approche d'intérêt légitime*"⁷⁰⁴. Selon cette approche le juge du for, dans notre cas c'est le juge new-yorkais, vérifie s'il y a une différence entre la règle matérielle new-yorkaise et la règle matérielle de l'autre loi en cause.

Il faut d'abord que le conflit ne soit pas faux. En principe, un faux conflit apparaît lorsque l'un des États, concernés par question de droit en cause, n'a pas d'intérêt légitime à la régir. L'inexistence d'intérêt légitime survient souvent lorsque les parties à un contrat impliquent volontairement ou involontairement la loi d'un État qui n'a aucun lien de rattachement à ce contrat.

Un faux conflit peut apparaître dans un contrat où les parties sont françaises, le lieu de négociation et exécution du contrat est New York et les parties ont signé le contrat en Égypte afin de rendre la loi égyptienne la loi applicable d'après le critère de rattachement du lieu de conclusion. Dans cet exemple, les lois légitimement intéressées sont la loi française, loi de la nationalité des parties, et la loi de New York, la loi où le contrat est négocié et où il sera exécuté alors que la loi égyptienne n'a aucun rapport ni avec les parties ni avec le contrat.

Après que le juge new yorkais vérifie l'existence d'un vrai conflit de lois, il appliquera la loi new-yorkaise tant que l'État de New-York a un intérêt légitime à

⁷⁰³ Cf. *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

⁷⁰⁴ *id.*,

imposer l'application de sa loi. L'intérêt légitime est une notion très large et vague dont les juges new-yorkais interprètent de façon qui favorise l'application de la loi d'État de New York. Il s'agit des intérêts que le législateur new-yorkais veut protéger par l'adoption de la loi en cause. Par conséquent, les juges appliqueront souvent la loi new-yorkaise parce qu'en cas d'un faux conflit, ils l'appliquent et qu'en cas de vrai conflit, ils jugent en faveur de l'application de cette loi sauf dans des cas très exceptionnels.

Au surplus, si les parties stipulent que leur contrat, qui est de valeur de \$250,000 ou plus, est régi par la loi new-yorkaise, bien qu'aucun rapport ne lie l'État de New York au contrat, les juges new-yorkais vont toujours appliquer la loi de New York parce que une telle élection de la loi new-yorkaise constitue un intérêt légitime pour l'État de New York, ce qui permet de soumettre ce contrat à ses propres lois. Les juges new-yorkais fondent leurs décisions sur la section 5-1401 du Code général des obligations de l'État de New York qui prévoit l'application de la loi new-yorkaise tant qu'elle est valablement choisie par les parties à un contrat et la valeur de ce contrat n'est pas inférieure à \$250,000⁷⁰⁵.

3. Droit égyptien

À défaut de l'accord des parties, la loi applicable en matière contractuelle est celle du domicile quand il est commun aux parties contractantes, à défaut de domicile commun, la loi applicable est celle du lieu de la conclusion du contrat.

Alors, en cas d'absence de choix des parties, le législateur égyptien désigne la *lex loci contractus* comme loi applicable au contrat à moins qu'il apparaisse une autre loi qui représente un lien plus étroit avec le contrat que la *lex loci contractus*.

Donc, dans notre cas, les dispositions de la loi égyptienne posent beaucoup de difficultés puisque le contrat de direction de l'arbitrage est souvent conclu entre absents. Le critère de rattachement au lieu de la conclusion du contrat fait l'objet de

⁷⁰⁵ N.Y. GOB. LAW § 5-1401 « *The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars, including a transaction otherwise covered by subsection one of section 1-105 of the uniform commercial code, may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state... »*

critiques qu'on est d'accord avec en raison de ses faiblesses concernant les contrats entre absents.

On peut penser que le critère de rattachement objectif suivi par le règlement Rome I, prévoyant l'applicabilité de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique du contrat, est un critère plus pratique que ceux de rattachement surtout celui du lieu d'exécution de contrat. Les raisons de préférence demeurent, en premier lieu, dans le caractère plus objectif et décisif du rattachement.

En second lieu, la désignation de la loi du pays où demeure la personne chargée de la prestation caractéristique évite le dilemme soulevé par le critère du lieu de l'exécution de la prestation caractéristique (*lex loci solutionis*).

§ 2 : La loi applicable en matière de responsabilité délictuelle

Bien qu'il soit pratiquement rare d'engager la responsabilité des centres d'arbitrage pour une faute délictuelle, il convient d'indiquer, le cas échéant, les lois applicables à de tels conflits.

1. Le droit européen

À la suite du règlement Rome I, le règlement Rome II afférent aux conflits de lois en matière de responsabilité non contractuelle (délits ou quasi-délits) a une application universelle⁷⁰⁶, c'est-à-dire que la loi désignée, en fonction des dispositions du règlement, sera applicable qu'elle soit d'un État membre ou d'un État tiers.

De même, les dispositions du règlement visent l'application de la règle matérielle et non pas des règles conflictuelles⁷⁰⁷, ce qui veut dire que ce règlement exclu aussi le renvoi. En outre, il convient de souligner que la loi applicable, conformément au règlement, détermine le type de responsabilité encouru - responsabilité du fait personnel, d'autrui ou des choses- et le régime qui en découle⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Règlement 864/2007, Rome II, Art. 3.

⁷⁰⁷ *ibid.*, Art. 24

⁷⁰⁸ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 704.

Le choix des parties quant à la loi applicable est prévu par l'article 14 du présent règlement. Évidemment, le choix est postérieur à la survenance du fait générateur du dommage. La loi choisie par les parties régit leur litige même si elles choisissent une loi autre que celle où tous les éléments de la situation ont été réalisés, tant qu'elle ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.

On ne pense pas que la méthode conflictuelle énoncée par l'article 4⁷⁰⁹ s'applique aux fautes d'origine non contractuelle reprochées au centre d'arbitrage lors de l'action en responsabilité extracontractuelle. En effet, les fautes non contractuelles accomplies par le centre ne sont concevables que si elles sont commises dans la phase précontractuelle de négociation du contrat de direction de l'arbitrage. Cela entre dans le champ d'application de l'article 12 du règlement Rome II qui prévoit une autre méthode conflictuelle, à savoir le « *Culpa in Contrahendo* ».

Le « *Culpa in Contrahendo* » suppose que la faute alléguée est commise pendant la négociation entre les parties préalablement à la conclusion d'un contrat. Cette définition correspond parfaitement à l'hypothèse dans laquelle la responsabilité délictuelle pour des faits juridiques provient de la relation existant entre le centre d'une part, et les litigants d'autre part, juste avant la conclusion de contrat de direction de l'arbitrage.

Normalement, s'il y a lieu, les fautes alléguées sont supposées commises par le centre pendant les négociations ou les procédures antérieures à la conclusion de contrat de direction de l'arbitrage.

⁷⁰⁹ A cet égard, la question qui se pose est de savoir s'il sera la loi du pays où la partie demanderesse domicile. Généralement, on estime qu'il n'y a pas lieu de parler du siège arbitral, parce qu'une fois le siège arbitral est déterminé, on n'est plus dans la cadre de fait juridique, mais plutôt dans la cadre d'acte juridique -le consentement sur la direction d'arbitrage et le choix de son siège-, ce qui est régi par un autre Règlement 593/2008, Rome I. Également, l'article 4 prévoit un tempérament dans son alinéa 2 lorsque la personne dont la responsabilité -le centre dans notre cas- est invoquée et la personne lésée -la demanderesse- ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage ; l'obligation non contractuelle est alors régie selon la loi de ce pays. Cependant, les deux règles précédentes sont assorties d'une clause d'exception, prévue par l'article 4.3 du règlement, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Le texte précise qu'un tel lien peut se fonder sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat présentant un lien avec l'obligation non contractuelle en question ; En ce sens cf. B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 697, 698.

En tous cas, conformément à l'article 12, la loi applicable aux faits juridiques antérieurs à la conclusion du contrat est celle qui est applicable ou qui aurait été applicable au contrat éventuel, pour lequel ces faits juridiques ont eu lieu, que le contrat soit effectivement conclu ou non⁷¹⁰. Donc, une action en responsabilité délictuelle engagée à l'encontre du centre sera régie soit par la loi choisie par les parties soit par la loi du lieu de résidence du centre en cas d'absence de choix de la loi applicable.

Donc, si la responsabilité délictuelle de la C.C.I, situé à Paris, est mise en cause pour une faute délictuelle, commise avant la conclusion du contrat de direction de l'arbitrage, la juridiction compétente est la juridiction française (lieu où le fait dommageable est survenu puisque la C.C.I. domiciliée en France)⁷¹¹. Également la loi applicable au litige est la loi française conformément à l'article 12 du règlement Rome II, « *Culpa in Contrahendo* ».

2. Droit américain

D'après l'article 145 du « *Restatement Second* », la loi applicable en matière délictuelle est celle qui présente les liens les plus étroits avec le fait juridique (délict). Cela est déterminé en fonction des critères de rattachement prévus par l'article 6 « *Restatement Second* ».

D'ailleurs, ce sont les mêmes critères de rattachement que ceux prévus pour déterminer la loi applicable en matière contractuelle. À titre d'exemple, la loi applicable pourrait être celle du domicile, de la nationalité, du lieu d'activité économique des entreprises ou des personnes, du lieu où la relation entre les personnes en jeu est concentrée.

Pourtant, il y a d'autres critères de rattachement spécifique qui sont considérés comme ayant un lien plus étroit et plus approprié aux matières délictuelles. Il s'agit du lieu où le fait dommageable est survenu ou le lieu du fait générateur⁷¹². Enfin, c'est à la discrétion du for de déterminer le critère à retenir pour décider la loi applicable au litige.

⁷¹⁰ B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », *op. cit.*, p. 712.

⁷¹¹ Règlement n° 1215/2012, Bruxelles I refondu, Art. 5.3.

⁷¹² Restatement (Second) of Conflict of Laws § 145 General principals « (1) *The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with*

3. Droit égyptien

Au contraire de ce qui est suivi en Europe, le Code civil égyptien applique, en matière délictuelle, la loi du lieu où le fait générateur est survenu. L'article 21 du Code civil égyptien prévoit que les obligations non contractuelles, résultant des faits juridiques évidemment, seront soumises à la loi de l'État sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation. Toutefois, l'applicabilité de cette méthode conflictuelle générale est limitée par l'alinéa 2 du même article. En effet, la loi étrangère du pays, où le fait générateur s'est produit, ne sera pas applicable, tant que le fait générateur n'est pas considéré en droit égyptien comme illicite, même s'il est considéré comme un acte illicite d'après la loi étrangère du pays où il a été commis⁷¹³.

respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6.(2) Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:(a) the place where the injury occurred,(b) the place where the conduct causing the injury occurred,(c) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and(d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered ».

⁷¹³ Code civil Egyptien , Art. 21 « 1) Les obligations non contractuelles seront soumises à la loi de l'état sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation. 2) Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une obligation né d'un fait dommageable, la disposition du paragraphe précédent ne sera pas appliquée aux faits qui se sont produits à l'étranger et qui, quoique illicites d'après la loi étrangère, sont considérés comme licites par la loi égyptienne ».

Conclusion du Chapitre 1

Les actions en responsabilité intentées contre les centres sont, *a priori*, des actions de droit commun. L'auteur de l'action reproche, souvent, au centre le manquement d'une obligation lorsqu'il a prononcé une des décisions institutionnelles, et demande à ce titre la réparation de dommage subi et peut-être la résolution du contrat s'il y a lieu. L'objet de l'action n'est ni l'annulation d'une décision institutionnelle ni la rectification d'un mal-jugé. D'ailleurs, le juge compétent pour être saisi d'une en responsabilité n'est ni le juge d'appui ni le juge du contrôle qui statue sur voies de recours contre la sentence arbitrale. Il est plutôt le juge du droit commun territorialement susceptible d'être saisi selon les règles de conflit des juridictions des litiges survenant du contrat principal.

En ce qui concerne les règles de conflit des juridictions, on a constaté l'applicabilité des règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu pour les actions en responsabilité engagées contre les centres d'arbitrage. Ces actions ne font pas partie de l'exclusion des matières arbitrales prévues par ces règlements. On a constaté aussi les chefs de rattachement déterminant la compétence judiciaire ainsi que les chefs de rattachement déterminant la loi applicable dans chaque système juridique.

Après avoir montré la possibilité de soumettre la responsabilité des centres d'arbitrage -soit contractuelle, soit délictuelle- à plusieurs régimes, il nous paraît pertinent de démontrer le régime de responsabilité applicable dans chaque système concerné par notre étude dans le Chapitre suivant.

Chapitre 2 : Les régimes actuels de la responsabilité des centres d'arbitrage

On se penchera dans ce chapitre sur la règle matérielle, c'est-à-dire la loi de fond applicable à la question de la responsabilité des centres. On tentera d'apprécier les positions des systèmes juridiques concernés par notre étude au regard de la question de la responsabilité des centres.

La responsabilité des centres est fixée en général par deux solutions assez simples. Soit la responsabilité est soumise au droit commun de la responsabilité civile, en considérant la fonction administrative des centres d'arbitrage. Soit on prévoit l'application d'un régime d'immunité arbitrale, c'est-à-dire de déroger aux règles de droit commun en se fondant sur leur fonction juridictionnelle. Alors que la première solution est plutôt appliquée par les juridictions de tradition de droit civil, la deuxième est adoptée par les juridictions des pays de common law. Dans tous les cas ces solutions sont d'origine jurisprudentielle.

Dans ce chapitre on s'efforcera de mettre en évidence les défauts des régimes de responsabilité fondés sur la fonction exclusivement administrative des centres d'arbitrage (Section 1), de discuter de l'immunité reposant sur la fonction exclusivement quasi juridictionnelles des centres d'arbitrage (Section 2) et de l'immunité reposant sur le statut de personnes de droit international public attribué aux centres d'arbitrage (Section 3).

Section 1 : L'insuffisance du régime de la responsabilité civil fondé sur la fonction exclusivement administrative

Plusieurs actions en responsabilité sont engagées à l'encontre des centres d'arbitrage devant des juridictions françaises ainsi que des juridictions suisses. Dans cette section on indiquera la position de ces juridictions à l'égard des actions intentées en tentant d'expliquer comment les systèmes juridiques français et suisse ont justifié la mise en place de la responsabilité civile des centres.

La responsabilité civile des centres dirigeant un arbitrage international a été généralement mise en cause devant la juridiction française à cinq occasions principales, il s'agit des affaires « *Reffainers d'Homes* », « *République de Guinée* », « *Cekobanka* », « *Cubic* », « *SNF* » et « *FFM* ».

On exposera d'abord, la question de la responsabilité contractuelle (Sous-section 1) qui a été soulevée à l'occasion d'actions réclamant la résiliation/résolution du contrat de direction d'arbitrage. En outre, bien que ce soit rare, la responsabilité des centres a été parfois soulevée lors d'actions réclamant la réparation du dommage sans solliciter la résolution du rapport contractuel, par exemple dans l'arrêt « *SNF* »⁷¹⁴.

Ensuite, on verra des hypothèses de recherche d'une responsabilité extracontractuelle (Sous-section 2) devant la juridiction française au cours d'actions portées devant le juge de droit commun, dont l'auteur réclamait la réparation du dommage né de la nullité du contrat de direction de l'arbitrage ou d'un fait juridique délictuel.

Et enfin, on soulignera les conséquences défavorables résultant du régime de responsabilité civile (Sous-section 3) fondé sur la responsabilité exclusivement administrative.

⁷¹⁴ e.g. CA Paris, 22 janv. 2009 (*Sté SNF*), note Ch. Jarrosson, op.cit.; aussi Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*

Sous-section 1 : La responsabilité contractuelle lors des demandes de *résiliation/résolution* et de réparation du dommage

Les centres peuvent voir leur responsabilité mise en cause en raison d'un manquement à une des obligations prévues dans leurs rapports contractuels soit avec les litigants, soit avec les arbitres⁷¹⁵. Dans cette perspective, on étudiera la position de la juridiction française quant à la question de la responsabilité contractuelle des centres lorsqu'elle est saisie d'une demande de résiliation/résolution du contrat⁷¹⁶ ou de réparation du dommage subi par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de direction d'arbitrage.

L'engagement de la responsabilité des centres d'arbitrage est plus fréquent lors des demandes de résolution du contrat de direction d'arbitrage ou lors des demandes de la réparation de dommages subis en raison de la mauvaise exécution du contrat. Pour décider s'il y a lieu de procéder à la résolution d'un contrat de direction de l'arbitrage, la juridiction française détermine d'abord l'obligation contractuelle mise en jeu pour démontrer, à l'ueur des faits, si le centre a bien exécuté son obligation ou s'il a commis une faute à l'égard des parties. Ensuite elle prononce le cas échéant, la résolution ou la résiliation et l'allocation de dommages-intérêts.

Souvent les obligations à l'occasion desquelles la responsabilité des centres a été engagée sont les obligations de faire respecter le délai de l'instance arbitrale, d'examiner la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage, d'assurer la

⁷¹⁵ E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.*

⁷¹⁶ Certes la distinction entre la résolution et la résiliation, en tant que deux concepts de droit civil, est sans équivoque claire. Le fait qu'on fasse référence commune à ces deux situations dans le même contexte ne veut pas dire qu'on confond l'un avec l'autre. Le rapprochement est fondé sur des raisons pratiques liées à la nature de notre étude et la similitude des fondements de l'action en responsabilité engagée à l'encontre d'un centre d'arbitrage. En effet, que la demande soit la résiliation ou la résolution est une question qui dépend de plusieurs critères. Cela dépend de ce que l'auteur demande en l'espèce, s'il demande la restitution alors il sollicite la résolution. Cela dépend également de l'état du contrat de direction de l'arbitrage, si une partie du contrat est déjà exécuté par le centre, l'auteur de l'action ne peut demander que la résiliation parce que dans un contrat de prestation de service la restitution n'est pas concevable pour le service qui est déjà rendu. En troisième lieu, donner droit à la résiliation ou la résolution est une question de droit qui est soumise à la discrétion du juge. Tous ces critères expliquent la diversité des actions dans lesquelles les demandes ne sont pas homogènes. Dans notre étude, on observe des auteurs de l'action en responsabilité qui demandent, dans certaines actions, la résiliation, alors que d'autres demandent la résolution bien que le contrat en cause soit le même, à savoir le contrat de direction d'arbitrage.

constitution du tribunal arbitral et de garantir un procès équitable et une sentence efficace.

§ 1 : Le respect du délai de l'instance arbitrale

Le centre doit respecter les délais d'arbitrage. La prolongation d'un délai d'arbitrage déjà prévu par les parties porte atteinte à la volonté des parties et au principe de la célérité d'arbitrage⁷¹⁷.

D'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler qu'il incombe au centre d'arbitrage de s'assurer que l'instance arbitrale se déroule à un rythme normal et qu'elle ne prend pas, par exemple, de retard, du fait d'une disponibilité insuffisante des arbitres⁷¹⁸. En revanche, selon la jurisprudence française, un centre d'arbitrage peut, sur une demande motivée ou au besoin d'office, prolonger le délai d'arbitrage, s'il l'estime nécessaire⁷¹⁹. Or, une prolongation excessive du délai de l'instance arbitrale justifie la résiliation du contrat pour l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle née du contrat de direction de l'arbitrage.

Dans l'affaire « *Cubic* », la société américaine a demandé, subsidiairement au cas où le contrat n'est pas jugé nul, la résiliation du contrat et l'allocation de dommages et intérêts afin de réparer le dommage subi à cause du comportement de la C.I.A. de la C.C.I. Elle reproche à la C.C.I. de n'effectuer aucune diligence quant à la durée de l'arbitrage qui s'est prolongé sur plus de cinq ans, ce qui s'oppose au règlement de la C.C.I. prévoyant que l'arbitrage ne dépasse pas le délai de 6 mois⁷²⁰.

Elle a, donc, réclamé la résiliation du contrat et l'allocation des dommages-intérêts conformément aux articles 1142 et 1184 du Code civil⁷²¹. Cependant, la Cour d'appel de Paris n'a pas considéré le fait que l'arbitrage se soit déroulé pendant une durée qui dépasse 5 ans constitutif d'une faute qui justifie l'engagement de la responsabilité de la C.C.I.

D'après la Cour d'appel, il faut que la décision prorogeant le délai de l'arbitrage C.C.I. soit prononcée de mauvaise foi pour engager la responsabilité de la C.C.I. Il faut démontrer que la C.I.A., en accordant telle prorogation de délai, a

⁷¹⁷ E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 27.

⁷¹⁸ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*, p. 626

⁷¹⁹ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 230

⁷²⁰ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.* p. 168

commis une faute grave⁷²². La motivation de la Cour d'appel, dans cette décision, démontre incontestablement que l'obligation de proroger le délai de l'arbitrage, à la charge du centre, est une obligation de moyens. Le centre ne peut pas avoir sa responsabilité engagée sauf en cas d'une faute grave. Alors, le centre d'arbitrage, C.C.I. en l'espèce, doit mettre tout en œuvre pour que la procédure d'arbitrage se termine dans le délai prévu. Dans cette perspective, la C.I.A. doit faire attention que les prorogations attribuées n'aboutissent à une sentence rendue hors délai. Normalement, le retard de la procédure trouve le plus souvent sa cause dans des raisons étrangères à l'institution⁷²³.

Dans une affaire similaire, la société « *SNF* » demandait la résiliation du contrat de direction d'arbitrage parce que la C.C.I. avait accordé des prorogations de délai sans les motiver. La Cour d'appel a refusé cette allégation en estimant que la C.I.A. a examiné, scrupuleusement, chaque demande de prorogation qui lui était soumise. Dès lors qu'il s'agit d'une obligation de moyens, la Cour a considéré que le respect de la célérité de l'instance n'incombe pas seulement au centre, mais également aux litigants ils-mêmes. Il faut que ceux-ci coopèrent à l'instance et qu'elles soient responsables de toute cause de prolongation provenant de leur comportement.

En l'espèce les parties avaient participé à trois réunions de procédure et à trois audiences, elles avaient obtenu quinze ordonnances de procédure et rendu trente-deux mémoires au tribunal arbitral. À ce titre, la Cour d'appel a débouté la société *SNF* de son allégation visant l'engagement de la responsabilité de la C.C.I. pour la prorogation des délais de l'arbitrage qu'elle n'a d'ailleurs jamais critiquée pendant l'instance arbitrale.

⁷²¹ *id.*

⁷²² CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 173 ; *cf.* aussi *infra.*, « Section 2 : Les conditions de la responsabilité civile des centres d'arbitrage », p. 392

⁷²³ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 182 ; *infra.*, « Section 2 : Les conditions de la responsabilité civile des centres d'arbitrage », p. 392.

*§ 2 : L'obligation de prudence lors de l'examen des
incidents arbitraux*

Souvent la partie mécontente de la sentence arbitrale reproche au centre d'arbitrage de ne pas avoir été prudent lors qu'il se prononçait sur les incidents de récusation, l'examen *prima facie* de la validité de clause compromissoire ou l'approbation du projet de sentence arbitrale.

À titre d'exemple, la société Cubic a reproché à la C.C.I. d'avoir refusé de vérifier la nature de l'ordonnance de procédure n° 6 et de ne pas avoir ouvert une procédure de remplacement des arbitres. Elle a considéré que le refus de la C.I.A. d'ouvrir une procédure de remplacement des arbitres est une faute qui justifie sa demande de résiliation du contrat de direction d'arbitrage et de dommages et intérêts sur le fondement des articles 1142 et 1184 du Code civil⁷²⁴.

Ici encore, la Cour d'appel a considéré que cette décision ne peut "en soi" engager la responsabilité du centre. Elle a jugé que le refus, non motivé, de la C.C.I. de remplacer l'arbitre ne constitue pas, en soi, une faute permettant d'engager sa responsabilité dès lors que la volonté commune des parties à l'arbitrage, en adhérant aux statuts de la C.C.I, autorise la C.I.A. de se prononcer sur une telle demande, au vu des seules explications écrites des parties à l'arbitrage, sans recours et sans que les motifs de sa décision ne soient communiqués⁷²⁵.

Le règlement laisse à la C.I.A. le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la demande de remplacement lorsqu'elle émane seulement de l'une des parties. Donc, le centre n'a commis aucune imprudence permettant l'engagement de sa responsabilité. Cependant, il convient d'indiquer que la Cour d'appel n'a pas exclu, dans cet arrêt, que le refus de remplacement aurait pu être fautif, si le manquement à la prudence avait pu être caractérisé. La responsabilité du centre aurait pu alors être engagée⁷²⁶.

Dans une autre affaire, la décision de la C.I.A. faisant droit à une demande de récusation d'un arbitre n'a pas été très bien reçue par les sociétés Raffineries d'Homs. Elles ont assigné la C.C.I. en responsabilité et elles ont demandé la réparation du préjudice qu'elles auraient subi du fait d'une décision de récusation

⁷²⁴ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 168.

⁷²⁵ *ibid.*, p. 173

⁷²⁶ *id.*

prise d'une façon illégale et intempestive. Pourtant, la Cour d'appel de Paris a débouté les sociétés Raffineries d'Homs de leurs demandes de réparation du dommage subi par la prétendue faute d'accepter la demande de récusation. Elle a jugé que la C.C.I. ne fait état d'aucune violation du règlement auquel elle avait adhéré. Au contraire, elle a estimé, selon les pièces versées aux débats, que le règlement a été bien appliqué, y compris les obligations à respecter lorsque le centre se prononce sur la récusation en cause.

Bien que la Cour a rejeté la recevabilité de cette action, on tire des derniers termes de sa décision que « *la recherche de la responsabilité de la C.C.I. suppose que la décision de la Cour internationale de l'arbitrage ait été préalablement reconnue irrégulière* »⁷²⁷. Les centres peuvent voir leur responsabilité engagée, s'il y a lieu. Par exemple, le centre risque de voir sa responsabilité engagée, si une sentence est annulée à cause d'une désignation d'arbitre irrégulière faite par le centre dirigeant l'arbitrage.

Une autre fois, il a été reproché à la C.C.I, dans l'affaire « *Cekobanka* », d'avoir manqué de prudence lorsqu'elle a décidé l'inexistence de la convention d'arbitrage, après avoir été saisie d'une demande d'arbitrage faite par la banque Cekobanka. Elle a informé les parties, par référence à l'article 7 de son règlement, que l'arbitrage international sollicité ne pouvait avoir lieu à cause de l'inexistence de la convention d'arbitrage.

Non satisfaite par la décision de la C.I.A. qui a décliné sa demande d'arbitrage, la banque a engagé une action en responsabilité à l'encontre de la C.C.I. auprès du TGI de Paris. Elle a demandé que la C.C.I. soit condamnée à mettre en place, sous astreinte, une juridiction arbitrale tout en se réservant, subsidiairement, la possibilité de saisir ultérieurement le Tribunal d'une demande de dommages et intérêts, en invoquant éventuellement un déni de justice qui ouvrirait à son profit un droit à réparation de son entier préjudice⁷²⁸.

Le TGI de Paris a considéré que la faute reprochée au centre est d'origine contractuelle étant donné que le rapport contractuel existe déjà entre les parties et la C.C.I. dès le moment où la C.C.I. a accepté d'examiner la demande d'arbitrage. Ainsi, il incombe certainement à la C.C.I. l'obligation de constater au regard et selon

⁷²⁷ CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*, p. 150

⁷²⁸ Cf. aussi TGI Paris, 8 oct. 1986 (Cekobank), *op. cit.*

les modalités dudit Règlement spécialement de son article 7, devenu la loi des parties l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage et, dans la négative, si la partie défenderesse ne répond pas dans un délai de trente jours... ou décline l'arbitrage..., d'informer la partie demanderesse que cet arbitrage ne peut avoir lieu⁷²⁹.

Le Tribunal a estimé que les arguments avancés n'étaient pas convaincants pour reconnaître ni l'évidence, ni l'existence, ni l'usurpation des pouvoirs judiciaires propres à l'arbitrage. C'est-à-dire l'absence de manquement aux obligations de prudence. Par suite, il a considéré que la C.C.I. n'a pas failli à ses obligations contractuelles, et il a débouté, par suite, Cekobanka de toutes ses demandes et prétentions⁷³⁰.

§ 3 : La garantie d'un procès équitable

Dans l'affaire « République de Guinée », citée ci-dessus, après avoir échoué à obtenir la nullité de la clause compromissoire, l'État de Guinée a réclamé, auprès du TGI de Paris, la résiliation des conventions de direction de l'arbitrage. Il a reproché à la Chambre arbitrale de Paris de ne pas respecter l'obligation d'indépendance et d'impartialité.

D'après le demandeur, la Chambre arbitrale de Paris devait, lors de la direction de l'arbitrage, assurer "*un procès équitable*" au sens du droit interne et des articles 6 de la CEDH et l'article 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques⁷³¹. La République de Guinée estimait que la Chambre devait mettre les instances arbitrales dans des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et l'objectivité, propres à toute instance juridictionnelle⁷³².

Pour bien fonder sa demande de résiliation, l'État de Guinée a utilisé deux incidents qui révèlent clairement le manquement du centre, organisateur de l'arbitrage, à son obligation d'indépendance et d'impartialité. Le premier incident

⁷²⁹ TGI Paris, 8 oct. 1986 (Cekobank), *op. cit.*

⁷³⁰ *id.*

⁷³¹ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*

⁷³² *ibid.*, p. 371

résidait dans la volonté du centre de lier les trois arbitrages dans le cadre du même litige, bien qu'une première convention stipulât expressément la compétence de la C.C.I. et que la deuxième convention ne fût pas dénuée de toute ambiguïté. Le second incident résidait dans le maintien d'une procédure d'urgence inadaptée aux litiges ainsi que dans la poursuite des opérations d'arbitrage malgré les graves difficultés rencontrées comme le démontraient les procédures incidentes engagées devant les juridictions étatiques.

À cet effet, le TGI de Paris a jugé que, malgré la fonction administrative des centres reconnue par la jurisprudence française, le centre d'arbitrage n'avait pas été et n'était plus en mesure de donner à la République de Guinée le sentiment légitime de participer à une procédure d'arbitrage répondant en tous ses éléments, et notamment, dans ses exigences de confiance et de sérénité, aux impératifs de l'article 6 de la CEDH. En bref, il a considéré que la Chambre n'était pas dans une position impartiale qui assure d'avoir un procès équitable, et à cet effet, il avait prononcé « *la résiliation des liens contractuels convenus entre la Chambre arbitrale de Paris et les parties au litige, les circonstances de cette rupture, pour exceptionnelle soit-elle, étant imputables tant au centre organisateur des arbitrages qu'aux contractants aux conventions* »⁷³³.

Mais, le jugement du premier degré a été infirmé ultérieurement par la Cour d'appel. Pourtant, on ne pense pas que l'infirmation de la décision des premiers juges était fondée sur un mal jugé parce que la Cour d'appel a estimé que les obligations d'indépendance et d'assurer un procès équitable n'ont pas été bien respectées. Il est bien évident dans la motivation de la Cour d'appel qu'il incombe au centre d'assurer à la fois son indépendance et un procès équitable.

Cependant, l'infirmation était plutôt fondée sur le caractère *ultra petita* de la décision des juges du premier degré lorsqu'ils constataient que les parties avaient manifesté et manifestaient encore « *sans équivoque leur volonté de recourir à une procédure d'arbitrage pour régler leur litige* ». Et ils avaient en conséquence décidé de procéder, sous le contrôle du Président du Tribunal, à la constitution de deux

⁷³³ *id.*

tribunaux arbitraux *ad hoc*. De la sorte, ils préservent l'efficacité des clauses compromissaires⁷³⁴.

La Cour d'appel affirmait que le juge étatique n'avait pas le « *pouvoir de substituer sa volonté à celle des parties ou à celle de l'une d'elles qui s'y refuserait* ». Cette atteinte (partielle, mais certaine) à la clause compromissoire constituait bien, à la réflexion, le point le plus faible du jugement attaqué. Il est vrai en effet que la coopération du juge étatique lors de la mise en place de l'arbitrage ajoute parfois à une volonté commune défaillante, mais ne l'écarte jamais. À quoi l'on répondra que c'était le juge de droit commun qui se prononçait ici, et qu'on lui demandait seulement de dire si le contrat de direction de l'arbitrage, liant le centre et les parties, devait être résilié. Ce n'était pas le juge d'appui chargé, par les articles 1459 et 1506 du CPC, de régler des difficultés de constitution du tribunal arbitral, et dont les pouvoirs sont effectivement d'une autre nature et beaucoup plus restreints.

Si la décision du premier degré avait prononcé la résiliation sans imposer un arbitrage *ad hoc*, sous sa surveillance, on pense que la Cour d'appel n'aurait jamais infirmé la décision. Et par conséquent, il y aurait eu lieu d'engager la responsabilité du centre pour défaut d'indépendance et pour ne pas avoir assuré un procès équitable.

§ 4 : La garantie d'une sentence efficace : assurer la régularité de la forme de sentence et sa conformité à l'ordre public

L'obligation d'assurer une sentence efficace suppose la validité en la forme de la sentence. En général, une sentence arbitrale ne doit pas en tout état de cause porter une atteinte flagrante à l'ordre public.

L'annulation de la sentence en raison de la contrariété en la forme de la sentence à l'ordre public constitue un manquement qui permet aux litigants d'assigner le centre en responsabilité que l'atteinte soit flagrante ou non. Par contre, l'annulation de la sentence pour la contrariété du fond de la sentence à l'ordre public dépend du degré de l'atteinte qu'elle porte. Si le fond de la sentence porte une atteinte flagrante, la sentence sera annulée, et à ce titre, le centre risque de voir sa

⁷³⁴ CA Paris, 18 nov. 1987; CA Paris, 4 mai 1988; TGI Paris, 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de

responsabilité engagée en raison de la faute lourde née du manquement à l'obligation d'assurer une sentence exécutable. En revanche, si l'atteinte à l'ordre public n'est pas flagrante, l'annulation de la sentence n'est pas concevable, et par conséquent il n'y a pas lieu de parler de la responsabilité du centre en l'absence de faute.

À cet égard, il convient de distinguer, a priori, la sentence arbitrale des conditions dans lesquelles elle a été rendue. Bien que la sentence ne peut en soi constituer le fondement juridique permettant la mise en jeu de la responsabilité civile, les conditions et la manière dans lesquelles la sentence a été rendue pourraient justifier l'engagement de la responsabilité des centres⁷³⁵.

Dans l'affaire « SNF », la société SNF s'est fondée sur la décision belge, annulant la sentence arbitrale fondée sur la contrariété à l'ordre public communautaire⁷³⁶, pour engager la responsabilité de la C.C.I. d'avoir prononcé une sentence non exécutable. Elle prétendait que la C.I.A. est tenue, conformément à l'article 27 de son ancien règlement, de contrôler la légalité des solutions de fond des projets de sentences qu'elle était appelée à approuver et, notamment, de vérifier leur conformité à l'ordre public communautaire.

Pourtant la Cour d'appel de Paris a rejeté une telle demande. Elle a jugé que le contrôle effectué par la C.I.A., avant signature, porte autant sur la forme que sur le fond de la sentence. Le contrôle prévu par l'article 27 consiste dans la prescription de « modifications de forme » que les arbitres sont tenus de respecter. De plus, même si on suppose à tort que le centre est tenu de réviser la conformité du fond du projet de la sentence à l'ordre public, il se borne seulement à appeler « *l'attention du tribunal arbitral sur les points intéressants le fond du litige. [Il] n'a pas le pouvoir d'insérer des modifications au fond du litige* »⁷³⁷.

La position de la Cour d'appel était fondée sur le principe de non-immixtion du centre dans la mission du tribunal arbitral ; un principe tiré de la distinction faite

Guinée), note ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657.

⁷³⁵ Th. Clay, « La responsabilité civile du centre d'arbitrage », *op. cit.*

⁷³⁶ Traité CE afférent au droit de concurrence, Art. 81

⁷³⁷ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 230; E. Loquin, « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré-Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *op. cit.*, p. 427 et s.

entre les fonctions d'organisation de l'arbitrage dévolues au centre d'arbitrage et les fonctions juridictionnelles propres aux arbitres.

La Cour d'appel a considéré que la C.C.I. avait parfaitement joué son rôle en l'espèce. Le fait d'appeler l'attention des arbitres que la sentence arbitrale risquait de violer de l'ordre public, ce que la Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs reconnue dans son arrêt du 23 mars 2006⁷³⁸ estimant que la violation de l'ordre public à cause de la sentence n'était pas flagrante, démontre que le centre a bien respecté son obligation contractuelle d'assurer la conformité de la forme de sentence à l'ordre public⁷³⁹.

Donc, dès lors qu'une sentence arbitrale est annulée à cause d'une irrégularité dans la forme, que ce soit flagrant ou non, la C.C.I. risque de voir sa responsabilité engagée. En revanche, s'il s'agit d'une irrégularité du fond, le centre ne risque pas de voir sa responsabilité mise en cause sauf si l'irrégularité porte une atteinte flagrante à l'ordre public.

La faute reprochée au centre doit être caractérisée pour engager sa responsabilité. Le demandeur à l'action peut, donc, se référer à l'annulation d'une sentence qui portait une atteinte flagrante à l'ordre public pour engager la responsabilité des centres puisque ce dernier est tenu d'assurer une sentence exécutable et non annulable pour la contrariété à l'ordre public.

La responsabilité du centre d'arbitrage a aussi été mise en cause sur le fondement d'un manquement à assurer une sentence exécutable. Dans l'affaire « *FFM* », le centre d'arbitrage, la Commission d'arbitrage de la Fédération française des industries lainière et cotonnière (FFILC), a été assigné en justice par la partie qui avait triomphé en arbitrage. Elle a demandé l'allocation des dommages-intérêts pour le dommage subi par l'annulation de la sentence arbitrale pour violation du principe du contradictoire, principe d'ordre public. Elle a reproché au centre d'avoir violé le principe de non-immixtion dans la mission judiciaire de l'arbitre ainsi que le principe du contradictoire en transmettant à l'arbitre unique une pièce fournie par une société, tierce à l'arbitrage, sans la communiquer aux litigants. Ce comportement était la cause de l'annulation de la sentence arbitrale rendue en faveur du demandeur à l'action en responsabilité.

⁷³⁸ L'appel interjeté contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence

⁷³⁹ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*, p. 626.

Le TGI de Nanterre a engagé la responsabilité de la FFILC, sans malheureusement bien préciser pour quel manquement le centre était tenu responsable⁷⁴⁰. S'agit-il du manquement à l'obligation générale d'assurer une sentence exécutable, ou le manquement au principe du contradictoire (procès équitable -article 6 al.1 CEDH- qui d'ordre public aussi), ou enfin le manquement à l'obligation de non-immixtion dans la mission d'arbitre (la séparation entre la mission administrative et celle judiciaire d'arbitre) ? En effet l'ambiguïté de la motivation du jugement rend la décision un peu confuse⁷⁴¹.

On peut penser que la responsabilité n'était engagée ni pour le manquement au principe du contradictoire ni pour l'immixtion dans la mission judiciaire des arbitres. Il l'était plutôt pour le manquement à assurer une sentence efficace. C'est l'interprétation la plus cohérente et consistante avec la décision « *SNF* » utilisant l'expression « flagrante » lors de l'appréciation de la responsabilité des centres pour les sentences annulées pour contrariété à l'ordre public.

On constate d'un côté que la violation de l'ordre public est le fondement sur lequel la partie mécontente de l'arbitrage exerce son recours en annulation contre la sentence arbitrale. En revanche, d'un autre côté, la décision prononçant la nullité de la sentence -pour contrariété à l'ordre public- est souvent le fondement d'une action en responsabilité engagée, par la partie satisfaite de la sentence, à l'encontre du tribunal arbitral ou du centre d'arbitrage, selon le cas, pour réparer le dommage qu'elle a subi du fait de l'annulation⁷⁴².

Après avoir abordé la responsabilité contractuelle, on aborde dans le prochain paragraphe l'autre aspect de la responsabilité civile des centres, à savoir la responsabilité extracontractuelle.

⁷⁴⁰ TGI Nanterre, 1 juill. 2010 (Sté FFM), C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁴¹ TGI Nanterre, 1 juill. 2010 (Sté FFM), sous note Ph. Stoffel-Munck, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 avril 2011 n° 2, P. 401.

⁷⁴² Th. Clay, « La responsabilité civile du centre d'arbitrage », *op. cit.*

Sous-section 2: La responsabilité extracontractuelle lors des demandes d'annulation ou des fautes precontractuelle commises par le centre d'arbitrage

La nullité du contrat de direction d'arbitrage, et par la suite la responsabilité des centres d'arbitrage, a été rencontré dans plusieurs occasions. Les demandes de nullité du contrat ont été soulevées en évoquant tantôt l'absence de cause (1), tantôt l'illicéité d'objet (2) ou même pour vice du contentement (3). En outre, la responsabilité extra contractuelle des centres d'arbitrage a été mise en cause pour les manquements d'obligations que le centre doit respecter avant la formation du contrat de direction de l'arbitrage, il s'agit de l'hypothèse où l'un des litigants conteste la décision *prima facie* du centre prononçant, à tort, l'opposabilité de la clause compromissoire (4). De même, la responsabilité extra contractuelle des centres d'arbitrage été mise en cause pour les fautes commises par le centre qui serait l'origine et la cause directe du dommage subi par l'auteur de l'action, il s'agit du caractère dolosif des conditions et circonstances dans lesquelles le contrat de direction de l'arbitrage avait été conclu (5).

§ 1 : Nullité pour l'absence de cause

Dans l'arrêt du 15 septembre 1998, la société Cubic a saisi la Cour d'appel de Paris pour faire annuler le contrat de direction d'arbitrage, et engager, à ce titre, la responsabilité du centre d'arbitrage, la C.C.I. en l'espèce, pour le dommage subi.

La société Cubic a réclamé la nullité pour défaut de cause objective aux motifs que son cocontractant, la C.C.I. n'était débitrice d'aucune obligation véritable. Elle a demandé la nullité du contrat parce que les obligations qu'elle avait elle-même acceptées se trouvaient sans cause dans ce contrat synallagmatique⁷⁴³. Elle prétendait que les obligations à la charge de la C.I.A. n'étaient pas juridiquement contraignantes puisque cette dernière échappait à toute espèce de contrôle dans l'exécution de ses devoirs⁷⁴⁴.

D'après l'appelant, les prestations promises par le débiteur -la C.C.I.- étaient en réalité à son bon vouloir, ce qui rend l'obligation du débiteur sans cause en

⁷⁴³ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 167

⁷⁴⁴ *id.*

violation des dispositions de l'article 1126 du Code civil. Un tel pouvoir discrétionnaire aboutirait à une obligation sous condition purement potestative qui est, également, nulle en vertu des dispositions de l'article 1174 du même code⁷⁴⁵.

En plus de ce qu'elle a ci-dessus prétendu, la société Cubic a réclamé l'illicéité du contrat de direction de l'arbitrage en raison de l'atteinte qu'il porte au principe de séparation entre les fonctions juridictionnelles et d'organisation d'un arbitrage⁷⁴⁶. Elle se fondait sur l'article 6 du Code civil, interdisant de déroger conventionnellement aux règles d'ordre public, pour soutenir son allégation : la nullité du contrat. Elle considérait que les décisions sur les demandes de récusation ou de remplacement des arbitres et la révision des projets de sentences arbitrales discrétionnairement et sans le respect de la contradiction empiètent sur la fonction juridictionnelle des arbitres, et cela porte, par conséquent, atteinte à l'ordre public, ce qui rend le contrat nul.

La C.C.I, quant à elle, a défendu sa position en soutenant que ses décisions institutionnelles, comme les décisions sur les incidents de récusation ou celles de remplacement d'arbitres « *relèvent des tâches d'administration de l'arbitrage* » et que son « *contrôle des projets de sentence* » selon l'article 21 (ancien règlement) ou 27 (nouveau règlement) « *n'a pour but que d'assurer à la sentence rendue une plus grande efficacité* ».

De plus, elle a réclamé la fin de non-recevoir pour la prescription du délai. Normalement les obligations à la charge de la C.C.I. ont pour contrepartie celles conjointes des deux parties à l'arbitrage, en l'espèce la société Cubic et la République d'Iran⁷⁴⁷. La C.C.I. prétendait que l'inexistence d'une condition essentielle à l'équilibre de cette convention synallagmatique ne pouvait donc être appréciée que conjointement à l'égard de la société Cubic et de la République d'Iran⁷⁴⁸. Dès lors que la nullité était invoquée par la société Cubic seule, cette nullité ne saurait être opposable à l'autre partie et ne pouvait donc être que relative. En ce sens, la C.C.I. estime que la nullité invoquée pour la première fois dans l'assignation de janvier 1997 était une nullité relative qui est prescrite par l'écoulement du délai de 5 ans prévu par l'article 1304 du Code civil, étant donné

⁷⁴⁵ *id.*

⁷⁴⁶ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*

⁷⁴⁷ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 169

⁷⁴⁸ *id.*

que le contrat la liant à la société Cubic à la C.C.I. a été formé, au plus tard, le 20 décembre 1991⁷⁴⁹.

Après avoir constaté l'application de la loi française au litige, la Cour d'appel de Paris a infirmé la décision du TGI de Paris qui avait rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription invoquée par la C.C.I.⁷⁵⁰. Elle a infirmé la décision des premiers juges qui avaient retenu la nullité absolue pour absence de cause sanctionnant l'inexistence de l'obligation corrélatrice dans un contrat synallagmatique. D'après les juges du premier degré, l'absence de cause est sanctionnée par nullité absolue relevant, non des dispositions de l'article 1304 du Code civil, mais de la prescription trentenaire qui était prévue par l'article 2262 du même code⁷⁵¹.

Conformément à l'article 1304 du Code civil⁷⁵², la Cour d'appel considère que l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Pourtant la Cour parisienne a considéré que seul l'intérêt patrimonial de la société Cubic est susceptible d'être affecté par la prétendue absence de cause des obligations qui lui incombent en vertu du contrat litigieux ; qu'il s'ensuit que la prescription de l'action en nullité de celui-ci obéit à la règle édictée par le texte précité, article 1304 du Code civil, la Cour d'appel a considéré que la nullité était relative en considérant qu'il s'agissait de protéger un intérêt particulier et non l'intérêt général.

Ainsi, en l'espèce, l'action en nullité ayant été formée par la société Cubic le 9 janvier 1997 alors que le contrat de direction de l'arbitrage avait été conclu le 20 décembre 1991, la Cour a jugé que l'action était prescrite. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 février 2001, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel. La haute juridiction s'est fondée sur le critère selon lequel seuls les intérêts patrimoniaux de la société étaient en cause pour qualifier la nullité de relative⁷⁵³. On constate que cette décision va dans un sens contraire à ce que, toutes les deux, la

⁷⁴⁹ *id.*

⁷⁵⁰ TGI Paris, 21 mai 1997; CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 166 ; note P. Lalive, *op. cit.*, p.113 ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 260.

⁷⁵¹ Il convient d'observer qu'aujourd'hui la réforme de 2008 a ramené la prescription trentenaire à 5 ans sauf pour les actions immobilières.

⁷⁵² Code civil français, Art. 1304 « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans ».

⁷⁵³ Cass. Civ. 1^e, 20 fév. 2001 (Sté Cubic), note Th. Clay, *op. cit.*, p.511

doctrine dominante et la jurisprudence considèrent. Jusqu'à présent, le défaut d'objet ou l'absence de cause étaient sanctionnés par la nullité absolue⁷⁵⁴.

§ 2 : Nullité pour objet illicite

Par ailleurs, la nullité du contrat de direction de l'arbitrage a été réclamée pour l'illicéité de son objet en disant que le règlement d'arbitrage comportait des dispositions exorbitantes qui étaient contraires à l'ordre public. Il s'agit des stipulations permettant aux centres de se prononcer sur les incidents de récusation des arbitres, sur l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage ou sur l'approbation du projet de la sentence. Ces stipulations permettent aux centres d'intervenir lors du processus arbitral, ce que certains considèrent comme une atteinte à l'ordre public, à savoir l'intervention d'un tiers dans le processus de rendu de la sentence, ce qui justifie la mise en question de la licéité du contrat. Cette atteinte à l'ordre public résulterait de l'immixtion des centres dans la mission judiciaire des arbitres empiétant sur la compétence du tribunal. Par conséquent, un règlement ou un contrat dont les termes permettant une telle immixtion devrait être jugé nul pour l'illicéité de son objet.

Or, il convient de vérifier d'abord si ces décisions institutionnelles impliquent vraiment une immixtion de la part des centres dans la mission judiciaire des arbitres. La compétence du centre pour se prononcer sur les incidents de récusation, sur l'examen *prima facie* et sur l'approbation en la forme du projet de la sentence arbitrale ne présente pas une immixtion dans la mission des arbitres pour la jurisprudence française qui a régulièrement affirmé que les décisions prises par le centre sur les incidents de récusation n'empiètent pas sur la compétence judiciaire des arbitres. Elle a jugé que le principe de non-immixtion dans la mission judiciaire de l'arbitre est bien respecté malgré une telle intervention⁷⁵⁵.

Le tribunal de grande instance de Paris a jugé, dans sa décision du 21 mai 1997, que « *le rôle non juridictionnel de la Cour internationale d'arbitrage, limité à*

⁷⁵⁴ H.-L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Obligations. Théorie générale. Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. Chabas, 1998, spéc. n° 282 et 305 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, les obligation », *Dalloz*, 7^{ème} éd., 1999, spéc. n° 281, 336 et 375, et la jurisprudence citée., Cass. Civ. 1^{er}, 9 nov. 1999, note A. Cristau, *D.* 200.507; obs. L. Mayaux, *JCP*, 2000.I.219, §3 ; obs. H. Groutel, *Resp. Civ. et assur.*, 2000, chron., n°2.

⁷⁵⁵ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op.cit.*, p. 162 ; note Lalive, *op. cit.*, p. 103.

l'organisation et à la police de l'instance arbitrale, ne l'autorise pas à empiéter sur les pouvoirs des arbitres »⁷⁵⁶. La non-immixtion du centre dans la mission judiciaire des arbitres, lorsqu'il se prononce sur une demande de récusation, a été confirmée par la juridiction du deuxième degré. La Cour d'appel de Paris s'est référée à « *l'objectif d'efficacité* », souhaité par les litigants, réalisé à travers de telles interventions, pour juger qu'« *il n'y a pas ingérence dans la mission de l'arbitre ni modification de sa sentence mais essentiellement fourniture d'un conseil rédactionnel* »⁷⁵⁷. Dès lors, ce litige échappe à la compétence du tribunal arbitral, et donc il n'y a pas lieu de parler d'immixtion dans la mission des arbitres et ni de prononcer la nullité du contrat pour des dispositions prétendument contraires à l'ordre public⁷⁵⁸.

Bien que la position de la juridiction française soit critiquée par certains commentateurs⁷⁵⁹, la majorité soutient une telle jurisprudence. Professeur Loquin explique, dans son commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris sur l'affaire « *Cubic* », comment l'immixtion des centres dans la mission des arbitres n'est même pas concevable⁷⁶⁰. L'incident de récusation ne concerne même pas les frontières entre la compétence juridictionnelle des arbitres et la mission de la C.I.A. Le contentieux de la récusation ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral en droit français, mais de celle du juge étatique chargé d'assister la constitution du tribunal arbitral, à savoir le juge d'appui.

Donc, s'il y a lieu, l'immixtion des centres et par suite la concurrence de compétence n'existe qu'entre le centre d'arbitrage et le juge d'appui. L'arbitre n'a rien à voir avec ces litiges. Le litige soumis au juge de la récusation naît du contrat qui lie les parties aux arbitres et non du contrat, objet du litige soumis aux arbitres en raison de la convention d'arbitrage.

Par ailleurs, on se demande si la disposition prévoyant que les décisions institutionnelles soient rendues en dernier ressort est contraire à l'ordre public ou non. On pense qu'une telle stipulation n'est pas exorbitante et ne porte aucune atteinte à l'ordre public. Au même titre que les ordonnances du juge d'appui,

⁷⁵⁶ *ibid.*, p. 113.

⁷⁵⁷ *id.*

⁷⁵⁸ CA Paris, 15 sept. 1998, note E. Loquin, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁵⁹ V. par exemple CA Paris, 15 sept. 1998, note P. Lalive, *op. cit.*, p.113.

⁷⁶⁰ CA Paris, 15 sept. 1998, note E. Loquin, *op. cit.*, p. 178.

réputées licites bien qu'elles soient rendues en dernier ressort, on pense qu'une stipulation, disant que les décisions prises par le centre sont rendues en dernier ressort, doit être licite.

La doctrine s'est fondée sur la nature contractuelle, liant les litigants au centre, selon laquelle le centre s'est attribué le pouvoir de statuer en dernier ressort, pour relever la licéité de cette stipulation. Le but recherché des litigants en ayant recours à l'arbitrage est la rapidité, la simplicité et l'efficacité des procédures. Afin d'atteindre cet objectif, l'intervention, soit du juge d'appui soit du centre, doit être très limitée et exercée sous forme de référé.

De plus leur décision doit être, en principe, insusceptible de recours. Ces auxiliaires de justice contribuent, en cas de difficulté, à la constitution du tribunal arbitral, à la prorogation éventuelle de la durée du tribunal arbitral ou à régler, enfin, les incidents relatifs à l'abstention de l'arbitre et à sa récusation⁷⁶¹. Donc, le fait de rendre en dernier ressort une décision se prononçant sur une incidence de récusation, ou un acte de police de l'instance en général, n'est pas contraire à l'ordre public.

En revanche, s'il est vrai que les stipulations mentionnées ci-dessus ne portent pas atteinte à l'ordre public, on ne pense pas que c'est le cas pour la stipulation interdisant les demandes reconventionnelles en vertu de l'article 36 al.6 (30.4 version de 1998) du règlement de la C.C.I. Selon ledit article :

« lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, le Secrétaire général peut, après consultation du tribunal arbitral, l'inviter à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours, à l'expiration duquel les demandes auxquelles correspond cette provision seront considérées comme retirées. Si la partie concernée entend s'opposer à cette mesure, il lui appartient de demander, dans le délai ci-dessus, que la question soit tranchée par la Cour. Un tel retrait ne prive pas la partie concernée du droit de

⁷⁶¹ J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire », *op. cit.*, p.544

*réintroduire ultérieurement la même demande dans
une autre procédure ».*

On se demande alors si cette stipulation s'oppose au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, ce qui porterait enfin atteinte à l'ordre public, et par suite rendrait le contrat nul pour l'illicéité de son objet.

La juridiction française a été confrontée à cette question dans l'affaire « *Licencing Projects* ». Il s'agit d'un arbitrage entre la société italienne Pirelli et la société espagnole Licencing Projects à la suite des difficultés survenues entre elles. Le tribunal arbitral n'a pas statué sur les demandes reconventionnelles de la société Licencing Projects en vertu de l'article 30, 4° du règlement de la C.C.I. de 1998 (nouvel article 36 al.6) qui autorise la fixation de provisions distinctes pour les demandes principales et pour les demandes reconventionnelles.

En l'occurrence, la société Licencing Projects, impécunieuse, n'avait pas versé l'avance dont elle était redevable. La Cour d'arbitrage de la C.C.I. avait notifié au tribunal arbitral et aux litigants qu'il y avait lieu de considérer ses demandes reconventionnelles comme retirées. Faute pour le défendeur de payer dans le délai l'avance due au titre de ces dernières, le tribunal a considéré ses demandes reconventionnelles comme **retirées**.

La société Licencing Projects a revendiqué la nullité de la sentence arbitrale comme contraire à l'ordre public et pour manquement au principe du contradictoire. Par conséquent, la jurisprudence française s'est trouvée dans une situation où elle a dû faire un choix entre deux droits fondamentaux. Soit elle donne la faveur au droit d'accès à la justice et à l'égalité entre les parties (sacrifiant ainsi à une vision "équitable" de l'arbitrage), soit elle donne la faveur à l'autonomie de la volonté en appliquant strictement la stipulation du règlement d'arbitrage (allant ainsi jusqu'au bout de la "nature" contractuelle de l'institution arbitrale).

Il convient de démontrer le lien entre la stipulation qui considère les demandes reconventionnelles comme retirées faute de ne pas payer l'avance d'arbitrage redevable et la validité du contrat de direction de l'arbitrage. Si la juridiction française prononce la nullité de la sentence pour le manquement au droit d'accès à la justice parce qu'il constitue une atteinte à l'ordre public, la décision judiciaire pourrait avoir un effet négatif sur la licéité de l'objet du contrat, et par la suite la validité du contrat.

La Cour d'appel de Paris a annulé la sentence arbitrale au visa de l'article 1502 du Code de procédure civile (aujourd'hui, *CPC*, art. 1520, 4° et 5°) au motif que la stipulation du règlement d'arbitrage est, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnée aux nécessités d'une bonne administration de la justice, donc manifestement **excessive** et, à ce titre, contraire à l'ordre public procédural international.

Elle a considéré qu'une telle stipulation prive, d'une part, le défendeur de son droit d'accès effectif à la justice et, d'autre part, elle rompt l'égalité entre les parties exigée grâce au principe du contradictoire. Elle a reproché au tribunal arbitral, saisi de demandes principales et de demandes reconventionnelles, de ne pas statuer sur les secondes comme sur les premières⁷⁶². Elle a considéré que l'arbitre devait tenir pour non écrite la stipulation du règlement d'arbitrage⁷⁶³.

Cependant, la Cour de cassation a été plus nuancée que la Cour d'appel. Elle a cassé l'arrêt en posant une règle qui commande de distinguer selon que les demandes reconventionnelles sont **dissociables** ou **indissociables** des demandes principales⁷⁶⁴. Elle a décidé que le principe d'autonomie de la volonté a une vocation de principe à s'appliquer, mais, dans la limite selon laquelle la stipulation du règlement d'arbitrage ne s'applique que si les demandes reconventionnelles sont **dissociables** des demandes principales.

Si, en effet, les demandes reconventionnelles sont d'un ordre différent, si elles portent sur des prétentions "distinctes" des demandes principales, si leur examen aurait pour conséquence d'étendre le débat à des considérations d'une autre nature que les demandes principales, il est permis de considérer que le principe d'équilibre du procès et d'égalité entre les parties est moins fortement mis en cause.

Selon la Cour de cassation, la stipulation du règlement d'arbitrage ne peut pas en soi être excessive. Cependant, elle devient excessive si la demande reconventionnelle est **indissociable** des demandes principales. Le raisonnement de la Cour de cassation est le suivant : « *le principe d'autonomie ne doit céder que si l'équilibre du procès est effectivement menacé. Et il n'est effectivement menacé que*

⁷⁶² CA Paris, 17 nov. 2011 (Licencing Projects), *Rev. arb.*, 2012.287 ; A cet égard cf. le commentaire de F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012.267.

⁷⁶³ CA Paris, 17 nov. 2011 CA Paris, 17 nov. 2011 (Licencing Projects), *op. cit.*; décision soutenue par E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 29.

*s'il y a une **indissociabilité** entre les demandes principales et les demandes reconventionnelles »⁷⁶⁵.*

Lorsque les demandes reconventionnelles sont **dissociables** des demandes principales, la Cour de cassation fait prévaloir la stipulation contractuelle. En revanche, si les demandes reconventionnelles du défendeur sont **indissociables** des demandes principales, elle décide, en l'espèce, que l'arbitre ne pouvait pas refuser de les juger. D'ailleurs, il faut que les demandes reconventionnelles soient indissociables et non suffisamment liées aux demandes principales. La notion d'indissociabilité est une question limpide déterminée en fonction des faits ce qui relève du juge du fond. La décision de la Cour de cassation retransforme le problème en question de fait plus qu'en question de droit.

Donc la stipulation interdisant les demandes reconventionnelles peut être regardée comme licite. Elle n'est pas exorbitante puisque sa licéité dépend des circonstances dans lesquelles elle est mise en œuvre. Si la stipulation autorise à retirer des demandes reconventionnelles indissociables des demandes principales, elle doit être réputée non écrite, et la sentence rendue doit être annulée. Sinon, les demandes reconventionnelles doivent être considérées comme retirées, et on ne peut envisager la nullité du contrat, en raison d'une telle stipulation car la stipulation n'est pas une clause exorbitante qui porte une atteinte absolue, à l'ordre public international.

§ 3 : Nullité relative : les vices du consentement

La nullité du contrat de direction de l'arbitrage peut être, également, mis en cause s'il y a vice du consentement. Les vices du consentement englobent l'erreur, le dol et la violence. Le vice du consentement souvent soulevé dans le cadre de notre étude pour demander la nullité est l'erreur sur la personne contractante. Il convient d'indiquer que cette erreur n'a aucun effet sur la validité de la clause compromissoire conclue entre les parties. C'est-à-dire que si une des parties à l'arbitrage s'est trompée sur le centre désigné, elle peut demander l'annulation du

⁷⁶⁴ Cass. Civ. 1^e, 28 mars 2013 (Licencing Projects), *Rev. arb.*, 2013.748.

⁷⁶⁵ J. Béguin « Conditions de la contrariété à l'ordre public international des stipulations mettant hors arbitrage les demandes reconventionnelles d'un défendeur impécunieux », *JCP G*, n° 21, 20 mai 2013, p. 559.

contrat de direction de l'arbitrage sans mettre en cause la validité de la clause compromissoire.

L'erreur sur la personne contractante a été soulevée par la République de Guinée devant le TGI de Paris pour mettre fin à l'arbitrage introduit devant la Chambre arbitrale de Paris⁷⁶⁶. En l'espèce, la République de Guinée a signé les 18 et 19 octobre 1984 trois contrats dans lesquels sont stipulées des clauses compromissoires :

– le premier, conclu le 18 octobre 1984 avec les sociétés Sobeprim et Epsa Afrique pour des missions d'études et de direction générale des travaux, désigne la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) pour organiser la procédure d'arbitrage,

– le deuxième, également du 18 octobre 1984, passé avec l'entreprise générale de construction Omnium de travaux (dite Omnium) pour la réalisation de ce chantier, stipule qu' « *en cas de désaccord, le litige sera tranché définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre arbitrale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement et siégeant à Paris* »,

– le troisième, en date du 19 octobre 1984, est la convention financière convenue entre la République de Guinée et la Carfa Trade Group S.A. pour assurer la garantie financière de cette opération; l'article 13 § 4 de cet accord, stipule qu'à défaut de règlement amiable d'un litige entre les parties, « *le différend sera tranché définitivement suivant les dispositions du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre arbitrale de Paris par trois arbitres nommés conformément à ce Règlement* »;

A la suite de difficultés survenues entre les parties, les sociétés cocontractantes de la République de Guinée ont introduit, les 20 juin et 24 septembre 1985, contre cet État une demande d'arbitrage devant la Chambre arbitrale de Paris qui a mis en œuvre l'instance arbitrale pour chacune de ces trois instances arbitrales.

Pour s'opposer à ces dernières procédures arbitrales, la République de Guinée a saisi le TGI de Paris de difficultés de constitution des tribunaux arbitraux. Elle a reproché à la Chambre arbitrale de Paris d'avoir accepté d'organiser le premier

⁷⁶⁶ TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *op. cit.*, p. 371

arbitrage impliquant les sociétés Sobeprim et Epsa Afrique, dont la clause compromissoire désigne clairement la C.C.I. pour organiser l'arbitrage.

Le Tribunal de grande instance de Paris, statuant en la forme des référés, a jugé le 30 mai 1986 que la C.C.I. est le centre d'arbitrage convenu entre les parties pour organiser l'arbitrage du litige, alors que la Chambre arbitrale de Paris est désignée comme centre préconstitué pour l'organisation de l'arbitrage des deux autres litiges.

Pour s'opposer à ces deux dernières procédures arbitrales, la République de Guinée a fait assigner la Chambre arbitrale de Paris en annulation des clauses compromissoires susvisées, pour erreur sur la personne du centre d'arbitrage. Dans son assignation, la République de Guinée oppose la nullité des clauses compromissoires pour avoir été induite en erreur sur le Règlement, le fonctionnement et l'objet de la Chambre arbitrale de Paris, tant à l'origine des conventions qu'au cours de la procédure lorsqu'elle a eu connaissance du rôle joué par le secrétaire général de ce centre d'arbitrage.

La République de Guinée s'est fondée sur un vice du consentement affectant la désignation d'un centre d'arbitrage pour demander la nullité de la clause compromissoire. Or, une telle demande relève exclusivement de la compétence du tribunal arbitral appelé à connaître du litige en vertu de l'article 1466 du CPC (nouvel article 1465). Selon ledit article, il appartient seulement à l'arbitre de statuer sur la validité ou les limites de son investiture lorsqu'une partie conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de celui-ci.

Étant conscient que les juridictions arbitrales dans les litiges opposant la République de Guinée et les sociétés Omnium et Carfa ont été constituées le 26 juin 1986, à la suite de l'acceptation de leur mission par les arbitres qui ont été réunis à l'initiative de la Chambre arbitrale de Paris, le TGI de Paris a décidé qu'il n'y a donc pas lieu pour le tribunal d'examiner les moyens tirés d'une erreur commise sur la personne du centre d'arbitrage pouvant fonder la nullité des conventions d'arbitrage (article 1110 du Code civil)⁷⁶⁷.

La juridiction de deuxième degré, bien qu'elle ait constaté qu'une erreur avait été évidemment commise **sur les qualités substantielles** du cocontractant, dans une

⁷⁶⁷ *id.* ; sur ce point *cf.* Ph. Foucahrd, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p.225 ; CA Paris, 4 mai 1998 (Sté Cubic), note Ph. Foucahrd, *op. cit.* p. 657.

convention où la considération des qualités de la personne est déterminante, a rejeté l'appel de la République de Guinée. Elle a décidé que le juge étatique avait épuisé sa compétence. La Cour d'appel a motivé sa décision en disant que la République de Guinée a renoncé à frapper de recours, organisé suivant les modalités de l'art. 1457 (nouveau 1460 CPC)⁷⁶⁸, le jugement en référé du 30 mai 1986 déclarant irrecevable la demande d'annulation de la clause compromissoire. Elle a décidé que c'est à bon droit que les premiers juges ont renvoyé cette contestation au tribunal arbitral.

Ainsi, on tire de cet arrêt qu'une action en nullité pour une erreur sur la personne du cocontractant est, en principe, recevable devant la juridiction française. On pense que la demande de la République de Guinée a été refusée parce qu'elle a demandé la nullité de la clause compromissoire et non du contrat de direction de l'arbitrage.

La nullité de la clause compromissoire relève de la compétence du juge d'appui si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, sinon le tribunal arbitral reprend sa compétence pour juger la validité de la clause. Cela explique la décision de la Cour d'appel énonçant que le juge étatique avait épuisé sa compétence, bien qu'elle ait énoncé, dans la motivation de sa décision, qu'une erreur avait été évidemment commise **sur les qualités substantielles** du cocontractant dans une convention où la considération des qualités de la personne est déterminante.

Donc, on pense que si la République de Guinée avait demandé la nullité du contrat de direction de l'arbitrage, la Cour d'appel aurait fait droit à cette demande, car dans cette hypothèse le juge compétent est celui de droit commun dont la compétence n'est pas épuisée.

La Cour d'appel aurait dû prononcer la nullité du contrat sans toucher la clause compromissoire, ce qui ne porte aucune atteinte à l'article 1465 du CPC.

⁷⁶⁸ Code de procédure français, Art. 1460 « *Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455* ».

§ 4 : *Décision prima facie du centre prononçant, à tort, l'opposabilité de la convention d'arbitrage*

Dans l'affaire "Westland", la C.C.I. a été assignée en responsabilité à cause de sa décision, rendue *prima facie*, reconnaissant l'opposabilité de la convention d'arbitrage. Lorsque la C.C.I. a été saisie d'une demande d'arbitrage, la C.I.A. a affirmé la validité de la clause compromissoire et son efficacité vis-à-vis du gouvernement égyptien. Par conséquent, l'État égyptien était impliqué par l'arbitrage, ce qu'il avait contesté devant le tribunal arbitral en réclamant le bénéfice d'une immunité internationale contre les juridictions étatiques. Pourtant, le tribunal arbitral a pris la même position que la C.I.A. lorsque le tribunal a été convoqué à statuer sur sa propre compétence.

L'Égypte a fait un recours contre la sentence partielle du tribunal arbitral devant les juridictions suisses qui avaient prononcé l'annulation de la sentence partielle à cause du non-respect du principe de l'immunité des États⁷⁶⁹. Le gouvernement égyptien s'est fondé sur cette décision prononçant l'annulation de la sentence partielle pour mettre en cause - devant les juridictions égyptiennes - la responsabilité délictuelle de la C.C.I. pour la faute lourde résidant dans l'implication de l'État égyptien dans une procédure arbitrale malgré le principe d'immunité des États.

La C.C.I. a soulevé la fin de non-recevoir de l'action. Cette demande n'a pas été acceptée par la juridiction égyptienne. Celle-ci s'est reconnue compétente pour statuer sur le litige. Au surplus, elle a qualifié de faute lourde la décision de la C.I.A. qui impliquait l'ouverture d'une procédure d'arbitrage à l'encontre de l'État égyptien, bien que ce dernier ait contesté l'existence de la clause compromissoire en soulevant le principe de l'immunité des États d'être attrait devant n'importe quelle juridiction.

Par conséquent, la Cour d'appel du Caire a engagé la responsabilité extra-contractuelle de la C.C.I. pour le défaut d'aucun rapport contractuel qui lie la C.C.I. au gouvernement égyptien. À ce titre, elle a condamné la C.C.I. à allouer un montant \$1 000 000 de dommages et intérêts⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Y. Derains E. Schawrtz, « Guide to the ICC rules of arbitration », *op. cit.*, p. 93

⁷⁷⁰ *ibid.*, p. 383

§ 5 : La formation du contrat de direction d'arbitrage précédée par des agissements dolosifs

Outre des demandes d'annulation et de résiliation du contrat, invoquées par la société Cubic pour engager la responsabilité contractuelle de la C.C.I, la société Cubic s'est fondée sur des agissements frauduleux antérieurs à la formation du contrat pour prétendre à l'existence d'un dommage précontractuel.

Bien qu'elle fût liée par une clause d'arbitrage, la société Cubic prétendait qu'elle n'avait pas l'expérience des arbitrages de la C.C.I. Elle a prétendu qu'elle était fortement incitée à adhérer au règlement d'arbitrage de la C.C.I. dans "des conditions certainement fautives". Elle estimait que la C.C.I. aurait dû l'avertir à la fois de la possibilité, pour la société Cubic, de se soustraire au contrat proposé et de lui signaler les particularités du règlement d'arbitrage. À ce titre, elle demanda l'allocation de dommages et intérêts pour le préjudice causé par « *la formation et la déplorable exécution du contrat arraché dans ces conditions* »⁷⁷¹.

Même à supposer que la société Cubic n'avait pas l'habitude des arbitrages, bien que ce soit douteux compte tenu de l'activité de la société Cubic, la Cour d'appel a considéré que le règlement d'arbitrage et ses annexes étaient suffisamment courts et clairs pour être compris par tout entrepreneur. Donc, aucun besoin d'une expertise ou d'expérience dans le domaine d'arbitrage n'était nécessaire pour passer un tel acte.

Au surplus, la Cour a constaté que l'acceptation du demandeur d'avoir son arbitrage dirigé par la C.I.A. s'était faite par l'intermédiaire d'un spécialiste du droit, ce qui réfute l'allégation d'avoir conclu le contrat dans des conditions dolosives. Il est vrai que la direction d'un arbitrage par la C.C.I. sans informer la société Cubic qu'elle pouvait refuser de se soumettre au règlement d'arbitrage C.C.I. pourrait mettre la responsabilité extra contractuelle de la C.C.I. en cause.

Néanmoins, la Cour d'appel n'a pas engagé la responsabilité de la C.C.I. parce qu'en l'espèce la société Cubic a répondu à la demande d'arbitrage, participé à la désignation des arbitres, payé la quote-part de l'avance des frais. Donc, son consentement au choix de l'arbitrage de la C.C.I. est sans équivoque, bien que la

⁷⁷¹ CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 168.

désignation de la C.C.I. ne figurait pas dans la clause compromissoire. En conséquence, la Cour d'appel a prononcé le rejet de la demande de société Cubic pour manque de fondement⁷⁷².

D'ailleurs, le centre d'arbitrage est-il vraiment tenu, vis-à-vis les litigants, par une obligation d'information au moment de la conclusion du contrat de direction de l'arbitrage ? La question se pose, effectivement, dans l'hypothèse où les parties n'avaient pas convenu, dans leur convention d'arbitrage, de faire administrer la procédure par un centre d'arbitrage en particulier, comme dans l'affaire « Cubic », la clause compromissoire n'ayant pas indiqué que l'arbitrage serait dirigé par la C.C.I.

Dans une telle situation, le centre saisi devait-il informer la partie défenderesse qu'elle pouvait refuser de se soumettre au règlement d'arbitrage C.C.I., alors que son adversaire avait déposé une demande d'arbitrage auprès du Secrétariat de cette institution et que cet organe avait seulement donné un délai à la partie défenderesse pour répondre à cette demande d'arbitrage ?

On peut valablement estimer que la saisine du centre résulte du seul accord de volonté des parties, et qu'une seule d'entre elles ne peut forcer l'autre à se soumettre à une procédure organisée par un centre d'arbitrage⁷⁷³. Lorsque la clause compromissoire n'inclut pas, dès l'origine, la désignation d'un centre d'arbitrage, on pense qu'il incombe assurément au centre saisi d'informer la défenderesse qu'elle a le droit de refuser cet arbitrage institutionnel. Sinon, le centre risquerait de voir sa responsabilité délictuelle engagée faute de conclure le contrat de direction d'arbitrage dans des circonstances régulières.

Ainsi, on déduit, d'une part, que les stipulations prévoyant l'intervention des centres pour se prononcer sur les incidents de récusation, l'examen *prima facie* et l'approbation en la forme du projet de la sentence sont légitimes et ne s'opposent pas à l'ordre public. Il en va de même pour la stipulation interdisant les demandes reconventionnelles tant que celles-ci sont dissociables des demandes principales. Également, la nullité relative du contrat pour un vice de consentement, erreur sur la personne par exemple, est bien recevable en droit français.

D'autre part, on suppose que la jurisprudence française ne s'oppose pas à l'engagement de la responsabilité des centres. Elle n'a pas parlé d'immunité des

⁷⁷² *ibid.*, p. 174.

⁷⁷³ En ce sens : Locquin, *ibid.*, p. 183.

centres d'arbitrage. Il est vrai que la responsabilité n'a pas été engagée dans tous les arrêts cités ci-dessus, mais cela n'était pas en raison de l'immunité juridictionnelle des centres. C'était plutôt parce qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité et donc pas de base pour une éventuelle responsabilité et qu'aucune faute contractuelle ne pouvait leur être reprochée. Ainsi, si, en l'occurrence, les conditions de la nullité du contrat avaient été remplies, la responsabilité des centres aurait été engagée sans aucun doute.

En général, il résulte de ce régime de responsabilité de droit commun applicable aux centres, en raison de la qualification administrative de la fonction, des conséquences juridiques désastreuses comme l'atteinte à l'indépendance des centres, la non-validité de la clause exclusive de la responsabilité et la non-motivation des décisions institutionnelles.

Ces conséquences regrettables nous incitent à contester la qualification administrative de la fonction des centres qui est la justification principale de la mise en œuvre systématique de leur responsabilité.

Sous-section 3 : Les conséquences défavorables du régime de responsabilité civile.

Avant de souligner les conséquences défavorables, il convient d'expliquer le rapport entre la qualification administrative de la fonction des centres reconnue en droit positif français et la mise en œuvre de leur responsabilité.

La fonction administrative permet aux litigants de rechercher trop souvent la responsabilité des centres d'arbitrage. L'absence de la qualification juridictionnelle ne pose aucune restriction à cette mise en cause systématique. Les centres ne bénéficient d'aucune protection même à l'égard des décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. Cette mise en cause systématique porte assurément atteinte à l'indépendance des centres d'arbitrage.

§ 1 : L'atteinte à l'indépendance du centre

L'indépendance est une condition nécessaire pour avoir une décision objective et impartiale. Une telle indépendance ne se réalise qu'en protégeant les personnes qui décident. La mise en œuvre systématique de la responsabilité des centres d'arbitrage, sans distinguer l'origine de la faute, porte certainement atteinte à leur indépendance considérée comme indispensable pour accomplir leur mission.

Un tel régime de responsabilité soumet les centres à des risques de partialité ou d'intimidation créés par la peur ou par la menace d'être poursuivi en justice, car l'indépendance du centre ne peut être assurée qu'en le protégeant contre cette mise en jeu systématique de sa responsabilité.

§2 : La caducité de la clause exonératoire de responsabilité.

Par ailleurs, la qualification administrative de la mission est un moyen de réputer la clause exonératoire de la responsabilité non écrite. Bien qu'une telle conclusion nous semble fort douteuse, la jurisprudence française tire de la qualification administrative de la mission des centres la caducité de la clause exonératoire de responsabilité parce qu'elle s'oppose à l'obligation essentielle du centre.

La jurisprudence française a considéré depuis la jurisprudence « *Chronopost* », reprise par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 29 juin 2010⁷⁷⁴, affaire « *Faurecia* », que les clauses exclusives de responsabilité qui vident l'obligation essentielle à la charge du débiteur doivent être réputées non écrites.

Étant donné la qualification administrative de la mission des centres et conformément à la jurisprudence « *Chronopost* »⁷⁷⁵, la Cour d'appel a réputer non écrite la clause exclusive de responsabilité prévue par l'article 34 (version 1998) du règlement de la C.C.I. lorsqu'elle était saisie d'une action en responsabilité introduite à l'encontre de la C.C.I. .

⁷⁷⁴ Cass. Com., 29 juin 2010, *RTD civ.*, 2010 p. 555

⁷⁷⁵ Cass. Com., 22 oct. 1996, n°. 93-18.632

La Cour d'appel a infirmé, dans l'affaire « SNF », la décision des juges du premier degré qui avait prononcé la licéité de la clause exonératoire de responsabilité licite en vertu de l'article 1150 du Code civil d'autant qu'elle était insérée dans un contrat international⁷⁷⁶.

Le TGI de Paris avait énoncé qu'« aucune faute intentionnelle, inexcusable, lourde assimilable au dol, qui pourrait limiter [ne pas écarter] l'application de cette clause de non- responsabilité, n'est invoquée par la société SNF »⁷⁷⁷.

On tire de termes de la décision du TGI qu'une faute intentionnelle, inexcusable, ou lourde assimilable au dol pourrait limiter l'application d'une clause exclusive de responsabilité. Cela veut dire que, même en cas de faute lourde assimilable au dol, la clause exclusive de responsabilité n'est pas réputée non écrite, mais seulement limitée.

Néanmoins, au contraire de la décision du TGI, la Cour d'appel s'inscrivait dans la ligne de la Cour de cassation qui, à partir de sa célèbre jurisprudence « Chronopost », a considéré la clause d'irresponsabilité réputée non écrite ; ce qui autorise finalement la mise en jeu la responsabilité de la C.C.I. La Cour d'appel a considéré que la clause vide la portée du contrat de direction de l'arbitrage⁷⁷⁸.

Elle a privé la clause de toute valeur en jugeant qu'un contractant ne peut, par le biais d'une clause de non-responsabilité, s'exonérer de l'exécution de son "obligation essentielle", et par la suite elle a réputé non écrite cette clause⁷⁷⁹. Malgré cette motivation, le dispositif de la Cour d'appel n'engage pas la responsabilité de la C.C.I. Elle a débouté toutes les prétentions de l'appelant⁷⁸⁰.

Bien que la responsabilité ne soit finalement pas engagée, la décision de la Cour d'appel nous paraît fort contestable. On pense que la Cour aurait eu le mérite de fixer des limites aux clauses de non-responsabilité adoptées par des centres d'arbitrage. Les centres d'arbitrage, bien que ne devant pas bénéficier d'une totale

⁷⁷⁶ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p.314.

⁷⁷⁷ TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites » *op. cit.* p. 31; note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.* 2007. 847; note Th. Clay, *D.* 2007. 2916.

⁷⁷⁸ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 221

⁷⁷⁹ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p.314, spéc, p. 323.

⁷⁸⁰ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 227

irresponsabilité, doivent pouvoir se protéger pour les actes commis lors de l'exercice de leur fonction juridictionnelle.

Au mépris des controverses sans fin sur la validité d'une clause exclusive de responsabilité en droit commun, on pense que plusieurs arguments de poids peuvent être avancés en faveur de la validité d'une telle clause notamment dans le domaine d'arbitrage. On les reprendra plus en détail lors de l'étude sur l'identification de la responsabilité limitée : « protection conventionnelle ».

§3 : La non-motivation des décisions institutionnelles

Il résulte également de la qualification administrative de la mission des centres une autre conséquence contestable. Il s'agit de la non-motivation de leurs décisions institutionnelles en raison de leur qualification administrative, bien qu'elles soient réellement des décisions juridictionnelles comme on l'a précédemment montré.

Les centres se réclament du caractère administratif de leur mission pour s'exonérer de l'obligation de motiver leurs décisions institutionnelles, malgré le fait que ce sont de vrais actes juridictionnels⁷⁸¹. Ils considèrent que seules les décisions judiciaires doivent être justifiées.

Si on accepte cette qualification administrative pour certaines décisions, on ne le peut pas pour d'autres. Par exemple, les décisions de prorogations de délai entrent effectivement dans la catégorie des décisions administratives. On ne voit pas d'intérêt d'exiger la motivation sur une décision prononçant la prorogation du délai de l'arbitrage. Elles sont prises au cas par cas et essentiellement fondées sur des considérations propres à chaque affaire en cause.

Allant plus en détail, une prorogation peut être objectivement justifiée par le déroulement de la procédure. Également, elle peut l'être parce que son refus aurait des conséquences plus graves pour les parties plus que son octroi. On en déduit que

⁷⁸¹ TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), note J. Normand, « Jurisprudence Française en matière de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 550 ; CA. Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *op. cit.*, p. 141 ; Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 231 ; Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 239.

l'absence de motivation donne une flexibilité dont les mérites ne sont pas négligeables⁷⁸². Enfin, ces décisions ne correspondent pas aux critères des actes juridictionnels, et par suite il n'y a pas lieu d'exiger leur motivation.

En revanche, les autres décisions, comme les incidents de récusation, l'examen *prima facie* de la validité et l'approbation du projet de sentence d'arbitrage, devraient être motivées. Les décisions de récusation et de remplacement des arbitres, par exemple, sont de vraies décisions juridictionnelles qui n'affectent pas seulement la résolution du litige, mais également l'honneur des arbitres contre lesquels elles sont prononcées⁷⁸³. Alors, il faut absolument qu'elles soient motivées.

Certes, on aurait souscrit au régime de responsabilité des centres d'arbitrage soutenu par la doctrine française si la défaillance contractuelle reprochée est commise, par les centres, lors de l'exécution de la fonction administrative.

Cependant, le droit positif français retient la responsabilité pour chaque défaillance contractuelle que la fonction en cause soit administrative ou juridictionnelle. Le différend avec la position française réside, alors, dans la différence de point de départ (les prémisses) de chaque raisonnement. On ne peut pas accepter un régime de responsabilité unique qui s'applique sans tenir compte de la dualité de la mission des centres, et plus précisément des exigences de la fonction juridictionnelle. `

De plus, il résulte de la mise en cause systématique de la responsabilité des centres des conséquences défavorables sur le plan juridique et économique.

§4 : L'insécurité juridique et l'augmentation du coût de l'arbitrage

Juridiquement, la mise en cause systématique de la responsabilité des centres multiplierait les procédures judiciaires ce qui nuit à l'efficacité de l'arbitrage institutionnel. Elle va à l'encontre de tout l'esprit des droits modernes sur

⁷⁸² Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 231.

⁷⁸³ *id.*

l'arbitrage. De plus, elle donne une arme très efficace pour paralyser l'arbitrage institutionnel, voire même le ruiner⁷⁸⁴.

En outre, la mise en cause habituelle de la responsabilité des centres porte atteinte aussi aux conditions de sérénité et de confidentialité propres aux affaires contentieuses sans lesquelles les centres ne peuvent réaliser leur mission.

Dès lors que la majorité des obligations pour lesquelles la responsabilité du centre peut être mis en cause sont des obligations de moyens, les centres d'arbitrages sont obligés de communiquer les pièces révélant qu'ils avaient correctement exécuté leurs obligations afin de convaincre le juge saisi qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour juger si le centre a correctement exécuté son obligation de moyens ou non.

Cette communication de pièces confidentielles avant même que le juge prenne sa décision crée un préjudice pour le centre et les parties. Le juge doit s'immiscer dans le fonctionnement interne du centre pour vérifier si le centre a correctement exécuté ses obligations. Cette intervention est d'ailleurs, à notre avis, une démarche de vérification légitime notamment lorsqu'il s'agit d'un contractant débiteur d'une obligation qui a une contrepartie financière.

Cependant, une communication systématique des actes des centres, outre qu'elle menace l'arbitrage institutionnel, serait préjudiciable et sans doute, à terme, fatale en raison de la spécificité du rôle des centres dans le processus arbitral, à savoir la fonction dualiste. Une telle mise en cause de responsabilité non restrictive s'oppose aux conditions de la sérénité et de la confidentialité propres aux affaires contentieuses. Des conditions indispensables pour le bon accomplissement de la fonction juridictionnelle.

Économiquement, les actions injustifiées portées par la partie mécontente de la sentence arbitrale à l'encontre du centre, afin de compenser une quelconque perte par lui subie pendant l'arbitrage, nuisent vraiment aux centres, même si leur responsabilité n'est finalement pas engagée.

⁷⁸⁴ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, p. 256.

Il augmente le coût de la procédure arbitrale afin d'avoir assez de recettes pour financer les dépenses nécessaires pour se défendre dans ces actions en responsabilité. Les centres doivent être prêts à se défendre et justifier leurs décisions devant les juridictions internes de n'importe quel pays impliqué par l'arbitrage dirigé au sein du centre.

Après avoir exposé, d'une part, le régime de la responsabilité de droit commun appliqué par le système juridique français aux centres d'arbitrage en raison de leur mission administrative, et d'autre part, les lacunes, les défauts, et les conséquences désastreuses qui résultent de l'application de ce régime, on va montrer dans la section suivante comment d'autres systèmes juridiques ont choisi une solution radicalement différente du régime français, à savoir l'immunité des centres d'arbitrage.

Section 2 : L'insuffisance du régime de l'immunité civile fondé sur la fonction exclusivement quasi juridictionnelle

Dans cette section, on démontrera, dans un premier temps, le fondement de l'immunité civile des centres d'arbitrage reconnue dans certains systèmes de common law, (Sous-section 1). Et dans un second temps, les conséquences défavorables du régime de l'immunité civile (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le fondement de l'immunité civile des centres en raison de la fonction quasi juridictionnelle de leur fonction.

Au contraire des pays de droit civil, les lois et les jurisprudences des juridictions des pays de common law ne permettent pas d'engager la responsabilité des centres d'arbitrage. Ces juridictions accordent aux centres d'arbitrage une immunité souvent égale à celle des arbitres. L'attribution de l'immunité est justifiée par la mission quasi judiciaire que les centres exécutent, d'après ce qui est prévu par leurs droits internes. Plusieurs arrêts rendus par les juridictions étatiques des pays de common law ont refusé d'engager la responsabilité des centres lorsqu'elles ont été saisies des demandes en réparation de dommage.

Dans l'affaire « *Boraks* », l'A.A.A. a été assigné en responsabilité par Boraks, l'une des parties à l'arbitrage. Boraks a invoqué l'engagement de la responsabilité du centre pour le manquement prétendu à ses obligations afférentes à la constitution du tribunal arbitral. Pourtant, la Cour d'appel du Michigan a refusé d'engager la responsabilité de l'A.A.A. en vertu du principe de l'immunité des centres d'arbitrage.

Pour la même raison, la juridiction américaine a refusé, dans l'affaire « *Rubenstein* », d'engager la responsabilité de l'A.A.A., bien que sa décision institutionnelle défectueuse, refusant la demande de récusation d'un des arbitres, fût

la raison de l'annulation de la sentence par le juge américain pour défaut d'impartialité et indépendance⁷⁸⁵.

Pareillement, la société Global Gold Mining « GGM » a assigné la C.C.I. en responsabilité devant la juridiction américaine pour le manquement prétendu de ne pas avoir impliqué Monsieur Ayvazian dans l'instance arbitrale⁷⁸⁶. Lors de l'examen *prima facie* de la validité de la clause compromissoire effectué par la C.C.I. après qu'elle fut saisie d'une demande d'arbitrage, la C.I.A. a jugé que Monsieur Ayvazian n'était pas impliqué par la clause compromissoire. Étant insatisfaite par la décision institutionnelle, la société GGM a saisi la juridiction américaine pour contraindre la C.C.I. à impliquer Monsieur Ayvazian dans l'arbitrage et à allouer à GGM, à ce titre, des dommages-intérêts pour le dommage subi par la décision *prima facie* défectueuse prise par la C.I.A.

Pourtant, la juridiction américaine a refusé d'allouer des dommages-intérêts puisque les centres d'arbitrage sont, en principe, bénéficiaires d'une immunité. Au surplus, elle a refusé de contraindre la C.C.I. à impliquer Monsieur Ayvazian. Elle a considéré que l'action était mal fondée parce que la juridiction américaine n'était pas compétente, selon le droit américain, pour statuer sur la validité d'une décision institutionnelle. L'action intentée, qui a juste pour objet de réviser la décision de la C.I.A. de la C.C.I., n'entre pas dans la compétence des juridictions américaines parce qu'elles n'ont pas l'autorité de réviser la décision de la C.C.I.

Il est vrai que la juridiction américaine est compétente pour une action destinée à contraindre une personne à une instance arbitrale quand cette action est directement engagée contre cette personne en cause. Il s'agit de la personne que l'auteur de l'action veut faire intervenir dans l'instance arbitrale en tant qu'adversaire, M. Ayvazian en l'espèce. Ce type d'actions est recevable devant les juridictions américaines en raison du contrôle étatique antérieur de l'existence de la clause compromissoire autorisée par le droit américain⁷⁸⁷. En l'espèce, la société GGM a assigné la C.C.I., alors qu'il fallait assigner Monsieur Ayvazian pour que le demandeur puisse faire droit à sa demande. Cette faute procédurale de la part de GGM était la raison pour laquelle la juridiction américaine a jugé l'action mal fondée.

⁷⁸⁵ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (N.Y. 1973).

⁷⁸⁶ *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F.Supp.2d 442 (S.D.N.Y. 2008).

Dans un contexte similaire, l'une des parties à l'arbitrage a assigné le centre d'arbitrage CBOE devant la juridiction américaine⁷⁸⁸. Elle a prétendu être privée d'un procès équitable qui est prévu par la constitution américaine à cause des violations commises par le centre lors de la notification de la procédure arbitrale, de la désignation des arbitres et du choix de la date de l'audience arbitrale.

Cependant, la juridiction américaine a refusé d'engager la responsabilité du centre pour deux raisons. En premier lieu, la juridiction saisie a considéré que le demandeur a déjà obtenu la réparation du dommage subi dès lors que la sentence arbitrale a été annulée pour les griefs cités ci-dessus. En deuxième lieu, la Cour refuse de recevoir une demande sollicitant la responsabilité d'un centre d'arbitrage en raison de l'immunité conférée aux centres d'arbitrage⁷⁸⁹.

La question d'avoir un procès équitable sous la surveillance ou l'administration du centre, dont la violation justifie de mettre en cause la responsabilité, a été aussi soulevée devant la juridiction américaine dans l'affaire « *Corey* ». Monsieur Corey a accusé le centre d'arbitrage NYSE⁷⁹⁰ et son directeur assistant de l'arbitrage de l'avoir privé d'un procès équitable. Il a invoqué la façon dont l'instance arbitrale a été administrée et la manière utilisée par le directeur assistant pour désigner les membres du tribunal. Toutes les deux sont contraires à ce qui était prévu par le règlement du NYSE, ce qui l'a privé d'avoir un procès équitable.

Malgré tout, la Cour d'appel a refusé d'engager la responsabilité du NYSE en vertu du principe de l'immunité des centres d'arbitrage du fait de la fonction quasi judiciaire des centres. Elle a considéré que l'action intentée était plus un recours détourné contre la sentence arbitrale fondé sur un grief qui n'est pas prévu pour permettre d'exercer une voie de recours contre la sentence arbitrale. Elle a donc décidé que, si Monsieur Corey veut annuler la sentence à cause des vices qui l'ont entachée - privation d'un procès équitable - il doit faire un recours en annulation et non pas assigner le centre et son directeur en responsabilité⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ *id.*

⁷⁸⁸ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121(S.D.N.Y. 1989).

⁷⁸⁹ *id.*

⁷⁹⁰ *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁷⁹¹ *id.*

Afin de mieux comprendre le régime d'immunité américaine applicable aux centres d'arbitrage, il nous semble primordial de caractériser la fonction quasi juridictionnelle des centres, fondement de l'immunité qui est reconnue par le droit positif américain (§1). Ensuite on présentera les différents aspects de l'immunité qui sont la conséquence de l'exercice de la fonction quasi juridictionnelle (§2).

§ 1 : La fonction quasi juridictionnelle

La qualification quasi juridictionnelle de la fonction des centres est la raison essentielle de l'attribution d'« *arbitral immunity* ». En effet, la jurisprudence américaine qualifie, depuis longtemps, la fonction des centres d'arbitrage lors de la procédure arbitrale de quasi judiciaire. Pour eux, une immunité civile conférée aux centres n'est que le corollaire et la conséquence logique de l'exercice d'une telle mission.

D'après notre compréhension, le droit positif américain se fonde en premier lieu sur la nature mixte de l'institution de l'arbitrage qui implique une nature juridictionnelle pour reconnaître la fonction quasi juridictionnelle des centres d'arbitrage et même pas dualiste. Il ignore le fait que les centres d'arbitrage exercent aussi une fonction administrative.

En effet, le rôle significatif que les centres jouent pendant l'arbitrage - il s'agit de l'influence qu'ils apportent généralement au sort du litige et au processus judiciaire en prévoyant les règles procédurales applicables, en fixant les frais d'arbitrage, en choisissant les arbitres figurant sur leur liste et en désignant les arbitres à défaut de choix des parties⁷⁹² - est la raison pour laquelle les juridictions américaines qualifient la fonction des centres de quasi judiciaire. Pour elles, les centres sont investis de l'arbitrage en tant qu'organisation quasi judiciaire⁷⁹³ et non comme des organisations administratives.

⁷⁹² M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *Pepperdine University*, January 2004, p. 453.

⁷⁹³ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973), *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121(S.D.N.Y. 1989); *Boraks v. American Arbitration Association* 517 N.W.2d 771; (Mich. Ct. App. 1994); *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982) ; *Hawkins v. National Association of Securities Dealers Inc*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998); *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).

En outre, la jurisprudence américaine considère que les centres d'arbitrage exécutent les mêmes missions que celles de « *Judicial conference* »⁷⁹⁴. Selon le droit positif américain, le centre a une fonction de même nature que celle des cours judiciaires qui rendent la justice. Les Américains considèrent que les centres d'arbitrage sont indispensables aux arbitres autant que les cours étatiques sont indispensables aux juges afin de bien rendre la justice⁷⁹⁵. Sans les cours, les juges ne peuvent pas rendre la justice, et de la même manière, sans les centres les arbitres ne peuvent pas non plus rendre la justice.

Du surcroît, on tire du commentaire de l'article 14 du « *Revised Uniform Arbitration Act* »⁷⁹⁶ que le droit positif américain assimile les responsabilités à la charge des centres pendant l'administration du processus arbitral à celles qui incombent aux tribunaux étatiques lors de l'administration d'un procès judiciaire. Ces arguments ont persuadé la juridiction américaine de qualifier les centres d'organisation quasi judiciaire⁷⁹⁷.

La fonction quasi juridictionnelle des centres, justifiant en conséquence l'extension de l'immunité des arbitres aux centres d'arbitrage, a été encore affinée dans l'affaire « *Austerns v. CBOE* »⁷⁹⁸. Pour évoquer la responsabilité du CBOE - défendeur en l'espèce -, le demandeur M. Austerns a réclamé la qualification administrative de la mission du centre d'arbitrage. Il a prétendu que le centre d'arbitrage ne participe d'aucune façon dans le processus du prononcé de la sentence arbitrale. De surcroît, il a estimé que les obligations à la charge du centre - comme la notification de la date de l'instance et la désignation des 5 arbitres des sécurités de l'industrie - étaient des actes administratifs qui n'entraient pas, le cas échéant, dans sa mission quasi judiciaire⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973). Les « *Judicial conference* » sont les entités qui mettent en place les grandes directives de l'administration des cours et des tribunaux judiciaire aux Etats-Unis.

⁷⁹⁵ *Stasz v. Schwab & A.A.A.*, 121 Cal.App.4th 420, 2004, spéc. p. 19

⁷⁹⁶ M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *op. cit.*, p.474; Revised Uniform Arbitration Act, § 14 (2000) § 14 comment, 2 (adding that "[t]here is substantial precedent for this conclusion" (citations omitted)).

⁷⁹⁷ M. Holtzmann, E. Neuhaus, « A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, 1995, p.300.

⁷⁹⁸ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886. Aussi cf. *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁷⁹⁹ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886;

Pourtant, la Cour new-yorkaise a considéré qu'il lui appartenait exclusivement d'apprécier si les actes entraînent, ou non, dans le champ des actes quasi judiciaires. Elle a refusé de se fonder sur le critère de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer si l'acte, émanant du centre, entraine dans la mission quasi judiciaire de centre et, par suite, était ou non protégé par l'immunité. Elle reposait, cependant, sur les effets que les actes pourraient avoir sur la procédure arbitrale ou sur le sort du processus arbitral en général. Si les actes n'emportaient pas d'effets sur la procédure arbitrale, ils n'étaient pas soumis à l'immunité parce que, simplement, ils n'affectaient ni la procédure arbitrale, ni le processus judiciaire, ni éventuellement la sentence arbitrale.

Après cet examen, la Cour a confirmé la légitimité de conférer l'immunité aux centres. Elle a énoncé, en conformité avec les décisions de l'arrêt « *Forrester* » et l'arrêt « *Butz* »⁸⁰⁰, que l'immunité se justifie et se définit par la mission qui leur est attribuée, et non pas selon la personne à laquelle l'immunité est conférée⁸⁰¹. Ensuite, elle a expliqué dans sa décision les raisons justifiant l'attribution de l'immunité aux centres d'arbitrage.

La première raison est identique à celle qui justifie l'immunité des juridictions étatiques. C'est la fonction quasi juridictionnelle des centres. Elle a jugé qu'il est indispensable de protéger tous ceux qui participent au processus d'arbitrage, y compris le centre d'arbitrage, contre la menace d'être assigné en justice par la partie mécontente de la sentence par des actions détournées, injustifiées et même dilatoires. La jurisprudence américaine assimile, comme on l'a montré ci-dessus, la mission des juges qui rendent des jugements et celle des arbitres qui rendent des sentences arbitrales.

Donc le besoin d'avoir une sentence arbitrale indépendante exige que les personnes qui y participent – les arbitres ainsi que le centre – ne soient pas soumises

⁸⁰⁰ *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988). *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978). Dans cet arrêt *Butz*, la cour d'Appel a refusé l'appel réclamant la distinction les agents officiels des états – poursuivie en justice selon les dispositions de 42 U.S.C. §1983 – des agents fédéraux officiels dont la responsabilité est organisée par la constitution. Elle a décidé que « other circuits have also concluded that the Supreme Court's development of official immunity doctrine in § 1983 suits against state officials applies with equal force to federal officers sued on a cause of action derived directly from the Constitution, since both types of suits serve the same function of protecting citizens against violations of their constitutional rights by government officials ».

⁸⁰¹ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121(S.D.N.Y. 1989) ; En ce sens cf. *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).; *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978).

à la menace permanente d'être assignées en justice. Cela est considéré comme une garantie assurant le respect des « *exigences de la justice* ». La Cour a fait référence à l'arrêt « *Corey* » dont les motifs indiquent à la jurisprudence de la Cour suprême américaine prévoyant l'indépendance des juges comme une condition nécessaire pour qu'une décision soit objective et impartiale.

Ainsi, pour réaliser cet objectif, il faut protéger les personnes prononçant les décisions institutionnelles pour qu'elles ne soient pas exposées aux facteurs de partialité ou d'intimidation créés par la peur ou par la menace d'être poursuivies en justice⁸⁰². À cet effet, la jurisprudence américaine a trouvé dans l'immunité le moyen idéal pour assurer l'indépendance du processus judiciaire qui permettra, normalement, une décision objective et impartiale⁸⁰³. Elle tire de la fonction quasi juridictionnelle la justification de l'impossibilité de rechercher la responsabilité des centres d'arbitrage.

Ainsi, on constate bien le lien existant entre la qualification quasi judiciaire de la fonction des centres reconnue par le droit américain et l'attribution de l'immunité aux centres. Là où il y a une mission judiciaire ou quasi judiciaire, il y aura une immunité conférée à la personne l'exerçant. Donc, on peut dire qu'en droit positif américain, contrairement au droit positif français, la protection juridictionnelle est le corollaire de la qualification quasi juridictionnelle. Elle est mis en place sous la forme d'une immunité arbitrale

La deuxième raison justifiant l'attribution d'« *arbitral immunity* » est afférente à l'efficacité du processus arbitral. Dans l'arrêt « *Austerns* », la juridiction américaine a considéré que la garantie d'un arbitrage efficace, sûr et fonctionnel, justifiait l'extension de l'immunité arbitrale aux centres. Elle a estimé que sans l'immunité personne ne serait volontaire pour trancher un litige dans lequel il risque de voir sa responsabilité engagée, et serait obligé de se défendre lui-même dans un procès qu'il aurait pu éviter⁸⁰⁴.

⁸⁰² *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁸⁰³ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886; *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).; *Hawkins v. National Association of Securities Dealers*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998).

⁸⁰⁴ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886; *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).

L'arrêt « *Austern* » n'a rien ajouté de nouveau par rapport à ce qui était reconnu dans la *common law* américaine. Il a repris en détail les mêmes justifications de l'immunité arbitrale citées par la jurisprudence « *Corey* »⁸⁰⁵. Dans l'affaire « *Corey* », la Cour a affirmé la nécessité de protéger à la fois les personnes qui participent au prononcé de la sentence arbitrale et les personnes qui participent à l'ensemble des procédures arbitrales⁸⁰⁶.

Il résulte de cette qualification l'exigence de protéger les centres contre les actions engageant leur responsabilité, afin d'assurer la bonne exécution de la mission. En outre, il est inutile, d'après le droit américain, de conférer une immunité aux arbitres sans l'étendre aux centres. L'extension de l'immunité des arbitres aux centres n'est pas seulement naturelle et indispensable, mais elle est également le corollaire de l'immunité des arbitres. Dire le contraire rend l'immunité des arbitres illusoire, car, si la responsabilité des centres peut être mise en cause à la place de celle des arbitres, la procédure d'arbitrage en sera affectée.

L'attribution de l'immunité pour garantir un processus judiciaire indépendant qu'il soit judiciaire ou arbitral a été à nouveau consacrée dans la décision de la Cour d'appel de la Californie dans l'arrêt « *Stasz v. Schwab* ». N'ayant pas réussi à obtenir l'annulation de la sentence ni à engager la responsabilité de l'autre partie à l'arbitrage, la partie mécontente de la sentence a, finalement, assigné le centre d'arbitrage A.A.A. en responsabilité. Cependant, la Cour d'appel a débouté l'appelant de ses demandes en confirmant l'immunité de l'A.A.A. Elle a jugé que le centre bénéficie de la même immunité attribuée à l'arbitre même si la responsabilité mise en cause était fondée sur un manquement d'indépendance ou sur un défaut dans la direction l'instance⁸⁰⁷.

Ainsi, en résumé, les juridictions américaines ont fini par empêcher un petit nombre des actions en responsabilité – qui pouvaient se justifier - afin de bloquer, à travers l'immunité, les actions frivole inutiles, injustifiables ou dilatoires ayant un effet négatif sur les arbitres et sur les centres. D'après la jurisprudence américaine, sans l'immunité, les centres seraient obligés de se défendre devant chaque action

⁸⁰⁵ *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁸⁰⁶ *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁸⁰⁷ Court of appeal of California, "California Appellate Court holds that arbitration providers are immune from civil liability", *World arbitration and mediation report*, vol. 16, n°1, jan. 2005, p.10.

futile, ce qui nuit à l'indépendance de la sentence arbitrale et au processus judiciaire en général⁸⁰⁸.

Dès lors que des centres d'arbitrage sont bien protégés par l'« *arbitral immunity* », il nous semble, alors, primordial d'expliquer ce que signifie le terme « *arbitral immunity* » selon la vision anglo-saxonne.

§ 2 : La signification de l'« *arbitral immunity* »

L'immunité civile des centres d'arbitrage est mise en place en appliquant la théorie d'« *arbitral immunity* ». Pour bien comprendre jusqu'à quelle limite l'« *arbitral immunity* » protège les centres, il faut, préciser ce que signifie cette notion dans le droit positif américain et anglais. Il faut également savoir si elle a une autre valeur que l'immunité arbitrale généralement acceptée dans plusieurs autres systèmes juridiques. Il convient donc de commencer, dans cette partie de notre étude, par rechercher les bénéficiaires de l'« *arbitral immunity* », la teneur de l'« *arbitral immunity* » et enfin les limites de cette immunité, fixant ainsi la portée de l'immunité arbitrale.

A. Les bénéficiaires de l'« *arbitral immunity* »

Généralement, les personnes concernées par l'immunité arbitrale ne sont pas les mêmes dans tous les systèmes juridiques. Il est vrai que la plupart des systèmes juridiques confèrent l'immunité arbitrale aux arbitres, mais les centres d'arbitrage ne reçoivent pas le même traitement dans la plupart des systèmes juridiques.

D'un côté, certains systèmes de common law, comme l'Australie⁸⁰⁹, la Nouvelle-Zélande⁸¹⁰, Singapour⁸¹¹ et le Canada⁸¹², confèrent l'immunité arbitrale aux arbitres sans l'étendre expressément aux centres d'arbitrage. À titre d'exemple, le système juridique australien ne confère pas d'immunité aux centres d'arbitrage. La Cour suprême de Victoria a admis, dans l'arrêt « *Road Rejuvenating and Repair*

⁸⁰⁸ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886.

⁸⁰⁹ Australia International Arbitration Act, s. 28 (1), modifié par International Arbitration Amendment Act 2010.

⁸¹⁰ New Zealand Arbitration Act 1996, s. 13.

⁸¹¹ Singapore International Arbitration Act 1994, s 25.

⁸¹² Ch. Price, « Liability of Arbitral Institutions in International Arbitration », *The practice of arbitration: Essays in honour of Hans van Houtte*, Hart publishing, 2012, p.187.

Services », la responsabilité du centre d'arbitrage en raison de son comportement envers un arbitre. Les agissements du centre pendant la procédure arbitrale ont été jugés partiels, et à ce titre, le centre a été tenu responsable, puisqu'il était à l'origine de la faute⁸¹³.

D'un autre côté, il y a d'autres pays de common law, comme l'Angleterre et les États-Unis, qui octroient l'« *arbitral immunity* » aux centres sans inclure certains autres acteurs de l'arbitrage, comme les médiateurs et les experts⁸¹⁴. Donc, l'immunité est variable quant aux personnes concernées.

B. La teneur de l'« *arbitral immunity* »

La teneur d'« *arbitral immunity* » n'est pas définie par le même mécanisme dans les deux principaux pays appliquant la *common law*. Au contraire de l'« *American Arbitration Federal Act* » qui est muet sur la question de l'immunité arbitrale⁸¹⁵ des centres d'arbitrage, l'« *English Arbitration Act 1996* » prévoit qu'aucune responsabilité ne peut être recherchée, ni contre le centre d'arbitrage ni contre son personnel, à moins d'une fraude⁸¹⁶.

Alors qu'aux États-Unis, il n'y a pas de texte législatif fédéral qui prévoit expressément et impérativement l'immunité des centres d'arbitrage. C'est la jurisprudence américaine qui a mis en place la théorie de l'extension de l'immunité arbitrale aux centres d'arbitrage. D'après cette théorie, la jurisprudence américaine a étendu aux centres d'arbitrage l'immunité reconnue aux arbitres⁸¹⁷. Cependant,

⁸¹³ S.-D. Franck, « The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 9; aussi *cf. Road Rejuvenating and Repair Servs.*, 1992 ARB. & DISP. RESOL. L.J. 47.

⁸¹⁴ G. Born, « International Commercial Arbitration », *op. cit.*, p. 1652, 1653.

⁸¹⁵ S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms », *51 B.C. L. Rev* 557, March, 2010, p. 5; *cf. aussi*, Title 9 United States Code, Title 9, §§ 1-16, (2006).

⁸¹⁶ *English Arbitration Act 1996*, Art. 74, ; *cf. aussi* M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p. 1849

⁸¹⁷ *Austin Municipal Secur., Inc. v. National Asso. of Sec. Dealers*, 757 F.2d 676 (5th Cir. 1985); *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982); *Melady v. South st. Paul Live Stock Exchange*, 142 Minn. 194 (Minn. 1919); *Corbin v. Washinton Fire & Marine Ins. Co.*, 398 F.2d 543 (D.S.C. 1968); *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (N.Y. 1973); *Baar v. Tigerman*, 140 Cal.App.3d 979 (Cal. Ct. App. 1983); *Thiele v. RML Realty Partenrs*, 18 Cal Tptr 2d 416 (Cal. Ct. App. 1993); *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté *cf. Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886; *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977); *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2008); In *Hawkins v. National Association of Securities Dealers*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998), the Court held that « *The NASD enjoys arbitral immunity from civil liability for the acts of its arbitrators in the course of conducting contractually agreed-upon arbitration*

l'aspect législatif à propos de la question d'immunité des centres d'arbitrage n'est pas totalement absent aux États-Unis. S'il est vrai que ni le Congrès ni l'« *US supreme Court of Justice* » n'ont reconnu expressément l'immunité arbitrale des centres, le « *Revised Uniform Arbitration Act 2000* »⁸¹⁸, qui n'est pas d'ailleurs impératif, reconnaît l'immunité des centres d'arbitrage, en conformité avec la théorie de l'extension créée par la *common law* américaine.

Bien que le « *Revised Uniform Arbitration Act 2000* » ne soit pas impératif, douze États ont adopté ses dispositions relatives à l'immunité des centres d'arbitrage⁸¹⁹. En outre, l'immunité est conférée aux centres d'arbitrage même dans les États où les textes législatifs octroient expressément l'immunité aux arbitres seulement sans disposer ni interdire l'extension de l'immunité aux centres⁸²⁰. Dans des États, comme la Californie⁸²¹, la Caroline du Nord⁸²², la Floride⁸²³ et l'Utah⁸²⁴, l'immunité est transposable aux centres grâce à la théorie d'extension de l'immunité

proceedings. Therefore, it is immune from civil liability arising from its actions taken in the course of conducting arbitration proceedings, Hawkins has failed to state a claim against the NASD. The district court was correct to dismiss the counts against the NASD ».

Cf. aussi, S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms » *op. cit.*, p. 7, 8; J.-M. Hunter, « The Immunity of Arbitrators, Arbitration International », *op. cit.*, p. 329; Ch. Hausmaninger, « Civil Liability of Arbitrators », *op. cit.*, p. 40 et suivant; M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p. 1840 et s. ; Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p.723.

⁸¹⁸ http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration_final_00.pdf

⁸¹⁹ Les 12 États sont : Alaska, ALASKA STAT. § 09.43.410 (2008); Colorado, CoLo REV. STAT. § 13-22-214 (2006); Hawaii, HAW. REV. STAT. § 658A-14 (2007); Nevada, NEV. REV. STAT. § 38.229 (2006); New Jersey, N.J. STAT. ANN. § 2A:23B-14 (West Supp. 2008); New Mexico, N.M. STAT. § 44-7A-15 (2001); North Carolina, N.C. GEN. STAT. § 1-569.14 (2007); North Dakota, N.D. CENT. CODE § 32-29.3-14 (West. Supp. 1996); Oklahoma, OKIA STAT. tit. 12, § 1865 (West. Supp. 1993); Oregon, OR. REv. STAT. § 36.660 (2007); Utah, UTAH CODE ANN. § 78B-11-115 (2008); and Washington, WASH. REV. CODE § 7.04A.140 (2007).

⁸²⁰ e.g. : Arizona ARIZ. REV. STAT. ANN. § 12-133(J) (2007); California CAL. CIV. PROC. CODE § 1297.119 (2007); Florida FLA. STAT. § 44.107(1) (2004); Washington D.C. D.C. CODE § 16-4414 (2001).

⁸²¹ Cal. Civ. Proc. Code § 1297.119, « *An arbitrator has the immunity of a judicial officer from civil liability when acting in the capacity of arbitrator under any statute or contract. The immunity afforded by this section shall supplement, and not supplant, any otherwise applicable common law or statutory immunity* »

⁸²² N.C. Gen. Stat. § 7A-37.1 « *(e) Arbitrators in this procedure shall have the same immunity as judges from civil liability for their official conduct* ».

⁸²³ Fla. Stat. Ann. § 44.107 « *(1) Arbitrators serving under s. 44.103 or s. 44.104, mediators serving under s. 44.102, and trainees fulfilling the mentorship requirements for certification by the Supreme Court as a mediator shall have judicial immunity in the same manner and to the same extent as a judge* ».

⁸²⁴ Utah Code Ann. § 78-31b-4 « *(4) An ADR provider is immune from all liability when conducting proceedings under the rules of the Judicial Council and the provisions of this act, except for wrongful disclosure of confidential information, to the same extent as a judge of the courts in this state* ».

arbitrale prévue par « *la common law* »⁸²⁵. Ainsi, dans ces États, la common law se fonde avec les dispositions législatives pour étendre la notion d'immunité arbitrale aux centres.

La jurisprudence américaine a défini expressément ce que signifie la notion d'« *arbitral immunity* » dans l'affaire « *Rubenstein v. Otterbourg* ». Le juge américain a refusé d'engager la responsabilité du centre d'arbitrage pour ne pas être intervenu dans l'instance arbitrale alors le président du tribunal arbitral aurait dû se dessaisir à cause d'un conflit d'intérêts⁸²⁶. Certes, la sentence arbitrale a été, ultérieurement, annulée par la juridiction new-yorkaise à cause du défaut d'indépendance de l'arbitre. Cependant, ni la responsabilité du centre ni celle des arbitres n'ont été engagées.

La Cour a considéré les deux responsabilités comme une entité unique, dite « *arbitral immunity* », qu'on ne peut pas remettre en question. Cette immunité se compose, d'une part, de l'« immunité judiciaire » des arbitres, et d'autre part, de l'« immunité quasi judiciaire » attribuée aux centres d'arbitrage qui dirigent la procédure arbitrale en cause⁸²⁷.

Alors, après avoir constaté que l'immunité est conférée aux centres d'arbitrage dans les deux systèmes américain et anglais, il convient de voir les limites de cette immunité. S'agit-il d'une immunité absolue, quasi absolue ou relative ?

C. L'étendue de l'« *arbitral immunity* »

Étant conscient de la ressemblance entre l'immunité des centres et celles des arbitres, grâce à la théorie de l'extension de l'immunité des premiers aux seconds, il nous semble essentiel, alors, d'examiner les limites de l'immunité conférée à

⁸²⁵ *Austin Municipal Secur., Inc. v. National Asso. of Sec. Dealers*, 757 F.2d 676 (5th Cir. 1985); *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982); *Hawkins v. National Association of Securities Dealers*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998); *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886; *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977); *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2008)

⁸²⁶ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973).

⁸²⁷ Cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange, Inc.*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989) ; *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982), spéc. p. 5; *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977). Voir aussi S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms » *op. cit.*, p. 6.

l'arbitre en droit américain - l'élément constitutif de l'« *arbitral immunity* »⁸²⁸ - pour constater les limites de l'immunité des centres d'arbitrage dans ce système juridique. La ressemblance entre les deux immunités justifie l'examen des arrêts statuant à la fois sur l'immunité des arbitres et sur l'immunité des centres quand on étudie l'immunité arbitrale aux États-Unis.

En général, l'immunité attribuée aux arbitres repose sur deux fondements juridiques : soit « *l'immunité positive* » soit « *l'immunité de statut* ».

« L'immunité positive » repose sur la relation contractuelle existant entre l'arbitre et les acteurs de l'arbitrage. Il existe dans cette relation un ensemble de droits et obligations à la charge des arbitres dont la violation entraîne leur responsabilité. Par exemple, l'arbitre doit exécuter sa mission judiciaire dans le délai prévu, au défaut, il risque de voir sa responsabilité engagée. Néanmoins, la responsabilité de l'arbitre ne peut pas être engagée pour un simple manquement. Il faut que l'arbitre commette une faute lourde ou qu'il soit de mauvaise foi⁸²⁹. Donc, cette « immunité positive » confère aux arbitres une immunité civile indirecte dont l'exception est la faute lourde ou la mauvaise foi⁸³⁰.

En revanche, « l'immunité de statut » assimile les arbitres aux juges en raison de la mission judiciaire qu'ils exécutent. Ils tranchent un litige en rendant une décision mettant fin au différend existant entre les parties. Cette théorie confère aux arbitres l'immunité en raison de la nature judiciaire de leur mission. « L'immunité de statut » peut-être, soit *négative* en attribuant aux arbitres une protection spécifique⁸³¹, soit *positive* en limitant les actions engagées contre eux⁸³².

Il est évident que les deux systèmes, anglais et américain, adoptent la théorie de « l'immunité de statut » lorsqu'ils englobent les arbitres dans l'« *arbitral immunity* ». On l'observe dans les décisions judiciaires américaines. La jurisprudence américaine a reconnu l'immunité d'arbitre, en raison de sa mission

⁸²⁸ Cf. M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *44 Hastings College of Law Hastings Law Journal*, 1993, p. 421, spéc. p.428 et s.

⁸²⁹ e.g. Code de procédure civil autrichien, Art. 594(4) ; en ce sens cf. J.-M. Hunter, A. Redfern et al., « Redfern and Hunter on International Arbitration », *Oxford University Press*, 2009, p. 329.

⁸³⁰ G. Born, « International Commercial Arbitration », *op. cit.*, p. 1646.

⁸³¹ e.g. English Arbitration Act 1996 which provides in its §29 « the arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or the purported discharge of his function as an arbitrator unless the act or the omission is shown to have been in bad faith ».

⁸³² e.g. La loi espagnole d'arbitrage, Art. 21 (1) prévoyant que les arbitres peuvent avoir leur responsabilité mise en cause, s'ils échouent à accomplir leur mission, dans l'hypothèse de mauvaise foi, imprudence ou fraude.

judiciaire, depuis le 19^e siècle⁸³³. La juridiction américaine a reconnu pour la première fois l'immunité arbitrale dans l'affaire « *Jones v. Brown* »⁸³⁴. Dans cet arrêt, la partie mécontente de la sentence a demandé que la responsabilité de l'arbitre soit engagée. Le demandeur a estimé que l'arbitre avait commis un acte de conspiration parce que l'arbitre a rendu la sentence arbitrale sans prendre en considération toutes les preuves que le demandeur avait présenté. La Cour a refusé d'engager la responsabilité de l'arbitre grâce à l'immunité dont il bénéficie pour les actes juridictionnels qu'il rend.

Ainsi, les arbitres, aux États-Unis, sont protégés par la même immunité que les juges⁸³⁵, sauf en cas de négligence⁸³⁶, mauvaise foi ou fraude⁸³⁷. Il convient de rappeler que la théorie selon laquelle on étend l'immunité judiciaire à d'autres personnes que les juges n'est pas une théorie récente de la jurisprudence américaine. Avant de l'étendre aux arbitres, et par la suite aux centres d'arbitrage, la jurisprudence a reconnu, pour la première fois, l'immunité judiciaire aux juges des juridictions étatiques dans l'arrêt « *Bradley v. Fisher* »⁸³⁸. De même, l'immunité quasi judiciaire a été attribuée aux procureurs fédéraux, dans l'arrêt « *Pierson v. Ray* »⁸³⁹, et aux procureurs des juridictions étatiques dans l'arrêt « *Yaselli v. Goff* »⁸⁴⁰. L'immunité quasi judiciaire a été, également, étendue aux juges administratifs et aux agents publics exerçant des missions équivalentes à celles des procureurs⁸⁴¹.

On peut alors conclure que les centres d'arbitrage, bénéficiaires de la même immunité tels que des juges et/ou des arbitres, ne peuvent pas être déclarés responsables même pour le manquement à leurs obligations contractuelles. Cela apparaît clairement dans les décisions rendues par les juridictions américaines.

⁸³³ *Jones v. Brown*, 54 Iowa 74 (Iowa 1880), *Hoosac Tunnel Dock & Elevator Co. v. O'Brien*, 137 Mass. 424 (Mass. 1884), « *an arbitrator is a quasi-judicial officer ... exercising judicial functions. There is as much reason in his case for protecting and insuring his impartiality, independence, and freedom from undue influence, as in the case of a judge or juror* ».

⁸³⁴ *Jones v. Brown*, 54 Iowa 74 (Iowa 1880).

⁸³⁵ J.-M. Hunter, A. Redfern et al., « Redfern and Hunter on International Arbitration », *op. cit.*, p. 328.

⁸³⁶ *Baar v. Tigerman*, 140 Cal.App.3d 979 (Cal. Ct. App. 1983).

⁸³⁷ *Jones v. Brown*, 54 Iowa 74 (Iowa 1880).

⁸³⁸ *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1872).

⁸³⁹ *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967).

⁸⁴⁰ *Yaselli v. Goff*, 275 U.S. 503 (1927) ; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976).

⁸⁴¹ Cité dans la décision *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

Le droit américain n'a pas seulement prévu l'immunité des centres d'arbitrage, en leur transposant l'immunité des arbitres⁸⁴², mais elle a, également, contribué à dessiner le contour de l'immunité lorsque le juge a été saisi, à plusieurs reprises, des demandes réclamant l'engagement de la responsabilité des centres d'arbitrage pour le manquement à leurs obligations contractuelles nées du contrat de direction d'arbitrage.

En conformité avec l'immunité des arbitres, la juridiction américaine a décidé, dans l'arrêt « *Austerns* »⁸⁴³, conformément à la jurisprudence de « *Forrester v. White* »⁸⁴⁴, que les actes impliquant la notification des procédures, la désignation des arbitres et le choix de la date de l'instance sont des actes intégralement liés au processus d'arbitrage. Ils sont liés à la mission quasi judiciaire des centres, ce qui justifie de leur octroyer l'« *arbitral immunity* »⁸⁴⁵ sauf bien évidemment en cas de négligence, fraude ou mauvaise foi⁸⁴⁶. Pour la jurisprudence américaine, ces actes font partie de la mission quasi judiciaire des centres.

Par ailleurs, les juridictions américaines ont refusé d'engager la responsabilité d'un arbitre lorsqu'une des parties à l'arbitrage contestait la décision de désignation des arbitres⁸⁴⁷. Par un raisonnement analogique, la juridiction américaine n'a pas accepté d'engager la responsabilité des centres pour les décisions qu'ils rendent sur les autres incidents relatifs à la constitution du tribunal arbitral, comme les demandes de récusation. Telle était, effectivement, la position de la juridiction américaine dans les arrêts « *Olson v. NASD* »⁸⁴⁸ et « *Rubenstein v. Otterbourg* »⁸⁴⁹.

⁸⁴² En ce sens cf. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, p.723 ; *Austin Municipal Secur., Inc. v. National Asso. of Sec. Dealers*, 757 F.2d 676 (5th Cir. 1985); *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982); *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973) ; *Hawkins v. National Association of Securities Dealers*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998) ; *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886; *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977); *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2008).

⁸⁴³ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886;

⁸⁴⁴ *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

⁸⁴⁵ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989), et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886;

⁸⁴⁶ *Jones v. Brown*, 54 Iowa 74 (Iowa 1880).

⁸⁴⁷ *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977)

⁸⁴⁸ *Olson v. NASD*, 85 F.3d 381 (8th Cir. 1996).

⁸⁴⁹ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973).

Les juridictions américaines ont refusé d'engager la responsabilité des arbitres pour la désignation défectueuse d'un arbitre dont l'indépendance et l'impartialité étaient mises en doute. De plus, elles n'ont pas accepté d'engager la responsabilité du centre d'arbitrage pour des actes relatifs à l'examen *prima facie* de la validité de la clause compromissoire, la désignation des arbitres, les frais d'arbitrage et l'organisation des dates des audiences arbitrales⁸⁵⁰.

En général, on peut dire qu'à l'exception de l'anomalie de l'arrêt « *Baar v. Tigerman* »⁸⁵¹, d'ailleurs, infirmé à plusieurs reprises par les décisions « *Austern* » et « *GGM* », le précédent américain accorde aux centres une immunité presque totale.

Dans l'arrêt « *Baar* », le centre d'arbitrage A.A.A a été assigné en responsabilité pour avoir rendu la sentence arbitrale hors le délai prévu. La sentence a été rendue avec sept mois de retard à cause de l'arbitre, bien qu'il s'agît d'un arbitrage en temps opportun. L'auteur de l'action, la société Baar, a assigné l'arbitre et l'A.A.A., en justice pour le manquement au contrat et pour négligence. Elle a demandé à la fois la réparation du dommage subi du fait du prononcé tardif de la sentence et la réparation du dommage subi du fait de la désignation par le centre d'un arbitre inefficace qui fut à l'origine du retard. La juridiction de premier degré a décidé l'immunité de l'arbitre et du centre, cependant, la Cour d'appel de Californie a infirmé la décision de la juridiction de premier degré⁸⁵².

Selon la Cour californienne, l'immunité arbitrale s'applique aux arbitres et aux centres lorsqu'ils commettent une faute en rendant la sentence arbitrale, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En effet, le demandeur leur reproche non pas d'avoir commis une faute lorsqu'ils ont rendu la sentence arbitrale, mais de ne pas avoir rendu la sentence arbitrale. Il ne dit pas que la sentence arbitrale a été mal rendue en raison d'une défaillance de l'arbitre ou du centre, il se plaint de l'inexistence même de la sentence arbitrale.

La Cour d'appel a refusé, contrairement au précédent américain, d'appliquer l'immunité. En outre, la Cour d'appel a refusé d'appliquer aux arbitres l'immunité judiciaire qui dispense, en principe, le juge de toute responsabilité même en cas de déni de justice. Elle a expliqué dans les motifs de sa décision la différence entre les

⁸⁵⁰ *New England Cleaning Services, Inc. v. A.A.A.*, 199 F.3d 542 (1st Cir. 1999).

⁸⁵¹ *Baar v. Tigerman*, 140 Cal.App.3d 979 (Cal. Ct. App. 1983).

⁸⁵² *id.*

procédures judiciaires et les procédures arbitrales qui justifiaient d'écarter l'immunité dans l'hypothèse en cause.

La Cour estimait qu'en premier lieu, les juges détiennent leur pouvoir de la constitution alors que les arbitres détiennent leur pouvoir d'un contrat. En deuxième lieu, le procès judiciaire est contrôlé par le précédent judiciaire, alors que l'arbitre n'est pas tenu de le respecter. En troisième lieu, un jury indépendant, essentiel pour assurer les garanties de la démocratie lors un procès judiciaire, n'existe pas pendant la procédure arbitrale. En quatrième lieu, l'audience devant les juridictions étatiques est publique, alors qu'elle est privée lors d'une procédure arbitrale. Et, en dernier lieu, les juges n'appliquent que la loi, alors que les arbitres ne sont pas toujours tenus à appliquer la loi surtout quand ils agissent en tant qu'*amiable compositeur*. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel californienne a refusé d'assimiler l'arbitre au juge. Elle en a donc déduit que l'arbitre et aussi les centres ne bénéficient pas de la même immunité que celle conférée aux juges.

La Cour s'est également fondée sur la nature contractuelle de l'arbitrage pour décider que l'arbitre peut voir sa responsabilité mise en cause s'il ne respecte pas le contrat d'arbitrage. Elle a fait référence à la décision de l'arrêt de la Cour d'Iowa qui a engagé la responsabilité de l'arbitre à cause de sa corruption pendant la procédure arbitrale en ne respectant pas le principe de « *fair dealing* » dans le contrat⁸⁵³. La Cour d'appel n'a pas interprété l'« *arbitral immunity* » comme un obstacle qui pourrait bloquer la mise en cause de la responsabilité de l'arbitre. Pour la Cour, la nature contractuelle de l'arbitrage justifie la mise en cause de la responsabilité de l'arbitre dans le cas où il ne respecte pas ses obligations contractuelles notamment afférentes aux actes non judiciaires⁸⁵⁴.

Le choc créé par la décision « *Baar* » a conduit certains auteurs à interpréter la décision d'une façon qui démontre que la décision ne s'oppose pas au principe de l'« *arbitral immunity* » reconnue dans le système juridique américain. Certains auteurs ont justifié la décision de la Cour d'appel californienne en disant que la Cour n'avait écarté l'immunité seulement à cause de l'inexécution intégrale de la mission par l'arbitre. Ils considèrent l'inexécution totale de la mission de l'arbitre comme une hypothèse de négligence qui justifie l'exclusion de l'immunité. Sinon,

⁸⁵³ *Bever v. Brown*, 56 Iowa 565 (Iowa 1881).

l'immunité aurait bloqué la mise en cause de la responsabilité soit de l'arbitre soit du centre même si on leur reproche le non-respect d'une obligation contractuelle⁸⁵⁵.

D'autres auteurs ont fait référence aux autres exceptions à l'immunité, à savoir la fraude et la mauvaise foi, pour justifier la motivation de la Cour d'appel. Ils estiment que l'arbitre peut être tenu responsable si l'une des parties prouve que l'arbitre a statué de mauvaise foi ou au mépris des droits de la partie lésée⁸⁵⁶.

Néanmoins, on est peu convaincu par les interprétations et explications de l'arrêt « Baar » faites par la doctrine américaine. Ces interprétations ignorent le fait que la Cour d'appel a énoncé, expressément dans sa décision, "la nécessité de respecter les obligations nées du contrat d'arbitrage"⁸⁵⁷. Donc, on pense que la Cour était déterminée sur l'engagement de la responsabilité de l'arbitre pour le manquement à une obligation contractuelle. La motivation de la Cour à cet égard était expresse et non équivoque. On ne pense pas qu'il y a lieu à interprétation, la décision étant claire sur la question.

Cette situation contradictoire a été, heureusement, corrigée par le législateur californien deux ans après la décision « Baar » pour que les arrêts suivants soient dans la ligne de la common law américaine. Le législateur est intervenu pour assurer la reconnaissance du principe de l'« arbitral immunity », déjà reconnu par le précédent judiciaire fédéral, en définissant le contour de l'immunité dans la section 1280.1 du Code civil de procédure californien.

Selon ce code, « 1. Un arbitre aurait la même irresponsabilité civile qu'un agent judiciaire, que l'origine de son intervention soit légale ou contractuelle. 2. L'immunité prévue dans cette section se cumule et ne substitue pas les autres types d'immunité prévue par le précédent judiciaire (common law) ou par les autres lois »⁸⁵⁸.

En ce qui concerne l'immunité des arbitres, on constate que le texte législatif n'a rien apporté de nouveau par rapport au précédent américain. Il a confirmé ce qui avait été déjà accepté par la jurisprudence, à savoir l'attribution aux arbitres de la

⁸⁵⁴ M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *op. cit.*, p 428 et s.

⁸⁵⁵ *ibid.*, p. 431-432.

⁸⁵⁶ *ibid.*, p. 432

⁸⁵⁷ Cf. *Baar v. Tigerman*, 140 Cal.App.3d 979 (Cal. Ct. App. 1983).

⁸⁵⁸ Code civil de procédure californien, § 1280.1 .

même immunité conférée aux agents judiciaires. Le texte semble clair et il n'a pas besoin ni d'explication ni d'interprétation.

Pourtant un auteur isolé estime le contraire. Il interprète le texte législatif de façon, si on peut dire, détournée pour arriver à une autre conclusion précise. Pour lui, la nouvelle législation, à la différence du précédent judiciaire, n'est qu'une confirmation de la motivation de l'arrêt « Baar ».

D'une part, il tire de l'assimilation faite entre l'arbitre et le juge étatique, la responsabilité contractuelle de l'arbitre. Pour lui, l'impossibilité d'engager la responsabilité contractuelle du juge réside dans le défaut du rapport contractuel le liant avec les litigants, et non pas en raison de l'immunité. Il considère que la responsabilité du juge aurait été engagée, le cas échéant, s'il y avait un rapport contractuel le liant avec les litigants. Il en va de même pour l'arbitre grâce à l'assimilation faite par texte législatif. Les arbitres auraient vu leur responsabilité engagée, s'il y avait eu un rapport contractuel les liant avec les parties à l'arbitrage. Alors, étant donné du contrat d'arbitre, liant l'arbitre aux parties, il déduit que l'arbitre n'est pas protégé par l'immunité contre les actions en responsabilité contractuelle.

D'autre part, il tire du silence du législateur californien sur la question de l'immunité des centres que la jurisprudence de l'arrêt « Baar » n'est pas du tout abandonnée par l'entrée en vigueur de la nouvelle législation. C'est-à-dire que la responsabilité des centres peut être engagée s'ils ne respectent pas leurs obligations contractuelles ou s'ils les exécutent mal.

Enfin, cet auteur dissident est allé encore plus loin dans son raisonnement pour justifier la responsabilité des centres d'arbitrage. Pour lui, l'arbitre ne bénéficie pas d'immunité, sauf lorsqu'il exécute sa mission judiciaire. L'arbitre est donc responsable de tous ses actes contractuels. Ainsi, s'il n'y a aucune immunité octroyée aux arbitres pour leurs actes contractuels, les centres ne doivent pas davantage en bénéficier en raison de l'origine contractuelle leurs actes⁸⁵⁹.

Cependant, cette interprétation n'a pas reçu beaucoup de soutiens aux États-Unis. Même la Cour d'appel de Californie, qui avait prononcé précédemment l'arrêt « Baar », a décidé, quelques années plus tard, dans l'arrêt « *Coopers & Lybrand v.*

⁸⁵⁹ M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *op. cit.*, p. 433 et s.

Superior Court »⁸⁶⁰ qu'il est indispensable d'abandonner la jurisprudence « *Baar* » étant donné les nouvelles dispositions prévues par le Code de procédure civil californien. Elle a jugé que l'immunité arbitrale doit s'appliquer à l'arbitre, même s'il ne respecte pas ses obligations contractuelles, parce que le législateur n'a pas fait de différence entre les fonctions légales et contractuelles des arbitres.

Dans tous les cas, l'arbitre bénéficie de l'immunité arbitrale. En plus, la Cour d'appel de Californie a jugé que l'immunité de l'arbitre doit s'étendre aux centres. Le principe d'extension de l'immunité de l'arbitre aux centres d'arbitrage suppose que ces derniers bénéficient de la même immunité que les arbitres, y compris l'immunité contre les actions en responsabilité contractuelle⁸⁶¹. Selon la Cour d'appel, le législateur californien veut inciter les personnes privées à saisir l'arbitrage, ce qui aboutit éventuellement à diminuer la surcharge des procès devant les juridictions étatiques.

D'ailleurs, on ne peut pas dire que la décision « *Baar* » a été bien accueillie par la juridiction américaine. Elle ne doit pas être considérée comme un arrêt de revirement, selon lequel la mise en œuvre de la responsabilité des centres d'arbitrage pour le manquement à une obligation contractuelle devient possible. La justice américaine n'a pas changé sa position quant à la question de l'immunité des centres dans les décisions postérieures à l'arrêt « *Baar* ».

Dans l'affaire « *Austern* »⁸⁶², la District Court of Southern New York n'était pas convaincue par la motivation de l'arrêt « *Baar* » pour deux raisons. La première raison se rapporte aux règles de compétence territoriale. La Cour new-yorkaise a jugé qu'elle n'était pas tenue de respecter la décision de la Cour d'appel de Californie. Elle a également refusé de souscrire à la décision « *Baar* » à cause de sa contrariété avec la législation en vigueur. À l'époque de l'arrêt « *Baar* », avant la modification de l'« *Arbitration Federal Act* », les voies de recours contre une sentence arbitrale défectueuse n'étaient pas exclusivement prévues, mais maintenant plus ! Par conséquent, la District Court of Southern New York a considéré que les

⁸⁶⁰ *Coopers & Lybrand v. Superior Court*, 212 Cal.App.3d 524 (Cal. Ct. App.1989).

⁸⁶¹ M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *op. cit.*, p. 472; aussi cf. *Am. Arbitration Ass'n v. Superior Court*, 10 Cal.Rptr.2d 899 (Cal. Ct. App. 1992) (concluding that the statute implicitly extended to the sponsoring organization); *Coopers & Lybrand v. Superior Court*, 212 Cal.App.3d 524 (Cal. Ct. App.1989) (holding that an arbitrator's misconduct or fraud will not void arbitral immunity; the remedy for arbitrator misconduct lies in vacation of the award).

⁸⁶² *Austern v. The Chicago Board Options Exchange, Inc.*, 716 F.Supp. 121 (S.D.N.Y. 1989).

demandeurs avaient déjà épuisé, par ce moyen, tout autre recours possible contre la sentence arbitrale, y compris l'action en responsabilité contre le centre d'arbitrage.

En effet, pour la juridiction américaine, la mise en cause de la responsabilité d'un centre d'arbitrage n'est qu'une manière détournée pour annuler une sentence arbitrale bien que les adversaires dans les deux actions ne soient pas les mêmes⁸⁶³. Ainsi, l'immunité est aussi justifiée par l'exercice d'un recours en annulation ultérieur, car, d'après la juridiction américaine, toute autre action ne serait qu'une autre tentative pour obtenir désespérément l'annulation de la sentence.

La jurisprudence « *Baar* » a été encore infirmée une autre fois dans une décision relativement récente, à savoir la décision « *GGM* ». La Cour a prononcé à nouveau l'extension de l'immunité des arbitres aux centres d'arbitrage lorsque ces derniers exercent des fonctions intégralement liées au procès arbitral, s'agissant d'actes liés à la mission quasi judiciaire des centres⁸⁶⁴.

Donc, l'immunité des centres d'arbitrage est un concept bien reconnu et accepté en droit positif américain. Les arbitres ainsi que les centres bénéficient, en principe, d'une immunité juridictionnelle contre toute action sollicitant soit la réparation du préjudice, soit l'exécution en nature⁸⁶⁵.

On déduit de ce qui précède que les centres sont protégés contre les actions en responsabilité engagées contre eux que si la faute reprochée réside soit dans une décision institutionnelle ayant un caractère juridictionnel soit dans une mauvaise exécution ou inexécution d'une obligation contractuelle pendant l'administration de l'arbitrage⁸⁶⁶.

Bien qu'il ne soit pas encore déterminé, de manière décisive, si l'immunité joue ou non dans l'hypothèse de l'inexécution intégrale de la mission arbitrale, par exemple l'abstention de rendre une sentence arbitrale⁸⁶⁷, l'immunité des centres

⁸⁶³ *id.*, et sur appel rejeté cf. *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. p. 886; cf. aussi, *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982), spéc. p.1, 6 & 7.

⁸⁶⁴ *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2008)

⁸⁶⁵ Gary Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, 2009, p. 1652 ; J.-M. Hunter, A. Redfern et al., « Redfern and Hunter on International Arbitration », *op. cit.*, p.313.

⁸⁶⁶ *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973).; *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2008) ; cf. aussi M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *op. cit.*, p. 489

⁸⁶⁷ M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *op. cit.*, p. 493, 494

d'arbitrage est incontestablement reconnue dans la jurisprudence américaine contre toute action en responsabilité.

À titre exceptionnel et dans des conditions très limitées, une immunité arbitrale qualifiée d'immunité non absolue est reconnue par quelques États. Il s'agit des États du Maryland⁸⁶⁸, du New Jersey et de l'Illinois⁸⁶⁹ où la responsabilité des centres pourrait être engagée s'ils ne respectent pas une de leurs obligations contractuelles.

Cette grande marge de protection explique, sans équivoque, l'immunité absolue conférée aux arbitres et aux centres. L'attribution de l'immunité peut être compréhensible et justifiable, par contre, l'immunité absolue ne paraît pas totalement justifiée. *A priori*, cette immunité absolue ne correspond pas à la fonction dualiste des centres lors de l'arbitrage, à savoir la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. En outre, une immunité absolue engendre une conséquence non souhaitable : l'application de l'immunité à toutes les décisions institutionnelles y compris celles qui n'ont pas le caractère juridictionnel.

Au contraire du droit positif américain, l'immunité conférée aux centres d'arbitrage en Angleterre est beaucoup plus restrictive. Étant donné l'immunité relative des arbitres⁸⁷⁰, les centres ne bénéficient que d'une immunité relative aussi⁸⁷¹. D'après la section 74 de l'« *Arbitration Act 1996* » l'immunité arbitrale, conférée aux centres, ne s'applique qu'aux décisions institutionnelles afférentes à la désignation des arbitres, sauf évidemment, en cas de faute intentionnelle ou mauvaise foi de leur part⁸⁷². De même, selon l'alinéa 2 de la section 74, le centre ne

⁸⁶⁸ M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *op. cit.*, p.443 ; le Code de procédure de Maryland prévoit une immunité qualifiée ou relative dans l'arbitrage afférentes aux affaires médicales "health care malpractice arbitration". MD. CTS. & JUD. PROC. CODE ANN (Maryland courts and judicial procedural code annotated) . § 5-352 (1990).

⁸⁶⁹ S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms », *op. cit.*, p. 1

⁸⁷⁰ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « International Commercial Arbitration », *op. cit.*, no. 592 (*indiquant que l'immunité arbitrale est limité*) ; J.-M.D. Lew, « Introduction, in the immunity of arbitrators », *op. cit.*, no. 4 (noting that the arbitral immunity in English law is a qualified immunity).

⁸⁷¹ M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p.1857 (*Noting that U.K. Act extends arbitral immunity to sponsoring institutions, therefore, If the immunity of arbitrators in England is qualified and this immunity is also granted to institutions that sponsor arbitrations it logically follows that the immunity of the institution too will be qualified*).

⁸⁷² Arbitration Act 1996, section 74 paragraph 1; A. Sheppard, « English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Miscellaneous, Section 74, Immunity of arbitral institutions », *op. cit.*, p. 835, 836.

peut pas être tenu responsable pour des fautes commises par l'arbitre qu'il a désigné⁸⁷³.

On remarque, alors, que le législateur anglais ne précise pas si l'immunité arbitrale concerne les autres actes ayant un caractère juridictionnel ou non. Il s'agit des actes qui relèvent vraiment de la fonction juridictionnelle des centres comme les décisions sur les incidents de récusation, l'examen *prima facie* de la validité de la clause compromissoire et l'approbation en la forme du projet de la sentence. Conformément à la conception limitative du principe de l'immunité des centres, un auteur estime que les centres ne sont couverts par l'immunité ni en cas d'abstention totale de la désignation des arbitres ni en cas de manquement aux autres obligations contractuelles à la charge des centres⁸⁷⁴. Les centres en Angleterre sont seulement protégés lorsqu'il prononce une décision défectueuse sur la constitution du tribunal arbitral.

Le régime d'immunité quasi absolue reconnu aux États-Unis soulève des problèmes autant que le régime de responsabilité de droit commun reconnu en France. Le système américain a fait prévaloir la sécurité judiciaire en bloquant, par l'immunité arbitrale absolue, les actions en responsabilité considérées comme inutiles, injustifiables ou dilatoires, même si ce blocage aboutit à barrer un petit nombre d'actions bien fondées.

Pour les Américains, l'écart entre l'immunité arbitrale absolue ou la reconnaissance d'une immunité qualifiée permet aux parties mécontentes de mettre en cause, de façon systématique, la responsabilité des arbitres ou des centres sans être en possession d'une preuve substantielle de leur corruption ou de leur mauvais comportement. Par conséquent, l'action en responsabilité ne sera plus qu'une action détournée pour annuler la sentence arbitrale, notamment si les autres cas d'ouverture d'un recours contre la sentence ont été épuisés.

⁸⁷³ M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p.1857; Arbitration Act 1996, section 74, para. 1 « *An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith* »; Paragraph 2 of section 74 states: « *An arbitral or other institution or person by whom an arbitrator is appointed or nominated is not liable, by reason of having appointed or nominated him, for anything done or omitted by the arbitrator (or his employees or agents) in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator* ».

⁸⁷⁴ cf. aussi M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p.1858.

Certes, les problèmes soulevés à l'égard du système américain sont différents de ceux soulevés pour le système français. Comme on a déjà démontré les conséquences défavorables résultant du régime de responsabilité de droit commun, on présentera les conséquences défavorables résultant de l'immunité absolue américaine.

Sous-section 2 : Les conséquences défavorables du régime de l'immunité quasi absolue des centres d'arbitrage

L'extension de l'immunité des arbitres aux centres, fondée sur la fonction quasi judiciaire des centres, emporte une conséquence néfaste, à savoir l'immunité quasi absolue des centres d'arbitrage. La jurisprudence américaine confère aux centres une immunité presque absolue même pour les manquements relatifs à la fonction administrative. La portée très large de l'immunité se manifeste clairement dans les arrêts où la responsabilité des centres a été écartée.

Il est vrai que la Cour d'appel de Californie a tenté de restreindre l'immunité dans sa décision de l'arrêt « *Baar* ». Elle a limité l'immunité arbitrale, en engageant la responsabilité de l'arbitre qui n'a pas respecté le délai prévu par le règlement du centre d'arbitrage A.A.A. Mais on a vu comment cette tentative de limitation de l'immunité n'a reçu que peu de soutien de la doctrine américaine et a été mal accueilli par les juridictions américaines et le législateur californien.

Bien qu'on pense que les centres doivent bénéficier d'une protection en raison de l'aspect juridictionnel de leur fonction, cette protection doit être limitée en raison du second aspect de leurs fonctions. On pense que la marge d'immunité américaine conférée aux centres ne correspond pas à la mission qu'ils exécutent pendant la procédure arbitrale. S'il est vrai qu'il existe des raisons qui nous obligent à leur reconnaître une protection, celle-ci ne doit pas résider dans une immunité absolue en raison la dualité de sa mission.

À cet égard, on adhère aux arguments présentés pour refuser l'attribution d'une immunité absolue aux centres d'arbitrage. Une immunité absolue, à l'instar de l'immunité judiciaire, est peu convaincante si l'on prend en considération l'insuffisance des garanties procédurales dans l'arbitrage. On peut penser que la mise en cause de la responsabilité des arbitres est le seul moyen à la disposition des

parties à l'arbitrage pour lutter contre le mauvais comportement d'agent quasi judiciaire, et par conséquent renforcer la sécurité juridique⁸⁷⁵.

On pense que certains arguments soulevés par le contestataire de l'immunité arbitrale absolue démontrent la défaillance de l'immunité arbitrale quasi absolue. Ce contestataire explique, d'abord, que « *les garanties procédurales* », exigées par la constitution américaine et constatées par la Cour suprême lorsqu'elle s'est prononcée sur l'immunité judiciaire, n'existent pas dans l'arbitrage.

En premier lieu, l'arbitre, à la différence du juge, n'est tenu ni par les précédents de la jurisprudence (common law), ni par les règles de preuve ni par les dispositions des lois. Il n'a pas davantage la mentalité ni le raisonnement d'un juge parce que l'arbitre est souvent un homme d'affaires ou un avocat qui n'est pas formé de la même manière que les juges.

En deuxième lieu, il considère la sentence arbitrale comme la constatation d'un ensemble des droits et des obligations qui ne doit pas conférer, en conséquence, à ses auteurs, les arbitres ainsi que les centres, une immunité absolue. Il ne s'agit pas pour lui d'une vraie décision judiciaire, car lors d'une procédure arbitrale, les parties ne sont pas autorisées à avoir connaissance de toutes les constatations, soit de fait soit de droit, ni de toutes les conclusions judiciaires, comme c'est le cas dans un procès judiciaire. Pour lui, l'exigence des garanties procédurales, sur laquelle se fonde la Cour Suprême pour reconnaître l'immunité judiciaire, n'existent pas dans l'arbitrage⁸⁷⁶.

De la même façon, il n'est pas très convaincu par l'argument de la Cour suprême qui fonde l'immunité arbitrale sur l'origine contractuelle de l'arbitrage. Dès lors que l'investiture de l'arbitre est contractuelle, la jurisprudence américaine suppose que personne ne sera pas enclin à être arbitre s'il y a toujours une menace ou un risque de voir sa responsabilité mise en cause de manière systématique.

Pour lui, cet argument doit être écarté parce que le métier d'arbitre a commencé il y a longtemps quand les commerçants se sont investis en tant qu'arbitres gratuitement. Puis, l'évolution de l'arbitrage et l'augmentation des affaires d'arbitrage ont exigé que le métier devienne assez répandu et soit bien payé

⁸⁷⁵ M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *op. cit.*, 437 et s.

⁸⁷⁶ *id.*

de telle sorte que certaines universités ont établi des diplômes de méthode alternative de règlement des conflits.

Il soutient également que les cabinets d'avocat spécialisés dans l'arbitrage gérés par d'anciens magistrats et des grands avocats n'abandonneront pas leur métier juste en raison d'une possibilité de voir leur responsabilité mise en cause, notamment si on prend en considération les bénéfices pécuniaires qu'ils réalisent. Alors, il ne pense pas que l'immunité soit bien justifiée par l'origine contractuelle de l'investiture de l'arbitre. Dire que la responsabilité éventuelle des arbitres en cas de manquement à une obligation contractuelle aboutira à entraver le progrès d'arbitrage est, selon Monsieur Sponseller, une exagération qui n'emporte pas la conviction⁸⁷⁷.

Les contradicteurs pensent que lorsque les litigants ont recours à l'arbitrage, elles sont bien conscientes des risques qui en découlent⁸⁷⁸. Donc le choix de l'arbitrage doit être considéré comme une renonciation volontaire à quelques voies de recours contre des préjudices éventuels dont les parties soient déjà conscientes.

Il leur est répondu en disant que les litigants en acceptant la clause compromissoire ne sont pas conscients d'avoir tacitement, renoncé à leur droit de se plaindre du mauvais comportement de l'arbitre ou d'un centre d'arbitrage. Normalement, les parties se mettent d'accord sur une clause compromissoire qui figure dans un contrat commercial sans avoir conscience de cette renonciation notamment si on prend en considération que le contrat a été conclu à un moment où un conflit n'était pas existant⁸⁷⁹.

Au surplus, il convient en outre de souligner que les autres raisons de la jurisprudence américaine pour justifier l'immunité arbitrale quasi absolue des centres n'emportent pas non plus la conviction. On ne voit pas pourquoi une immunité doit être octroyée aux centres pour assurer la protection des arbitres et leur indépendance judiciaire. On ne voit pas le rapport entre la responsabilité des centres pour des actes afférents à la fonction administrative et la garantie de l'indépendance judiciaire⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ *id.*

⁸⁷⁸ D.-R. Nolan & R.-I. Abrams, « Arbitral Immunity », *11 Berkeley J. Emp. & Lab. L.*, 1989, p. 228, spéc. p. 234

⁸⁷⁹ M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *op. cit.*, p. 438.

⁸⁸⁰ M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p. 1824, spéc. p. 1869.

En outre, l'avis du juge américain nous semble contestable lorsqu'il estime qu'une action en responsabilité, engagée à l'encontre de l'arbitre ou du centre n'est, en fait, qu'une voie de recours indirecte exercée contre la sentence arbitrale⁸⁸¹.

D'abord, les griefs permettant d'exercer une voie de recours sont exclusivement prévus et n'impliquent pas le manquement du centre à ses obligations. De plus, l'argument avancé par la jurisprudence américaine suppose que le recours en annulation est toujours le moyen pour réparer le préjudice subi pendant la procédure arbitrale et que le recours contre le centre n'est qu'une action masquée qui vise la même fin, alors que ce n'est pas toujours vrai. Le recours en annulation ne donne pas toujours lieu à la réparation du dommage subi. Parfois, l'annulation, en elle-même, est la cause du préjudice, comme dans l'affaire « *FFM* ». C'est le vainqueur de l'arbitrage qui assigne le centre en justice à cause de préjudice subi du fait de l'annulation. Donc, dire que l'action en responsabilité masque une voie de recours en annulation en plus des cas d'ouvertures prévus par la loi n'est pas toujours juste.

Seuls deux arguments de la jurisprudence américaine pour justifier l'immunité arbitrale des centres sont acceptables à notre avis. Il s'agit, d'une part, de la participation du centre dans la résolution du litige et le processus judiciaire en général, et d'autre part, de la fonction juridictionnelle que le centre exerce dans certains cas : les décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. Pourtant, ces arguments ne suffisent pas pour conférer une immunité quasi absolue aux centres.

On pense que la seule explication à une telle immunité quasi absolue des centres réside dans des raisons historiques relatives aux Etats-Unis. L'arbitrage institutionnel était le moyen traditionnel et exclusif pour résoudre tous les litiges impliquant l'industrie des valeurs mobilières dans le domaine du droit social. Avec l'augmentation de nombre des litiges portés devant les centres d'arbitrage, comme National Association of Securities Dealers (NASD), le rôle des centres, pendant le processus arbitral, est devenu beaucoup plus important, remarquable et influent. À ce titre, les centres d'arbitrage ont été reconnus par le Congrès comme des entités autoréglementées. Cette qualité d'autoréglementation a donné aux centres plus de

⁸⁸¹ *Staz v Schwab*, 121 Cal.App.4th 420 (Cal. Ct. App. 2004), spéc. p. 431.

pouvoir, y compris le pouvoir de rendre certains actes ayant le caractère quasi juridictionnel.

Alors, étant donné leur rôle significatif et quasi juridictionnel, les centres ont été confrontés à beaucoup de critiques qui se sont traduites finalement par la mise en cause de leur responsabilité devant les juridictions étatiques. En réaction, la jurisprudence américaine a étendu l'immunité arbitrale aux centres d'arbitrage afin de les protéger et d'éviter de voir leur responsabilité mise en cause de manière systématique en raison des actes qu'ils avaient pris lors de l'administration de l'arbitrage, ce qui assurait éventuellement la bonne exécution de leur mission quasi judiciaire⁸⁸².

Quoiqu'il en soit, l'extension de l'immunité des arbitres aux centres, en disant que ces derniers exécutent une mission quasi juridictionnelle, implique une ignorance évidente, à savoir l'aspect administratif de la fonction accomplie par le centre. Certes, une partie de la mission des centres implique une fonction juridictionnelle, mais le droit américain semble ignorer, en attribuant une telle immunité absolue aux centres, le reste des fonctions des centres qui ont sans doute une nature administrative⁸⁸³.

⁸⁸² M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *op. cit.*, p. 488,489.

⁸⁸³ En ce sens V. S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms » *op. cit.*, p. 563 et s.

Section 3 : L'insuffisance du régime de l'immunité fondé sur leur statut de personnes de droit international public.

Selon les juridictions égyptiennes, les centres d'arbitrage pourraient jouir de l'immunité internationale grâce à leur statut juridique. Si le centre est considéré comme une organisation internationale, et par conséquent une personne de droit international public, ils devraient bénéficier de l'immunité reconnue par le droit international public.

Tel est le cas pour Centre Régional d'Arbitrage Commercial International du Caire ("C.R.C.I.C.A."). La responsabilité du C.R.C.I.C.A. a été mise en cause, devant la Cour d'appel du Caire, par la partie mécontente d'une sentence arbitrale. Elle a exercé un recours en annulation contre la sentence arbitrale. Lors de ce recours, elle a assigné en responsabilité le centre d'arbitrage ainsi que les membres du tribunal arbitral. Dans cette affaire, le centre d'arbitrage n'était pas assigné par une action du droit commun, ce qui n'est pas habituel. Il était assigné par une voie de recours introduite contre une sentence arbitrale pour la constitution prétendue irrégulière du tribunal arbitral.

La Cour d'appel du Caire n'a pas fait droit aux demandes de l'appelant. Elle s'est reconnue incompétente pour trancher un tel litige en raison de l'immunité judiciaire conférée au C.R.C.I.C.A. grâce à son statut juridique. Elle a considéré le centre comme une organisation internationale des fondements de son implantation⁸⁸⁴. « *L'organisation consultative juridique afro-asiatique* »⁸⁸⁵ a décidé en 1978, lors de sa séance plénière à Doha, d'établir un centre régional qui dirigerait l'arbitrage commercial international en Afrique et en Asie. L'organisation consultative juridique afro-asiatique a conclu, avec le gouvernement égyptien en 1979, une convention internationale constituant le centre régional d'arbitrage commercial international du Caire. Par ailleurs, selon l'accord de siège conclu en décembre 1987 entre le gouvernement égyptien et l'organisation consultative

⁸⁸⁴ CA Caire, Ch. Com. 7, 6 juin 2012, décision n°. 32, année judiciaire 128.

⁸⁸⁵ V. *supra.*, « L'introduction : Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration ("C.R.C.I.C.A.") », p. 28.

juridique afro-asiatique, il a été reconnu au C.R.C.I.C.A. le statut d'organisation internationale⁸⁸⁶.

Comme le droit positif américain, les juridictions égyptiennes reconnaissent l'immunité du C.R.C.I.C.A. Pourtant, cette immunité n'est pas conférée en raison de la fonction que le centre accomplit pendant l'instance arbitrale. Elle est conférée grâce à son statut juridique, à savoir une organisation internationale.

En principe, les centres d'arbitrage international sont qualifiés, soit d'organisations internationales, soit d'organisations non gouvernementales ("ONG"). Le statut du centre varie d'une organisation internationale à une organisation non gouvernementale en fonction de la méthode selon laquelle il a été établi. Les centres établis grâce à une convention conclue entre des sujets publics de droit international ont souvent la qualité d'une organisation soit internationale soit régionale⁸⁸⁷. En revanche, les centres constitués grâce à un accord, dont les parties sont des sujets privés de droit international, ont la qualité d'une organisation non gouvernementale⁸⁸⁸.

Dans la majorité des cas, les centres d'arbitrage ont la qualité d'une ONG⁸⁸⁹. Les centres qui ont cette qualité sont souvent, au sens juridique, des associations⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ V. l'introduction du règlement du centre régional d'arbitrage commercial international du Caire version du 1^{er} mars 2011, www.crcica.org.eg

⁸⁸⁷ L'organisation internationale est un regroupement d'États qui entendent conserver leur souveraineté. En ce sens *cf.* J. Charpentier, « Institutions internationales », 17^{ème} éd., Dalloz, 2009, spéc. p. 47 ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, « Droit international public », 11^{ème} éd., Dalloz, 2012, spéc. p. 167 ; D. Ruzié, G. Teboul « *Droit International public* », Dalloz, 20^{ème} éd, spéc. p. 157,

⁸⁸⁸ Il s'agit des personnes morales dont l'activité est non lucrative. Elles sont des associations, ou des fédérations des associations, poursuivant un but d'intérêt général dépassant le cadre d'un seul État, aussi bien dans le domaine politique, syndical ou corporatif que culturel ou humanitaire. En ce sens V. J. Charpentier, « Institutions internationales », *op. cit.*, spéc. p. 86.

⁸⁸⁹ À titre d'exemple la C.C.I. Elle a réclaté, dans ses conclusions de défense lors de l'affaire « Cubic », que son objet est « *en sa qualité d'Organisation internationale non gouvernementale, de favoriser le développement du commerce mondial et a ce titre, exerce son activité dans tous les domaines susceptibles de participer à cet essor avec le concours de toutes les entreprises ou les particuliers qui adhèrent à ses statuts* ». La Cour d'appel a confirmé cette qualité en prononçant qu'il s'agit d'une vraie organisation internationale non gouvernementale, *cf.* CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 169.

Dans une autre occasion, la Cour d'appel a reconfirmé cette qualité dans sa décision du 22 janv. 2009 (Sté SNF) en prononçant que « *La C.C.I. organisation non gouvernementale reconnue par l'ONU, est responsable des actes d'administration de la Cour internationale d'arbitrage, la C.C.I. étant la seule à disposer de la personnalité juridique (...)* », *cf.* CA Paris, 22 janv. 2009, note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 321.

⁸⁹⁰ Selon La loi du 1^{er} juillet 1901, Art. 1 « *L'association est la convention par laquelle deux personnes ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leur connaissance ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ». Pour aller plus loin sur l'association *cf.* G. Goubeaux, P. Voirin « Droit Civil », 34^{ème} éd., L.G.D.J., 2013, spéc. p. 88 ; A. Batteur, « Droit

Section 3 : L'insuffisance du régime de l'immunité fondé sur leur statut de personnes de droit international public.

Un centre d'arbitrage est alors constitué d'après une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leur connaissance ou leur activité dans un but autre que le partage des bénéfices.

En effet, on estime qu'un centre ne doit pas être considéré comme une société civile⁸⁹¹, car une société civile est, en principe, à but lucratif, alors que le centre d'arbitrage est à but non lucratif. Il est vrai que le centre d'arbitrage réalise des bénéfices, pourtant ceux-ci n'ont vocation ni à être partagés entre ses membres ni à les enrichir. Ils sont plutôt exploités dans l'activité du centre, à savoir la direction des affaires d'arbitrage. Ainsi, considérer de tels centres comme des associations est parfaitement convenable.

Selon l'analyse de la jurisprudence égyptienne, le type de l'activité exercée par le centre ne joue aucun rôle dans la détermination de sa qualité. Le critère décisif, déterminant son statut juridique, est plutôt un critère formel tiré soit des dispositions de son règlement, soit, au pire des cas, des dispositions de la convention le constituant.

Il résulte de cette différence de statut, malgré l'activité similaire, l'application de lois différentes, et par suite la soumission à des régimes de responsabilité différents. Les centres qualifiés d'organisations internationales seront soumis aux règles du droit international public qui prévoient leur immunité juridictionnelle vis-à-vis des juridictions d'État du siège⁸⁹². En revanche, les centres qualifiés d'organisations non gouvernementales seront soumis aux règles du droit national -dès lors qu'ils sont des associations- désignées par la méthode conflictuelle.

des personnes, des familles et des majeures protégés », 7^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2013, spéc. p. 90 ; J.-M. Moulin, « Droit des sociétés et des groupes », *Gualino*, 2013, spéc. p. 483 ;

⁸⁹¹ Code civil français, Art. 1845 à 1870.

⁸⁹² V. C.W. Jenks, « International immunities », Londres, Stevens, 1961, p. 178 cité par P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, « Droit international public », *op cit.*, p. 225 ; D. Ruzié, G. Teboul « *Droit International public* », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre 2

Généralement, bien que les centres d'arbitrage ne jouissent aucune sorte d'immunité devant les juridictions françaises, un jugement du TGI de Nanterre du 1^{er} juillet 2010 est la première décision française qui engage véritablement la responsabilité d'un centre d'arbitrage. Avant ledit jugement, la responsabilité des centres était rarement engagée bien que la jurisprudence et la doctrine ne reconnaissent aucune sorte d'immunité conférée aux centres d'arbitrage.

Dans les actions antérieures à l'affaire « *FFM* », tous les arguments avancés et les fautes réclamées contre les centres n'étaient pas suffisamment caractérisés pour engager la responsabilité des centres⁸⁹³. La responsabilité n'était pas engagée parce que les motifs de droit ou de fait ne semblaient pas suffisants pour la juridiction. Par contre, si les fautes alléguées avaient été suffisantes pour engager la responsabilité des centres, la juridiction française l'aurait engagée sans distinguer les fautes afférentes à la fonction administrative de celles afférentes à la fonction juridictionnelle.

Bien entendu, l'application d'un tel régime sur les fautes afférentes à la fonction administrative ne relève aucune critique. Si la faute alléguée représente un manquement à une obligation d'administration, comme la prorogation de délai d'arbitrage, l'obligation de faire respecter le délai d'arbitrage, la responsabilité civile du centre doit être engagée, s'il y a lieu. Néanmoins, ce régime de responsabilité n'est pas pertinent à la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage.

Par ailleurs, la position de la juridiction américaine qui étend l'immunité des arbitres aux centres d'arbitrage en raison de la fonction quasi juridictionnelle des centres n'emporte pas la conviction. Cette immunité ignore le fait que les centres

⁸⁹³ TGI Nanterre, 1 juill. 2010 (Sté FFM), note C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *op. cit.*, p. 10; sous note A. Mourre et P. Pedone, *op. cit.* ; sous note Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*

d'arbitrage exécutent également une fonction administrative et confère aux centres d'arbitrage une protection injustifiée.

De plus, l'immunité des centres d'arbitrage fondée sur leur statut de personnes de droit international public n'est pas à l'abri de notre critique. Ce régime d'immunité crée une situation contradictoire dès lors que des centres sont soumis à des régimes de responsabilité différents bien qu'ils exécutent les mêmes activités. Ainsi, la solution égyptienne n'emporte pas non plus la conviction. Il est fortement critiquable d'avoir deux personnes morales, exerçant exactement la même activité dont l'une jouit de l'immunité judiciaire alors que l'autre non ! Distinguer deux personnes juridiques en raison de leur différence de statut n'est pas pertinent puisqu'elles exercent la même activité et les mêmes missions.

Conclusion du Titre I

Dans ce titre on a bien identifié ce que signifie l'action en responsabilité en la distinguant des autres actions voisines et semblables. De surcroît, on a présenté les règles conflictuelles, à savoir les règles de compétence judiciaire internationale et les règles de conflit de lois de chaque système juridique concerné. On a également examiné les règles matérielles applicables, à savoir les régimes de responsabilité applicables aux centres d'arbitrage selon les lois des systèmes juridiques concernés.

On a démontré que soumettre les centres d'arbitrage, en droit français, aux règles de droit commun de responsabilité, sans limiter la responsabilité pour la fonction juridictionnelle, révèle l'absence de distinction entre la fonction administrative et juridictionnelle de la mission des centres. La motivation de la juridiction française justifiant la soumission des centres à un tel régime de responsabilité n'emporte pas la conviction comme cela a été précédemment montré⁸⁹⁴. Les arguments avancés soit par la jurisprudence soit par la doctrine ne justifient pas le défaut que ce régime comporte.

De même, on a démontré que l'extension de l'immunité arbitrale n'est pas le moyen pertinent pour mettre en place la protection recommandée pour la fonction juridictionnelle. L'immunité arbitrale, conférée grâce à la fonction quasi juridictionnelle des centres, met en évidence la confusion dans le système du droit américain entre les actes afférents à la fonction juridictionnelle et ceux afférents à la fonction administrative. À l'instar du système français, on pense que le système américain n'est pas assez précis lorsqu'il a qualifié la mission du centre, et donc, le régime de responsabilité applicable n'est pas pertinent.

On ne voit pas davantage une justification pour faire bénéficier les centres de l'immunité lorsqu'ils ont failli à leurs règlements intérieurs⁸⁹⁵. De même, on pense que l'immunité aurait dû être écartée lorsque les centres contraignent les parties à

⁸⁹⁴ V. *supra.*, « Section 1 : L'insuffisance du régime de la responsabilité civil fondé sur la fonction exclusivement administrative », p. 312

⁸⁹⁵ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886.

résoudre leur litige à travers l'arbitrage en dépit de leur refus mutuel⁸⁹⁶. Il fallait engager la responsabilité du centre dans une telle hypothèse.

Également, on estime que l'immunité aurait dû être écartée lorsque la faute reprochée au centre impliquait un manquement à la notification aux parties des dates des audiences⁸⁹⁷, la destruction des preuves⁸⁹⁸ et le non-respect de son obligation convenue avec les deux parties de garder confidentielle la sentence arbitrale⁸⁹⁹. On pense qu'aucun de ces manquements ne relève de la fonction juridictionnelle. Tous ces manquements sont des manquements aux obligations contractuelles appartenant à la fonction administrative simple du centre⁹⁰⁰.

Donc, bien qu'on soit d'accord avec la jurisprudence américaine sur le principe général de protéger les centres d'arbitrage contre les actions injustifiées, on n'est pas d'accord avec la façon dont la protection est mise en place, à savoir l'extension de l'immunité arbitrale absolue aux centres.

On souhaite une protection arbitrale qui établit un équilibre entre l'intérêt des litigants et celui des centres. Une protection qui, d'une part, n'empêche pas d'engager la responsabilité des centres pour les actes administratifs défectueux, et qui, d'autre part, limite les actions injustifiées et détournées engagées à l'encontre des centres d'arbitrage.

Cette équation ne se résout qu'en distinguant la fonction des centres selon la dualité de leur mission⁹⁰¹. Il est alors primordial de distinguer les décisions prononcées lors de l'exécution de la fonction juridictionnelle de ceux prononcés lors de l'exécution de la fonction administrative. Le manquement à l'exécution d'une obligation contractuelle ne doit pas être concerné par l'immunité arbitrale, tandis

⁸⁹⁶ *New Eng. Cleaning Servs. v. American Arbitration Ass'n*, 199 F.3d 542 (1st Cir. 1999) spéc. p. 546. ; Selon la jurisprudence américaine, la mise en place d'un arbitrage bien que le contrat principal soit résilié ne met pas la responsabilité des centres en cause en raison de l'immunité arbitrale et parce que la résiliation du contrat principal ne veut pas forcément dire que la convention d'arbitrage est manifestement illicite.

⁸⁹⁷ *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 898 F.2d 882 (2d Cir. 1990) spéc. 886.

⁸⁹⁸ *Cort v. American Arbitration Association*, 795 F Supp 970 (N.D.Cal. 1992), spéc. p. 972.

⁸⁹⁹ *Thiele v. RML Realty Partners*, 18 Cal Tptr 2d 416 (Cal. Ct App. 1993), spéc. p. 417-418.

⁹⁰⁰ En ce sens *V. Ch. Price*, « Liability of Arbitral Institutions in International Arbitration », *op. cit.*, p. 190-191.

⁹⁰¹ En ce sens *cf. S.-D. Franck*, « The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 11 (noticing that « *Arbitration agencies should not necessarily be completely free to disregard their own rules and the parties' arbitration agreement. However, they perform a key function as a quasi-judicial organization that allows arbitrators to function effectively and ensure that the arbitration comes to fruition. In order to avoid blanket*

que le manquement à l'exécution d'un acte juridictionnel peut être couvert par l'immunité⁹⁰².

En ce sens, on pense, que le régime de responsabilité anglais applicable aux centres d'arbitrage, il s'agit d'une immunité limitée, est le régime qui correspond le plus à la mission dualiste des centres d'arbitrage⁹⁰³. Nonobstant, on regrette que la protection prévue par le droit positif anglais n'envisage pas les autres décisions institutionnelles relatives à la fonction incontestablement juridictionnelle, comme les décisions prononcées lors de l'examen *prima facie* de la validité et l'opposabilité de la clause compromissoire et de l'approbation du projet de la sentence arbitrale.

En outre, on préfère que la protection des centres d'arbitrage soit mise en œuvre sous la forme d'une clause exclusive de responsabilité que sous forme d'une immunité. En fait, la protection présentée par une telle clause est plus atténuée que celle de l'immunité, car l'immunité n'est pas exclue en cas de faute lourde. Étant donné la dualité de la mission des centres et le caractère administratif de la majorité de ses actes à la différence des arbitres, on pense qu'une protection plus atténuée, comme celle offerte par la clause exclusive de responsabilité, correspond bien à la fonction juridictionnelle des centres qui est certes très limitée, mais non négligeable.

A notre avis, le type de protection des centres qu'on cherche, est une protection efficace et flexible qui n'est pas offerte par l' « *arbitral immunity* », mais plutôt par la stipulation d'une clause exclusive de responsabilité des centres d'arbitrage pour leur fonction juridictionnelle, ce qu'on aborde dans le titre II : Le nécessaire encadrement de la responsabilité des centres d'arbitrage dans l'amplitude des fonctions dualistes des centres d'arbitrage, à savoir la dualité de la responsabilité des centres.

protection without providing a reasoned analysis, courts and legislatures should properly balance these competing concerns »).

⁹⁰² En ce sens cf. Ch. Hausmaninger « Civil Liability of Arbitrators » *op. cit.*, pp. 40 : 43.

⁹⁰³ M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *op. cit.*, p.1857 (Noting that U.K. Act extends *arbitral immunity* to sponsoring institutions, therefore, If the immunity of arbitrators in England is qualified and this immunity is also granted to institutions that sponsor arbitrations it logically follows that the immunity of the institution too will be qualified).

Titre II : Le nécessaire encadrement de la responsabilité des centres d'arbitrage dans l'amplitude des fonctions dualistes des centres d'arbitrage: la dualité de la responsabilité des centres

Dans ce titre, on propose le régime de responsabilité qui est, à notre avis, le plus adapté à la fonction dualiste des centres d'arbitrage. C'est un régime de responsabilité dualiste qui correspond bien à la dualité des fonctions des centres d'arbitrage. Selon ce régime, la responsabilité des centres sera engagée en fonction de l'origine et de la nature de la faute reprochée. S'il s'agit d'un manquement à une des obligations relatives à la fonction administrative, les règles de responsabilité de droit commun s'appliquent sans aucune limitation. Alors que, s'il s'agit d'une faute commise lors de l'exercice de la fonction juridictionnelle, la responsabilité du centre doit être limitée. C'est-à-dire que sa responsabilité pour la fonction juridictionnelle ne sera mise en cause qu'en cas de faute lourde ou intentionnelle.

Ce régime dualiste de responsabilité contribue à concilier deux objectifs apparemment contradictoires, à savoir la protection des centres en évitant les inconvénients de l'immunité arbitrale qui emporte une sorte d'insécurité juridique. Il contribue, d'une part, à protéger mieux les centres lorsqu'ils exécutent leur fonction juridictionnelle, et à maintenir, d'autre part, la responsabilité des centres lorsqu'ils exécutent leurs obligations administratives.

Il convient de souligner qu'on ne cherche pas, dans cette perspective, à mettre en place un nouveau régime de protection. On ne vise pas, non plus, à ajouter un autre type d'immunité à côté de ceux bien reconnus. On envisage, par contre, de donner pleine efficacité à la protection conventionnelle prévue par le règlement du centre, lorsque la responsabilité est mise en question pour une faute relative à la fonction juridictionnelle.

La majorité des règlements des centres comportent une clause excluant la responsabilité des centres⁹⁰⁴. On ne conteste pas que cette clause doive être réputée non écrite lorsqu'il s'agit d'un manquement à une obligation administrative. Les justifications d'une telle solution sont bien expliquées par la jurisprudence « *Chronopost* ». Ces justifications ont été reprises dans le cadre de l'arbitrage par la Cour d'appel dans l'arrêt « *SNF* ». Pourtant, pour plusieurs raisons déjà développées dans notre étude, on pense qu'une telle clause doit être jugée efficace lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Ainsi, conformément à la dualité de la fonction des centres, ils doivent être traités comme des prestataires de service classique dès lors qu'ils exercent leur fonction administrative, en étant soumis aux règles de droit commun de la responsabilité. (Chapitre 1 : La responsabilité du droit commun des centres d'arbitrage pour la fonction administrative : la responsabilité civile du prestataire de service non juridictionnel).

En revanche, ils doivent être traités comme des prestataires d'un service juridictionnel dès lors qu'ils exercent leur fonction juridictionnelle. On doit alors leur reconnaître, à ce titre, une protection suffisante (Chapitre 2 : La protection conventionnelle des centres d'arbitrage pour la fonction juridictionnelle : la responsabilité limitée du prestataire d'un service juridictionnel).

⁹⁰⁴ Y. Derains and E.-A. Schwartz, « Guide to the ICC Rules of Arbitration », *op. cit.*, p. 381), (explaining that « *Because of the increasingly litigious environment in which both international arbitrators and institutions function, arbitral institutions have been required in recent years to give greater attention to the possible need to protect themselves and arbitrators from possible claims arising in connection with the performance of their functions* »).

Chapitre 1 : La responsabilité du droit commun pour la fonction administrative: la responsabilité civile du prestataire de service non juridictionnel

À la lueur de la distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative, précédemment évoquée, on est suffisamment capable de distinguer les fautes commises lors de l'exercice de la fonction administrative de celles commises lors de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Dans ce chapitre, on examine la mise en œuvre de la responsabilité des centres pour les manquements contractuels relatifs à la fonction administrative. Selon l'article 1147 du Code civil, le manquement contractuel peut consister, indifféremment, dans une inexécution totale ou partielle d'une obligation, ou encore dans une mauvaise exécution de ladite obligation. Souvent, le manquement visé est d'origine contractuelle provenant de l'inexécution des obligations nées soit du contrat de direction de l'arbitrage soit du contrat de collaboration arbitrale.

Cela implique par exemple les mesures organisatrices de l'arbitrage comme la fixation du siège arbitrale, du délai de l'arbitrage et sa prorogation, le cas échéant, les honoraires des arbitres, les frais administratifs, ainsi que toutes les autres mesures de pure gestion. Dans de tels cas, le droit commun de la responsabilité contractuelle est sans doute le régime applicable.

Du surcroît, le manquement aux obligations de comportement, comme l'obligation d'agir de bonne foi, d'être indépendant ou de garantir un procès équitable, peut être le fondement justifiant l'engagement de la responsabilité contractuelle dès lors que le manquement est accompli dans la fonction administrative.

Étant donné que, dans cette perspective, la responsabilité des centres est soumise aux règles de droit commun, la responsabilité civile d'un centre d'arbitrage sera retenue à chaque fois que sera constatée l'existence d'un fait dommageable, d'un lien de causalité, d'un préjudice, à savoir les conditions de la responsabilité civile des centres d'arbitrage (section 2). Néanmoins, le traitement de la distinction

entre les obligations de moyens et de résultat nous semble indispensable (section 1) pour aborder les conditions de la responsabilité civile.

Section 1 : La distinction entre les obligations de moyens et de résultat de la cadre de l'arbitrage institutionnel

Normalement, la défaillance contractuelle engagerait la responsabilité contractuelle du centre. Dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle, le créancier allègue, d'un côté, la défaillance du débiteur dans l'exécution de ses obligations contractuelles pour engager sa responsabilité. Alors que, de l'autre côté, le débiteur dénie ce manquement en présentant la preuve qu'il a bien exécuté son obligation afin d'éviter l'engagement de sa responsabilité. Dans un tel contexte, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat permet de savoir qui a la charge de prouver quel degré de la preuve.

Sous-section 1 : L'intérêt de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat

La distinction entre les obligations de moyens et de résultats nous aide effectivement à déterminer le degré de la faute requise pour engager la responsabilité des centres d'arbitrage, ainsi que le contenu de la prévue requise⁹⁰⁵.

Généralement, il est plus facile de rapporter la preuve de l'inexécution d'une obligation de résultat que de rapporter l'inexécution d'une obligation de moyens. En principe, une personne est débiteur d'une obligation de moyens lorsqu'elle ne promet rien d'autre que de mettre au service du créancier les moyens dont elle dispose.

Le débiteur d'une obligation de moyens est tenu « *de faire toute diligence, de se comporter avec prudence pour exécuter le contrat, de faire "de son mieux", de mettre "tous les moyens en œuvre"* »⁹⁰⁶. Donc, il n'est pas tenu de réaliser le résultat attendu par le créancier. En revanche, le débiteur d'une obligation de résultat est

⁹⁰⁵ Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », 10^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 3233 et s.

tenu de réaliser le résultat attendu par le créancier quel que soit le degré de diligence qu'il a mis lors de l'exécution de l'obligation.

Lorsque l'obligation est de résultat, la faute contractuelle du débiteur est alors présumée du fait de l'inexécution de l'obligation. Il suffit que le créancier démontre l'inexécution matérielle, c'est-à-dire que le résultat attendu n'a pas été obtenu, pour constater la faute du débiteur et mettre, à ce titre, la responsabilité du débiteur en cause⁹⁰⁷.

Le débiteur, à son tour, doit renverser cette présomption. Les moyens dont le débiteur dispose varient selon le degré d'obligation de résultat en cause. S'il s'agit d'une obligation de "résultat atténuée"⁹⁰⁸, le débiteur peut s'exonérer en démontrant son absence de faute au sens précis de ce terme. Cela veut dire qu'il peut s'exonérer en établissant (1) soit que l'inexécution est imputable à une cause étrangère, (2) soit qu'il n'a pas commis de faute⁹⁰⁹.

En revanche, s'il s'agit d'une obligation de "résultat aggravée", le débiteur ne peut se libérer qu'en prouvant certains cas de *force majeure* et non plus n'importe quelle cause étrangère⁹¹⁰. Enfin, il existe des "obligations de garantie" où en cas d'inexécution, le débiteur n'a aucun moyen de s'exonérer.

Quant à l'obligation est de moyens, le créancier ne peut pas se contenter d'apporter la preuve de la non-réalisation de la prestation. La qualification d'obligation de moyens condamne le créancier à assumer la charge d'une preuve difficile. Il appartient au créancier, alors, d'établir l'inexécution au sens juridique de la notion⁹¹¹. En d'autres termes, il faut démontrer que l'inexécution est due à la faute contractuelle du débiteur, c'est-à-dire qu'il n'a pas été suffisamment diligent et qu'il n'a pas de tout mis en œuvre pour parvenir à exécuter son obligation.

⁹⁰⁶ *ibid.*, n° 3214

⁹⁰⁷ Code civil français, Art. 1147. Sur ce point, cf. Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 3233 et 3236.

⁹⁰⁸ Il convient d'indiquer que classer une obligation de résultat en tant qu'atténuée ou aggravée est une mission dont la jurisprudence s'occupe au cas par cas à la lumière des faits du litige qui leur est soumis.

⁹⁰⁹ Sur ce point, cf. Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 3241.

⁹¹⁰ *id.*

⁹¹¹ Sur la question cf. J. Bellisent, « Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *L.G.D.J.*, 2001, préface de R. Cabrillac, spéc. n° 638.

« Une jurisprudence unanime⁹¹² affirme en effet que le débiteur d'une obligation de moyens ne peut être condamné que sur la base d'une faute personnelle - généralement définie selon les critères qui sont utilisés pour caractériser la faute délictuelle de l'article 1382 du Code civil- qu'il appartient à la victime, demanderesse à l'action, d'établir. La faute consiste en une imprudence, négligence, manque de soin, etc., et plus généralement en une insuffisance de moyens pris pour parvenir au résultat recherché, et c'est au créancier de la prouver »⁹¹³.

L'appréciation de la défaillance contractuelle est faite en comparant le comportement du débiteur à celui qu'aurait dû avoir un "bon père de famille" et peut être plus ou moins sévère⁹¹⁴. Le défaut de diligence d'un centre d'arbitrage et le fait de ne pas fournir, lors de l'exécution de l'obligation, "les soins d'un bon père de famille" constituent en soi même une faute de la part du débiteur. Néanmoins, cette faute n'est pas nécessairement suffisante pour engager la responsabilité du centre. Le degré de diligence, imposé au débiteur, varie en fonction de la nature de moyens requis, de sorte que la faute contractuelle génératrice de responsabilités est parfois une faute extrêmement légère, parfois en revanche une faute lourde.

Si la diligence requise du débiteur en exigeant de lui une obligation particulièrement rigoureuse, l'obligation est de "moyens renforcés". Dans ce cas, le créancier n'aura qu'à prouver une faute très légère du débiteur⁹¹⁵. Alors, le créancier se contente d'établir que le débiteur n'a pas pris toutes les mesures appropriées, sans préciser lesquelles ni en quoi cette abstention a été dommageable⁹¹⁶. Alors, le degré de faute requise est inférieur au critère des "soins d'un bon père de famille", et la

⁹¹² V. notamment Cass. Civ. 1^e, 21 dec. 1964, *JCP*, 1965, II, p. 14005 ; Cass. Civ. 1^e, 11 mai 1971, *D.*, 1971, p. 477 ; Cass. Civ. 1^e, 11 fév. 1975, *JCP*, 1975, II, p. 18179, 1^{er} esp ; Cass. Com., 16 juin 1965, *D.*, 1975, IR, p. 205 ; Cass. Civ. 1^e, 1^{er} fév. 1983, *Bull. civ.*, I, n^o 47 ; Cass. Civ. 1^e, 19 Juill. 1983, *Bull. civ.*, I, n^o251 ; Cass. Civ. 1^e, 21 nov. 1985, *Bull. civ.*, I, n^o299.

⁹¹³ P. Jourdain, G. Viney, « Les conditions de la responsabilité », 3^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2006, spéc. n^o530, p. 514

⁹¹⁴ Code civil français. Art. 1137.

⁹¹⁵ En ce sens V. G. Viney, P. Jourdain, « Les conditions de la responsabilité », *op. cit.*, n^o533-1, p. 516, 517 ; Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n^o 3240.

⁹¹⁶ *id.*

commission d'une faute, qu'elle soit simple ou grave, est suffisante pour engager la responsabilité.

En revanche, si l'obligation de moyens peut être définie de façon relativement indulgente pour le débiteur, elle est une "obligation de moyens allégée". Le débiteur ne risque pas de voir sa responsabilité engagée en cas de commission d'une faute légère, il faut que le créancier prouve une faute grave commise par le débiteur pour engager sa responsabilité⁹¹⁷. Ainsi, le fait de ne pas fournir "les soins d'un bon père de famille" n'est pas assez pour engager la responsabilité des centres s'il est qualifié par le juge comme une faute légère.

Après avoir démontré l'intérêt de faire la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, il nous semble pertinent de démontrer les critères de classification (sous-section 2) afin de classer les obligations à la charge des centres d'arbitrage lorsqu' exécutent leur fonction administrative.

Sous-section 2 : Les critères de classification les obligations de résultat et les obligations de moyens

La distinction entre ces deux types d'obligation tient au contenu et à la force de l'engagement du débiteur. La question est de savoir si le débiteur promet un résultat ou s'il s'engage à mettre en œuvre les moyens qui devraient permettre d'y parvenir.

L'obligation de résultat est celle dans laquelle le débiteur s'engage à atteindre un résultat. Par exemple, le transporteur qui s'engage à livrer une chose est débiteur d'une obligation de résultat. La violation d'une obligation de résultat engagerait de plein droit la responsabilité des centres. Le simple fait de l'inexécution de l'obligation, sans même avoir commis une faute, justifie la mise en œuvre de la responsabilité, à moins que l'inexécution provienne d'une cause étrangère.

En revanche, l'obligation de moyens est celle dans laquelle le débiteur s'engage à faire son possible, c'est-à-dire mettre en œuvre toutes les diligences pour accomplir une tâche. Le débiteur ne s'engage qu'à employer tous les moyens possibles, sans s'engager à atteindre le résultat visé. L'exemple type est l'obligation

du médecin qui n'a pas l'obligation de parvenir à la guérison du patient, mais celle de moyens, de faire tout son possible pour y parvenir.

Bien que théoriquement la distinction semble simple, en réalité, et en particulier en arbitrage institutionnel, la distinction est beaucoup plus compliquée. Il n'est pas simple de classer les différentes obligations à la charge des centres dans ces deux catégories parce que les textes sont généralement silencieux sur la question de savoir si une obligation est de résultat ou de moyens, et c'est à la jurisprudence, parfois hésitante, qu'il appartient de qualifier de moyens ou de résultat une obligation.

§ 1 : L'absence ou la présence d'aléa

L'un des critères qui sont de nature à orienter le choix de la qualification de l'obligation est le caractère aléatoire ou non du résultat recherché de l'accomplissement de l'obligation envisagée⁹¹⁸. L'aléa n'existe pas lorsque le débiteur a la maîtrise des choses, des événements ou des personnes qui sont confiées à sa garde⁹¹⁹. Par contre, l'aléa existe lorsque le succès ne dépend pas seulement de l'attitude du débiteur, mais aussi d'autres facteurs sur lesquels le débiteur n'a pas de prise. L'aléa existe lorsqu'il y a toujours un risque assez grand d'échecs⁹²⁰.

Ainsi, si les diligences ordinaires garantissent, avec quasi-certitude, l'accomplissement réussi, l'obligation est de résultat. À titre d'exemple les obligations à la charge du centre d'assurer la fonctionnalité et la disponibilité des locaux des conférences ainsi que la propriété des salles des audiences dans lesquelles le tribunal arbitral entend contradictoirement les parties.

Si, au contraire, le résultat recherché dépend de circonstances autres que les soins même vigilants du débiteur, l'obligation est normalement de moyens. À titre d'exemple, toutes les obligations de comportement à la charge du centre, comme celle de faire respecter son règlement, l'obligation d'agir de bonne foi, être

⁹¹⁷ En ce sens V. G. Viney, P. Jourdain, « Les conditions de la responsabilité », *op. cit.*, n°533-2, p. 518

⁹¹⁸ En ce sens V. J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, « Droit civil : les obligations. Le rapport d'obligation », vol. 3, 8ème éd., Sirey, 2013, p. 189.

⁹¹⁹ Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 325.

⁹²⁰ *ibid.*, n° 3257

indépendant, et de garantir un procès équitable, sont des obligations de moyens selon le critère aléatoire.

§ 2 : Le rôle du créancier dans l'accomplissement de l'obligation

Le comportement du créancier, lors de l'exécution de l'obligation, joue également un rôle important dans le classement de l'obligation en tant que de moyens ou de résultat⁹²¹. Il s'agit de l'hypothèse où l'accomplissement de l'obligation ne dépend pas entièrement de la volonté du débiteur. Il dépend davantage du comportement du créancier. Lorsque le créancier reste visiblement maître de ses mouvements, de ses actes, garde un rôle actif, le débiteur n'est tenu que d'une obligation de moyens⁹²². C'est un critère que la jurisprudence semble prêter une grande attention lorsqu'elle est appelée à classer une obligation.

Ainsi, si le créancier reste passif, c'est-à-dire qu'il n'a aucune initiative à prendre, et le débiteur a la maîtrise de tout, l'obligation est normalement de résultat. À titre d'exemple l'obligation à la charge du centre de préserver la confidentialité. Le centre est bien évidemment tenu de préserver la totalité des informations obtenues en raison de l'existence même de l'instance arbitrale, soit au cours des audiences, soit dans les documents échangés, soit dans la sentence.

En revanche, si le créancier est appelé à jouer un rôle actif dans l'exécution de l'obligation, celle-ci relève assurément des obligations de moyens. À titre d'exemple l'obligation à la charge du centre de respecter le délai de l'arbitrage, et de prononcer la prorogation du délai de l'arbitrage s'il y a lieu. En effet, le respect du délai de l'arbitrage dépend effectivement du comportement et de la coopération des parties à l'arbitrage⁹²³, car le retard de la procédure trouve le plus souvent sa cause dans des raisons étrangères au centre dirigeant l'arbitrage.

Maintenant, il nous semble convenable d'évoquer la mis en œuvre des conditions de responsabilité civiles des centres d'arbitrage.

⁹²¹ V. J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, « Droit civil : les obligations. Le rapport d'obligation », *op. cit.*, p. 190.

⁹²² Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 3262.

⁹²³ En ce sens V. par exemple, l'affaire « Cubic », CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note E. Loquin, *op. cit.*, p. 173.

Section 2 : Les conditions de la responsabilité civile des centres d'arbitrage

La responsabilité civile de droit commun d'un centre d'arbitrage sera retenue à chaque fois que sera constatée l'existence d'un fait dommageable (sous-section 1) et d'un dommage caractérisé (sous-section 2), il s'agit d'un dommage certain et réparable qui est la conséquence directe du fait générateur de responsabilité.

Sous-section 1 : Le fait dommageable

À chaque fois que le centre ne respecte pas l'une de ses obligations, relatives à la mission administrative, on est devant un possible fait générateur de sa responsabilité. Quelle que soit la gravité de la faute contractuelle, le centre risque de voir sa responsabilité engagée pour chaque manquement à condition que les autres conditions de la responsabilité du débiteur soient réunies, à savoir le dommage et le lien de causalité.

L'étude sur la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat nous apparaît utile lorsqu'on aborde la première condition, à savoir la défaillance contractuelle ou le fait dommageable. Grâce à cette étude, on évoquera l'obligation de moyens et l'obligation de résultat dans le cadre d'arbitrage institutionnel afin de montrer comment chaque type d'obligation est mis en œuvre pour engager la responsabilité des centres.

Cette classification est essentielle parce que la constitution de la responsabilité des centres varie en fonction de la nature de l'obligation manquée et la gravité de la faute commise. S'il s'agit d'une obligation de moyens la responsabilité du centre n'est pas présumée par l'inexécution, il faut par contre démontrer une faute accomplie par le centre. En revanche, s'il s'agit d'une obligation de résultat, la responsabilité du centre est présumée par l'inexécution de l'obligation.

§1 : *Les obligations de moyens*

En principe, les obligations relatives à une prestation de service sont souvent des obligations de moyens. La prestation de service intellectuel relève des obligations de moyens qu'elle soit effectuée en vertu d'un contrat d'entreprise ou un contrat de mandat⁹²⁴.

Dans son étude sur la responsabilité de la Cour de la C.C.I, l'auteur estime, certainement avec raison, que la grande majorité des obligations à la charge de la C.C.I sont de moyens⁹²⁵. Elles le sont soit en raison du caractère aléatoire du résultat attendu par les parties à l'arbitrage soit en raison du rôle joué par les parties lors de l'exécution de l'obligation visée.

Néanmoins, il est inexact d'affirmer que tout prestataire de service est tenu d'une obligation de moyens parce qu'il y en a qui sont tenus des obligations de résultat. A titre d'exemple, l'avocat est tenu, envers son client, à étudier le dossier à fond, conseiller avec pertinence l'attitude à adopter, plaider de façon convaincante, un ensemble d'obligations de moyens. Cependant il est également tenu d'accomplir les actes de procédure dans les formes et les délais requis, comme de relever dans les délais l'appel d'un jugement, ce qui est sans doute une obligation de résultat. Il en va de même pour les centres d'arbitrage, bien qu'ils soient des prestataires de service, ils sont tenus par des obligations de résultat et de moyens.

A. *Les obligations de moyens en raison du rôle actif des parties lors de l'exécution des obligations*

Il s'agit, en général, des obligations de moyens allégées dont la violation impose une faute grave afin de justifier la mise en œuvre de la responsabilité. La faute légère n'est pas suffisante pour justifier l'engagement de la responsabilité des centres.

⁹²⁴ Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 3218.

⁹²⁵ E. Silva-Romero, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale », *Rev. arb.*, 2005.421, spéc. n° 30, p. 434, n° 34-35, p. 437

1. L'obligation de faire respecter le règlement

L'une des obligations les plus importantes incombant au centre de l'arbitrage est probablement celle imposant de faire respecter le règlement. Le centre n'est pas seulement tenu de respecter son règlement, mais il est, aussi, tenu de garantir le respect du règlement par les autres acteurs à l'arbitrage.

Par exemple, l'obligation de garantir le respect des obligations par les autres acteurs de l'arbitrage comme celle de la confidentialité, d'assurer aussi l'indépendance de l'arbitre. Le manquement à cette obligation doit provenir d'une faute grave de la part du centre, pour que sa responsabilité soit engagée, parce que l'obligation en cause est une obligation de moyens allégée dont l'exécution ne dépend pas seulement de la volonté du centre, mais également de la volonté des parties à l'arbitrage et des arbitres. Le centre n'est qu'un simple garant de leur exécution⁹²⁶.

L'évaluation de la bonne exécution d'une telle obligation donne lieu à une interprétation trop aléatoire, ce qui justifie enfin l'exigence d'une faute grave pour engager la responsabilité du centre. En effet, le centre est tenu, dans ces cas précis, de garantir seulement la bonne exécution du règlement par les autres acteurs, soit les parties soit les arbitres⁹²⁷.

Bien entendu, le règlement peut faire l'objet des modifications postérieures si les parties contractantes les approuvent, en raison de sa nature privée du document rédigé unilatéralement par le centre. Dans cette perspective, on se demande si ces éventuelles modifications pourront peut-être faire naître des difficultés notamment lorsque cette modification survient sur des éléments typiques et caractéristiques des services proposés par le centre.

Dans une affaire de la C.C.I.⁹²⁸, les litigants se sont mis d'accord avec l'arbitre pour ne pas formaliser l'acte de mission, ce qui est contraire à ce qui est prévu par le règlement de la C.C.I. Dans une telle hypothèse, quelle doit être la position à adopter par la C.C.I. étant donné qu'elle est tenue de garantir le respect de son règlement par les litigants ? Est-ce qu'elle doit interpréter une telle attitude des litigants et de l'arbitre comme une demande de modification de son règlement ?

⁹²⁶ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n° 923, p. 700 ; Cass. Civ. 1e, 20 févr. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 29, p. 522-523.

⁹²⁷ *id.*

⁹²⁸ Citée par L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*, n°1017 p. 320.

Doit-elle y souscrire ? L'acte de mission constitue-t-il en élément essentiel du règlement de la C.C.I ? Son absence, dans un arbitrage C.C.I, entrainera-t-il l'annulation de la sentence arbitrale ? Est-ce que le fait de ne pas exiger la production de l'acte de mission permet d'engager la responsabilité de la C.C.I, faute de ne pas faire respecter le règlement par les autres litigants ? On se demande aussi, si le non-respect du règlement par les litigants et les arbitres constitue une violation de tous les deux le contrat de direction de l'arbitrage et le contrat de collaboration arbitrale. Est-ce qu'une telle modification est considérée comme une modification unilatérale des contrats de l'arbitrage permettant éventuellement la résolution de ceux-ci ?

En raison de l'origine contractuelle du contrat de direction de l'arbitrage, les litigants ne peuvent pas, en principe, modifier le règlement d'arbitrage en cours d'instance sans l'autorisation du centre⁹²⁹, car comme l'écrit l'auteur, le centre d'arbitrage « *ne veut apposer son label sur un arbitrage que dans la mesure où il en contrôle le déroulement* »⁹³⁰. Donc, pour répondre à toutes ces questions, il faut envisager deux situations dans lesquelles la position du centre est une fois favorable à la modification, et l'autre fois défavorable à la modification.

La première situation implique la position négative de la C.C.I à l'égard d'une telle modification. La C.C.I peut manifester expressément son désaccord à la modification en la considérant comme une violation des éléments essentiels de son règlement. Telle réaction de la part de la C.C.I prouve qu'elle a bien exécuté son obligation de moyens de faire respecter son règlement. Si les litigants et l'arbitre maintiennent leurs positions en refusant de souscrire à la décision du centre malgré l'opposition manifeste du centre, ce dernier peut déclarer que l'arbitrage ne se déroule plus sous son égide. Il peut même réclamer, devant la justice étatique, la résolution des deux contrats formés avec les litigants et les arbitres, et demande des dommages-intérêt s'il a subi des dommages.

Cependant, si la C.C.I accepte expressément une telle modification, il ne fait guère de doute qu'elle a donné son consentement au changement de son règlement. Dans une telle hypothèse, on se demande alors si l'un des litigants peut mettre en cause la responsabilité du centre pour le manquement à l'obligation de respecter et

⁹²⁹ E. Loquin, « Arbitrage. Institution d'arbitrage », *op. cit.*, n° 16.

faire respecter son règlement, faute de ne pas produire l'acte de mission. De surcroît, on se demande si une telle position pourrait être considérée comme la cause d'une annulation ultérieure de la sentence.

On pense que ni la responsabilité ni la validité de la sentence ne peuvent être mises en cause grâce à la règle d'"estoppel". Le litigant qui aura, auparavant, exprimé son accord avec l'absence de l'acte de mission ne peut pas, après, demander la nullité de la sentence pour ce manquement auquel il avait souscrit précédemment.

Par ailleurs, on ne pense pas que la responsabilité des centres puisse être mise en cause en acceptant une telle modification. L'acte de mission n'est pas un élément essentiel d'arbitrage sans lequel le contrat de direction d'arbitrage ou même la procédure arbitrale seront caducs. C'est le principe de l'autonomie de volonté qui gouverne ici. L'obligation de faire respecter le règlement n'est pas violée, car de l'obligation de produire l'acte de mission n'existe pas en raison de la volonté réciproque et commune de toutes les parties.

2. L'obligation de respecter le délai de l'arbitrage

Il s'agit de l'obligation d'assurer la célérité de l'arbitrage. La jurisprudence française a énoncé, de façon uniforme, que le centre n'était pas contraint de notifier aux litigants en cas de prorogation des délais de sa propre initiative, surtout lorsque cela était prévu par le règlement auquel les litigants ont librement adhéré⁹³¹. Or dès lors que le règlement a prévu cette possibilité, doit-on partir du principe que toutes les décisions de prorogations rendues par le centre sont bonnes ?

D'un côté, la décision de proroger le délai de l'instance est une mesure qui a pour objectif de garantir la validité de l'arbitrage qui relève des fonctions d'organisation et surveillance de l'instance par le centre. Selon un auteur « une

⁹³⁰ Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance », *op. cit.*, p. 388.

⁹³¹ En ce sens V. CA Paris 6 mars 2003, CA Paris, 12 juin 2003, note D. Bensaude, *Rev. arb.*, 2004.887, spéc. n° 2-7, p. 887-905 ; Cass. Civ. 1^e, 6 juil. 2005, not P. Pic, *Rev. arb.*, 2006.429 ; Cass. Civ. 2^e, 8 juin 1983, *Rev. arb.*, 1987.310, spéc. p. 311 ; CA Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb.*, 1987.311 ; Sur ce point cf aussi Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*, n° 14, p. 237-238.

responsabilité du centre n'est pas à exclure si, par sa carence, le délai venait à expirer »⁹³².

De l'autre côté, le centre doit avoir conscience de l'impact négatif qu'une telle absence d'information peut exercer sur l'esprit des litigants et le risque qu'il y aura d'offrir aux litigants un élément à utiliser ultérieurement, soit pour solliciter l'annulation de la sentence, soit pour engager la responsabilité du centre. Ceci relève sans doute de l'obligation de garantir la célérité de l'instance arbitrale.

L'affaire « *Cubic* » atteste bien de cette obligation qui incombe au centre d'arbitrage de veiller sur le délai de l'instance. Comme on l'a déjà démontré, cette société a mis en cause la responsabilité de la C.C.I en avançant plusieurs raisons parmi lesquelles figure un possible manquement de sa part en fonction de la longue durée de la procédure. Sur ce point on rejoindra l'avis estimant que l'objectif principal d'un arbitrage institutionnel est précisément d'optimiser et de garantir « *l'obtention d'une décision juridictionnelle rapide et efficace* »⁹³³.

Dans cette affaire, la procédure d'arbitrage a duré plus de cinq ans au lieu de durer six mois. Pendant cette durée, plus d'une dizaine de prorogations de délai ont été accordées par la C.C.I. Il fallu près de deux ans pour seulement dresser l'acte de mission ! Bien qu'il ne fait guère de doute que l'objectif initialement prévu n'a pas été atteint, la responsabilité du centre n'était pas engagée. En effet, la défaillance à l'obligation de célérité ne provenait pas du manque de diligence du centre. La prorogation résulte du comportement des litigants et de la complexité du litige. On est devant une obligation de moyens allégée dont l'inexécution n'engage pas de plein droit la responsabilité du centre. Il faut qu'elle soit la conséquence d'une faute grave.

Cette même question a été soulevée dans l'affaire « *SNF* »⁹³⁴ dans laquelle les prorogations accordées par la C.C.I ont été contestées par cette société. Un commentateur rappelle justement l'obligation, à la charge du centre, de veiller au

⁹³² Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance », *op. cit.*, n°42, p.392.

⁹³³ Cass. Civ. 1e, 20 févr. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 25, p. 521 ; sur ce point cf. CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), note P. Lalive, *op. cit.*, n° 11 p. 116.

⁹³⁴ Sur ce point cf. E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », sous note TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 31 ; TGI Paris, 10 octobre 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note Th. Clay, *op. cit.* ; CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p.314.

bon déroulement de l'arbitrage et ainsi d'obtenir des arbitres qu'ils accélèrent la cadence quand c'est nécessaire⁹³⁵.

En ce sens, on peut lire :

« s'il est exact que l'institution [le centre] d'arbitrage doit veiller à la célérité de la procédure, le rythme de l'instance arbitrale dépend d'abord de la conduite de la procédure par le tribunal arbitral et de la diligence des parties. Tout au plus pourrait-on reprocher à l'institution d'arbitrage de ne pas avoir invité le tribunal arbitral à accélérer la procédure, voire dans des cas pathologiques, à n'avoir pas démis de leurs fonctions les arbitres défaillants comme le permet l'article 12 de son règlement et de pouvoir à leur remplacement »⁹³⁶.

Ajoutons que la Cour d'appel n'a pas reconnu la responsabilité du centre en constatant que *« l'institution [le centre] d'arbitrage n'a pas seule des obligations envers les parties, celle-ci devant coopérer à la procédure »*, et que dans cette affaire, la procédure avait été complexe et longue, en raison de la présentation de plusieurs mémoires des litigants et le rendu d'innombrables ordonnances de procédure par le tribunal arbitral. Cela est constatable du fait que la société SNF n'a jamais contesté aux délais au cours de cette procédure qui a duré trois ans⁹³⁷.

Donc, dès lors que l'obligation de célérité est une obligation de moyens, il faut, d'abord, clarifier le rôle du centre dans l'allongement excessif de la procédure, pour engager sa responsabilité. Parfois, cette extension excessive de la procédure est causée soit par l'arbitre, soit par les conseils, soit même encore par les litigants.

Certes, dans ces cas, le centre d'arbitrage doit empêcher que l'instance ne soit perturbée par des comportements dilatoires ou abusifs, qui pourraient mettre en cause le bon déroulement de l'instance. Néanmoins, vu qu'il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, le centre peut s'exonérer de toute responsabilité en se contentant de prouver qu'il a fourni les soins d'un « bon père de famille » pour

⁹³⁵ TGI Paris, 10 octobre 2007 (Sté SNF), Th. Clay, *op. cit.*, n° 8, p. 2919.

⁹³⁶ E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », sous note TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 37.

éviter ce retard, mais qu'il n'était pas évitable pour des raisons étrangères à sa volonté. Sinon, si la prorogation de l'instance accède au rang de pratique banale, sans véritable justification de sa réelle nécessité, il est possible de penser que le centre risque de ne pas remplir sa mission correctement⁹³⁸.

Dans cette perspective on souscrit à l'avis qui estime que « *même si on accepte que la prorogation des délais soit réalisée par le centre, il faut qu'il se montre très attentif et ce, à tout moment, à ce que ces délais ne soient pas dépassés, sous peine d'annulation de la sentence et, par conséquent, de voir sa responsabilité être mise en question* »⁹³⁹.

B. Les obligations de moyens en raison du caractère aléatoire du résultat attendu par le créancier

Il s'agit des obligations à la charge du centre dont le résultat ultime attendu, soit par les litigants soit par les arbitres, n'est pas assuré. Elles sont souvent des obligations liées au comportement, comme les obligations d'agir de bonne foi, d'être indépendant et de garantir un procès équitable.

1. L'obligation d'agir de bonne foi

Le simple manquement à l'obligation d'agir de bonne foi n'est pas suffisant pour engager la responsabilité du centre. L'obligation d'agir de bonne foi est une obligation de moyens allégée puisque c'est une obligation de comportement dont l'évaluation donne lieu à une interprétation très aléatoire quant à sa bonne exécution. Il faut donc que l'obligation soit violée par une faute grave pour que la responsabilité du centre soit engagée.

2. Attirer l'attention du tribunal sur le fond

C'est une obligation de moyens également en raison de l'interprétation aléatoire quant à sa bonne exécution. Dès que le centre d'arbitrage constate une irrégularité dans le fond du projet de la sentence portant atteinte à l'ordre public, ce qui entraînerait éventuellement la nullité de la sentence, il est tenu d'appeler

⁹³⁷ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p.314

⁹³⁸ Cass. Civ. 1^e, 20 févr. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 26, p. 521-522.

l'attention du tribunal arbitral sur ces points d'irrégularité. Cependant, l'évaluation du centre de l'existence d'une irrégularité dans le fond du projet de la sentence portant atteinte à l'ordre public est aléatoire.

C'est pour cette raison il n'est pas facile aux litigants d'apporter devant le juge étatique la preuve du manquement du centre à son obligation. Sur un plan pratique, « *la preuve de cette inaction sera difficile à apporter, car l'intervention de la Cour d'arbitrage se situe chronologiquement dans la phase du délibéré couverte par le secret du délibéré* »⁹⁴⁰. Ce manquement a été soulevé par la société SNF contre la C.C.I dans l'arrêt « *SNF* »⁹⁴¹ dans lequel, la C.C.I avait versé des documents qui attestaient que « *la Cour internationale d'arbitrage a effectivement opéré ce contrôle en la forme en appelant l'attention du tribunal arbitral sur la question de l'ordre public* »⁹⁴².

En revanche, les autres obligations de moyens comme les obligations d'indépendance et de garantie d'un procès équitable, qui sont des obligations de moyens en raison du caractère aléatoire du résultat attendu, méritent une réflexion différente dès lors que, selon le droit positif français, le simple manquement à ces deux obligations est suffisant pour engager la responsabilité du centre.

3. Indépendance et garantie d'un procès équitable

Il convient d'indiquer que l'obligation d'assurer un procès équitable englobe d'autres obligations de moyens aussi allégées comme celle de ne pas empiéter sur la mission de l'arbitre, d'assurer l'efficacité de l'arbitrage et le respect du principe du contradictoire. Cependant, le manquement à l'obligation d'indépendance pourrait se manifester dès lors qu'il est vérifié que le centre favorise plutôt un litigant que l'autre⁹⁴³. Ceci peut être le cas, par exemple, si le centre offre plus de temps à l'un des litigants, lui permettant ainsi de déposer ses pièces hors délai.

Les obligations d'être indépendant et d'assurer un procès équitable sont des obligations permanentes que le centre doit respecter à partir du moment où il entre

⁹³⁹ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*, n° 1038 p. 327.

⁹⁴⁰ E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », sous note TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), *op. cit.*, p.37.

⁹⁴¹ V. CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, 321

⁹⁴² *id.*

⁹⁴³ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*, p.306

en contact, pour la première fois, avec les litigants ou les arbitres, jusqu'au moment de la reddition de la sentence arbitrale⁹⁴⁴. Elles sont présentes dans toutes les relations du centre avec les participants de l'instance tout au long de la procédure que la fonction exécutée soit administrative ou juridictionnelle. Ainsi, le manquement à ces obligations est concevable lors de l'exercice des deux fonctions, la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle.

Quant au premier cas, le centre risque de voir sa responsabilité engagée pour ces manquements lors de l'exercice de sa fonction administrative. Cette situation est analogue (similaire) à la situation de l'arbitre, qui exerce incontestablement une fonction juridictionnelle, dont la responsabilité pourrait être engagée, malgré l'immunité qui lui est conféré, s'il ne respecte pas l'obligation d'être indépendant lors de l'exécution d'une tâche administrative⁹⁴⁵.

Le centre ainsi que l'arbitre sont tenus d'être indépendants lors de l'exécution de leur fonction juridictionnelle et administrative. Par exemple, tous les deux, le centre et l'arbitre doivent assurer leur indépendance en prolongeant le délai de la l'arbitrage, ou en décidant le remplacement d'un arbitre.

A titre d'exemple, le centre est tenu de respecter le principe du contradictoire lorsqu'il communique les écritures et les pièces annexes présentées par les litigants et le tribunal arbitral⁹⁴⁶. Cette obligation de communication est sans doute d'une tâche administrative. A défaut, il risque de voir sa responsabilité engagée pour le manquement à l'obligation d'assurer un procès équitable, dès lors que la communication des documents est négligemment faite au détriment de l'un des litigants à l'arbitrage.

Il convient d'observer que, selon le droit positif français, la faute simple de la part du centre est suffisante pour engager la responsabilité du centre, bien que les obligations d'être indépendant et d'assurer un procès équitable soient des obligations de moyens allégées vu qu'elles sont des obligations de comportement. Au contraire de l'obligation d'agir de bonne foi, il n'est pas nécessaire que la faute commise soit grave pour mettre la responsabilité en œuvre. Une faute simple mettrait la

⁹⁴⁴ *ibid.*

⁹⁴⁵ Cass. Civ. 1^e, 15 janv. 2014 (Azran), *op. cit.*

⁹⁴⁶ Règlement de la C.C.I, Article 3, Règlement de la L.C.I.A., Article 13

responsabilité du centre en cause tant que les autres conditions de responsabilité sont réunies.

Les obligations d'être indépendant et d'assurer un procès équitable « ressortissent à la définition ou à la raison d'être de l'arbitrage (...) »⁹⁴⁷, ce qui nous conduit à les classer dans la catégorie des cas de responsabilité pour faute simple, bien qu'il s'agisse d'obligations de comportement »⁹⁴⁸. C'est la raison qui dirige certains auteurs à qualifier l'obligation de respecter le principe du contradictoire comme une obligation de résultat⁹⁴⁹. Cette qualification est inspirée par la décision du TGI Nanterre qui a engagé la responsabilité de FFILC pour manquement « à son obligation de résultat consistant à faire respecter le principe du contradictoire dans le cadre des opérations d'arbitrage qu'elle a organisée »⁹⁵⁰. Cependant cette qualification nous paraît peu convaincant parce qu'en tout état de cause elle est une obligation de comportement, par conséquent, une obligation de moyens alléguée en raison de la nature de l'obligation.

Néanmoins, quant au deuxième cas, le manquement à l'indépendance lors de l'exécution de la fonction juridictionnelle ne doit pas mettre la responsabilité en cause, quelle que soit la faute commise. C'est la protection conventionnelle qui doit être conférée aux centres d'arbitrage en raison de la fonction juridictionnelle qu'ils exécutent. Il faut que la faute commise soit lourde, intentionnelle ou inexcusable⁹⁵¹, pour que le manquement à l'obligation d'indépendance soit le fondement de la mise en œuvre de la responsabilité du centre. On constate que l'exigence de commettre une faute lourde, intentionnelle ou inexcusable est semblable à celle prévue pour engager la responsabilité des personnes exerçant une activité juridictionnelle.

On ne pense pas qu'une décision institutionnelle, même défectueuse, peut être le fondement de l'engagement la responsabilité, tant que le manquement à

⁹⁴⁷ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n°938, p. 710, n° 39, p. 21.

⁹⁴⁸ L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage » *op. cit.*, p. 329

⁹⁴⁹ K. Pizarro Bomfim, « La mission des institutions d'arbitrage », Thèse Aix-Marseille, (dir.) L. Weiller, 2012, p. 247

⁹⁵⁰ TGI Nanterre, 1 juill. 2010 (Sté FFM), C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *op. cit.*

⁹⁵¹ En ce sens *cf.* les conditions de la validité d'une clause exclusive de responsabilité Art. 1231-3 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

l'obligation d'être indépendant lors de la récusation de l'arbitre ne provient pas d'une lourde, intentionnelle ou dolosive.

§2 : Les obligations de résultat

Il s'agit des obligations dont l'exécution n'est pas aléatoire. Le créancier est en position où il n'attend que l'accomplissement réussi de l'obligation. La simple diligence du débiteur aboutit avec quasi certitude à la réalisation de l'obligation puisque l'exécution ne dépend que de lui. Alors, la responsabilité du centre est présumée de la simple absence du résultat promis.

Les obligations de résultat à la charge du centre englobent souvent les obligations liées plus directement aux tâches purement administratives comme la surveillance de la communication des documents et la matérialité de l'échange des pièces des écritures, l'enregistrement des documents de la procédure, la notification aux litigants et aux arbitres ou même la perception des frais d'arbitrage. Sont aussi considérées comme des obligations de résultat, celles issues de l'obligation générale de respecter le règlement d'arbitrage qui englobe les obligations comme la confidentialité.

A. L'organisation de l'arbitrage

Il ne sera pas étonnant si le centre voit sa responsabilité présumée en cas de manquement à une obligation relative aux mesures de pure gestion et d'organisation de l'arbitrage.

1. Les tâches purement administratives

Il s'agit des obligations de remettre le dossier au tribunal arbitral dès que celui-ci est constitué⁹⁵², de fixer le lieu⁹⁵³ et la langue⁹⁵⁴ de l'arbitrage, d'assurer le bon état, la fonctionnalité et la disponibilité des locaux des conférences et des salles

⁹⁵² Règlement de la C.C.I, Art. 16 ; Règlement de la L.C.I.A., Art. 15

⁹⁵³ Règlement de la C.C.I, Art. 18.1; Règlement de la L.C.I.A., Art. 16.2; Règlement de l'A.A.A., R-11 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 17.

⁹⁵⁴ Règlement de la L.C.I.A., Art. 17.2

des audiences, de la communication des écritures et pièces annexes présentées par les litigants et le tribunal arbitral⁹⁵⁵ et de notifier la sentence aux litigants⁹⁵⁶.

Étant donné que ces obligations sont qualifiées "obligations de résultat", le non-accomplissement de ces obligations met en cause la responsabilité des centres, que celui-ci ait ou non commis une faute.

2. La perception des frais de l'arbitrage

Le centre est tenu d'effectuer les paiements liés à l'instance arbitrale. En effet, il incombe au centre de verser aux autres acteurs de l'arbitrage, notamment les arbitres, des sommes qui leur appartiennent et qu'il a reçues des litigants au début d'instance.

En revanche, si l'un de ces arbitres ne remplissait pas correctement sa mission, il incombe au centre d'arbitrage de ne pas lui verser les montants prévus⁹⁵⁷. Pourtant, si le refus du centre est sans juste motif, c'est contre lui que les arbitres doivent agir et non pas contre les litigants, qui ont déjà acquitté leur obligation de paiement en versant, au centre, les sommes dues. C'est une obligation de résultat dont la violation engage de plein droit la responsabilité du centre.

B. L'obligation de respecter le règlement

Cette obligation englobe toutes les obligations de résultat prévues par le règlement du centre d'arbitrage qui sont aussi relatives à l'administration de la procédure arbitrale. Le centre doit se conformer à son règlement. Un éventuel manquement à cette obligation pourra effectivement engager sa responsabilité. « Une institution est responsable à l'égard des parties dans le cas où elle ne se conforme pas à ses règles ; et l'obligation de se conformer à ses règles comprend l'obligation d'exécuter avec soin et diligence les activités décrites dans ces règles »⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Règlement de la C.C.I., Art. 3 ; Règlement de la L.C.I.A., Art. 13

⁹⁵⁶ Règlement de la C.C.I., Art. 34.1; Règlement de l'A.A.A., R-49 ; Règlement de l'I.C.D.R., Art. 30.4 ; Règlement du C.R.C.I.C.A., Art. 34.5

⁹⁵⁷ Cass. Civ. 1e, 20 févr. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, n° 26, p. 521-522

⁹⁵⁸ L. Fumagalli, « Liability of arbitral institutions for the administration of arbitration proceedings », *op. cit.*, p. 65.

Le centre pourra être rendu responsable, en général, à chaque fois qu'il prendra une décision liée à sa fonction administrative qui n'est pas conforme avec les dispositions de son règlement. Tel sera le cas des obligations de préserver la confidentialité et l'obligation de révélation.

1. L'obligation de préserver la confidentialité

A priori, on peut estimer que la responsabilité du centre sera de plein droit⁹⁵⁹ en cas d'inexécution de son obligation de confidentialité⁹⁶⁰. Alors, les manquements dans la conservation des documents de la procédure arbitrale, l'obligation de s'interdire de diffuser ou publier la sentence arbitrale sans l'accord des parties et des litigants engagerait la responsabilité de plein droit du centre dès lors que ce sont des obligations de résultat, dont la violation n'est guère difficile à prouver.

Le simple fait de divulguer des informations susceptibles d'identifier le conflit, les litigants ou la présence des autres acteurs durant l'instance atteste de la violation de cette obligation. Tel sera le cas, par exemple, des centres qui ont pris l'habitude de publier des extraits de sentences arbitrales. Si les informations publiées aident à l'identification des éléments de l'arbitrage et de ses acteurs, le centre pourra être rendu responsable.

2. L'obligation de révélation

De même pour l'obligation de révélation. Le centre doit-il révéler, par exemple, l'éventuelle existence d'un conflit d'intérêts entre son personnel, ses consultant et les membres faisant partie des organes de contrôle et agissant au nom du centre, d'une part, et les acteurs de l'arbitrage, d'autre part. Une relation directe ou indirecte, par exemple, avec le Secrétaire Général de l'institution du centre devra être révélée aux acteurs afin de garantir la validité de l'instance. La simple dissimulation d'un conflit d'intérêts entre les membres de son personnel et l'objet du

⁹⁵⁹ Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.*, n°909, p. 693

⁹⁶⁰ E. Silva-Romero, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale », *op. cit.*, n° 31-32, p. 434.

conflit ou les acteurs de l'arbitrage engagerait la responsabilité du centre que la dissimulation soit considérée comme faute lourde ou simple⁹⁶¹.

Bien que l'obligation de révélation puisse être considérée la conséquence de l'aspect juridictionnel de la fonction du centre, le non-respect d'une telle obligation ne doit pas être compris dans la « protection conventionnelle »⁹⁶². En effet, le manquement à telle obligation pourrait révéler une faute lourde de la part du centre qui écarte, en conséquence, l'applicabilité d'une clause exclusive de responsabilité. C'est exactement comme pour l'arbitre qui exerce incontestablement une fonction juridictionnelle, pour lui le manquement caractérisé lourd à l'obligation d'être indépendant engage sa responsabilité, malgré l'immunité qui lui est conférée.

L'identification du fait générateur de la responsabilité et la constatation de la faute sont une étape nécessaire afin de savoir s'il faut prouver la faute du centre pour engager sa responsabilité ou si sa responsabilité sera engagée de plein droit. Dès lors qu'il s'agit d'une obligation de résultat, la simple démonstration du lien de causalité entre l'action ou l'omission du centre et le dommage suffiront pour engager la responsabilité. En revanche, s'il s'agit d'une obligation de moyens, il faut prouver en premier lieu la faute, comme on a expliqué précédemment, ensuite il appartient au litigant demandeur de démontrer le lien de causalité entre cette faute et le dommage qu'il a subi pour engager la responsabilité du centre.

Alors, en tout état de cause, pour que le centre soit condamné responsable, il faut joindre directement au fait générateur dommage causé à la partie demanderesse de l'action.

Sous-section 2 : Les caractères du dommage réparable

Conformément aux règles de droit commun, la responsabilité des centres d'arbitrage ne sera pas invoquée si l'auteur de l'action ne peut pas lier l'action ou l'omission commise par le centre au dommage prétendu d'être subi par lui. C'est la condition de prouver le lien de causalité.

⁹⁶¹ En ce sens *cf.* E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.*, p. 222

§ 1 : Le lien de causalité

Le lien de causalité est constaté lorsqu'on démontre que le manquement de diligence et d'attention du centre à l'égard des délais de la procédure, ou de la communication des documents a abouti soit à l'annulation de la sentence, soit à la prolongation excessive de l'instance au-delà de ce qui était prévu. Le problème sera encore plus grave, lorsqu'un des litigants n'a pas pu tenir ses obligations financières auprès de ses partenaires commerciaux en raison de ces problèmes.

S'il s'agit d'une obligation liée aux contrats d'arbitrage dans lesquels le centre est l'une des parties, la preuve de l'inexécution d'une obligation sera plus aisée à apporter et, par conséquent, il sera plus simple d'établir l'existence d'un lien de causalité. En cas de manquement à l'une des obligations, citées ci-dessus, le centre ne peut pas échapper de sa responsabilité sauf s'il prouve que l'inexécution était en raison d'une cause étrangère insurmontable.

Au surplus, il faut que le fait générateur, commis par le centre cause des dommages soit aux arbitres ou aux parties impliquées.

§ 2 : Dommage réparable

Sur la question de l'étendue et de la qualification du dommage, la jurisprudence française nous apporte quelques indications. Bien que la responsabilité des centres n'ait pas été réellement retenue, on tire des réclamations des litigants, lors des actions en responsabilité, les genres de dommage que les parties à l'arbitrage peuvent subir pour le manquement prétendu du centre à son obligation contractuelle.

Le dommage concevable que les litigants peuvent subir pourrait être l'annulation de la sentence qui résultera de la faute commise par le centre. C'est-à-dire que les litigants seront en mesure de demander le remboursement des frais justifiés par l'action en annulation et par l'obligation de recommencer une nouvelle procédure. De même, ils pourront être indemnisés pour les préjudices causés par la perte de temps en résultant dans le recouvrement des créances de l'un des litigants envers l'autre.

⁹⁶² V. *infra.*, « Chapitre 2: La protection conventionnelle pour la fonction juridictionnelle : la responsabilité limitée du prestataire de service juridictionnel », p. 411

Dans l'affaire « Cubic », « les sommes dont la société Cubic demande le paiement correspondent aux provisions pour frais d'arbitrage payés à la C.C.I (185 000\$) et aux frais divers (avocats, experts, voyages) exposés pour la procédure d'arbitrage (1 875 979,56\$) »⁹⁶³.

De la même façon, dans l'affaire « SNF », la société a réclamé auprès de la Cour d'appel

« (...) au visa notamment des articles 1134 et 1147 du Code civil, de condamner la C.C.I à lui verser la somme de 15 000 000€ toutes causes de préjudices confondues à titre de dommage et intérêts et à lui rembourser la contre-valeur en euros de la somme de 26 000\$ au jour de l'arrêt à intervenir, somme indûment versée au titre des frais administratifs. À titre subsidiaire, elle demande, en ce qui concerne les frais administratifs, de faire application du pouvoir de révision judiciaire, et de réduire les sommes facturées par la C.C.I au titre des frais administratifs et d'ordonner toute restitution de droit. Enfin, elle sollicite de dire que les condamnations prononcées porteront intérêt à compter de la date de l'assignation du 12 septembre 2005 en ce qui concerne les dommages et intérêts et à compter du versement en ce qui concerne les restitutions de frais administratifs, et ce avec capitalisation de droit conformément à l'article 1154 du Code civil, et de condamner la C.C.I au paiement de la somme de 20 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile »⁹⁶⁴.

Néanmoins, au final, la société SNF a été déboutée de toutes ses demandes.

⁹⁶³ TGI Paris , 21 mai 1997 (Sté Cubic), *op. cit.*, p. 420.

⁹⁶⁴ Sur ce point cf CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarroson, *op. cit.*, p. 321

Conclusion du Chapitre 1

La responsabilité contractuelle des centres d'arbitrage peut être mise en cause pour l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations relatives à la fonction administrative. Cependant, pour que la responsabilité soit engagée, il faut que l'auteur de l'action prouve un fait dommageable provenant de la part du centre d'arbitrage, le lien de causalité et le dommage subi.

La constatation du fait dommageable varie en fonction de la nature de l'obligation prétendument inexécutée. S'il s'agit d'une obligation de moyens, le créancier de l'obligation doit démontrer que le débiteur ne s'est pas comporté avec prudence pour exécuter le contrat. Il faut démontrer que le débiteur n'a ni fait de son mieux, ni mis tous les moyens en œuvre. En revanche, pour les obligations de résultat, le créancier peut, en principe, se contenter de démontrer que le résultat attendu n'a pas été obtenu, pour constater le défaut du débiteur et mettre, à ce titre, sa responsabilité en cause. Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité des centres exige de distinguer les obligations de moyens des obligations de résultat à la charge des centres d'arbitrage.

Dans cette perspective, on a démontré les critères de classement, à savoir la présence d'aléa et le rôle du créancier dans l'accomplissement de l'obligation. Puis on a classé les obligations à la charge des centres d'arbitrage. On a constaté que la grande majorité des obligations sont des obligations de moyens sauf les tâches de pure gestion de l'instance arbitrale, la perception des frais de l'arbitrage ou celles consistant à préserver la confidentialité ou l'obligation de révélation.

La constatation du fait dommageable n'est pas suffisante pour engager la responsabilité contractuelle fondée sur la fonction administrative des centres d'arbitrage. On a expliqué qu'il faut en plus démontrer le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage subi qui est l'ensemble des frais dépensés par les litigants lors de l'instance arbitrale.

Après avoir exposé la mise en œuvre de la responsabilité d'après notre régime de responsabilité dualiste. On verra comment ce régime permet de conférer aux centres la protection nécessaire pour exercer leur fonction juridictionnelle.

Chapitre 2: La protection conventionnelle pour la fonction juridictionnelle : la responsabilité limitée du prestataire de service juridictionnel

Dans ce chapitre on aborde la protection des centres contre les actions intentées pour les fautes susceptibles d'être commises par les centres d'arbitrage lors de l'exécution de leur fonction juridictionnelle. Dans cette hypothèse, les parties sollicitent la mise en œuvre de la responsabilité des centres pour la défaillance contractuelle pour des décisions institutionnelles ayant un caractère juridictionnel.

Cette défaillance contractuelle peut être soulevée en deux occasions. Soit en raison d'un manquement aux obligations contractuelles, comme celle d'être indépendant, diligent, ou d'assurer un procès équitable. Soit en raison d'**une erreur de droit** commise par le centre lorsqu'il prononce une décision institutionnelle comme la récusation d'un arbitre, par exemple.

Il nous semble nécessaire de protéger les centres contre une telle mise en jeu systématique de leur responsabilité pour la fonction juridictionnelle qu'ils exercent. Certes cela ne veut pas dire de maintenir une décision défectueuse. Telle situation, y compris les conséquences juridiques en résultant, sera rectifiée postérieurement par la juridiction étatique lors du recours en annulation contre la sentence arbitrale. Par exemple, une sentence arbitrale sera annulée pour l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, s'il arrive que le centre ne s'est pas montré indépendant lorsqu'il a remplacé l'un des arbitres.

Néanmoins, cette décision institutionnelle défectueuse ne doit pas être le fondement sur lequel la responsabilité sera engagée. **L'erreur de droit** commise par le centre lorsqu'il prononce une décision institutionnelle ayant un caractère juridictionnel, comme celle de la récusation, ne doit pas être considérée comme une défaillance contractuelle qui permet la mise en œuvre de la responsabilité du centre.

La protection qu'on propose de mettre en place n'est pas, en effet, assimilable à celle des arbitres. Bien que les centres exécutent une fonction juridictionnelle, celle-ci n'est pas identique à celle de l'arbitre. Le centre exerce une

fonction dualiste, une fonction administrative à côté de la fonction juridictionnelle, alors que l'arbitre exerce une fonction principalement juridictionnelle.

Il ne sera, donc, ni bizarre ni paradoxal de conférer aux centres d'arbitrage un autre type de protection plus atténuée et flexible que celle attribuée aux arbitres. C'est ce que l'on entend par « protection conventionnelle ». On exposera les détails de cette proposition dans les deux sections suivantes.

À *priori*, il convient de rappeler que la protection conventionnelle, mise en place par une clause exclusive de responsabilité, ne couvre que les décisions institutionnelles ayant un caractère juridictionnel. Il s'agit des décisions confirmant la désignation des arbitres, les décisions sur les demandes de récusation, les décisions faisant suite à l'examen *prima facie* de la validité de la clause compromissoire et les décisions d'approbation en la forme du projet de la sentence. Toutes les autres décisions ne touchent pas la fonction juridictionnelle et à leur égard la responsabilité du centre doit être soumise au régime de droit commun de la responsabilité déjà exposé.

Il convient de souligner qu'on fait référence à « la protection conventionnelle », afin d'offrir aux centres la protection nécessaire, malgré l'« arbitral immunity » des centres mis en place par le système juridique américain depuis des années.

En effet, l'immunité adoptée par le système américain pour conférer aux centres une protection juridictionnelle nous paraît fort contestable parce que la protection indispensable pour les centres, afin d'assurer la bonne exécution de leur mission, ne nécessite pas le recours systématique à une immunité arbitrale. Le concept d'immunité générale, applicable aux arbitres, ne correspond pas, comme on l'a précédemment démontré, à la vraie mission des centres dont une partie non négligeable des fonctions implique des mesures organisatrices et des tâches de pure gestion.

Notre proposition, impliquant la protection juridictionnelle des centres, s'organise en deux composantes. La première confère aux centres un privilège, c'est la reconnaissance de la licéité de la clause exonératoire de responsabilité tant que la responsabilité est mise en jeu à l'occasion d'une décision institutionnelle ayant le caractère juridictionnel (Section 1). La deuxième impose, en contrepartie, une

nouvelle obligation à la charge des centres, il s'agit de motiver leurs décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel (section 2).

Section 1 : La licéité de la clause exclusive de la responsabilité des centres

A la différence de l'« arbitral immunity », on pense que les clauses exclusives de responsabilité stipulées régulièrement par les centres dans leurs règlements constituent la protection idéale parfaitement adaptée à la mission des centres.

A cet égard, il convient de souligner que la protection conventionnelle, qu'on envisage de mettre en œuvre, couvre **les erreurs de droit** commises par les centres lorsqu'ils prononcent des décisions institutionnelles ayant un caractère juridictionnel sans inclure des erreurs commises lors de l'exécution des tâches de pure gestion. Celles-ci ne se sont pas couvertes par la protection conventionnelle et, à cet effet, elles peuvent conduire à l'engagement de la responsabilité des centres.

Les centres d'arbitrage, après avoir vu leur responsabilité mise en cause plusieurs fois devant les juridictions judiciaires, ont eu recours à l'instrument contractuel pour s'exonérer de responsabilité tant que le système juridique ne leur offre pas la protection nécessaire, à savoir l'arbitral immunity.

Le règlement de l'« A.A.A. » dispose dans son article R-52 (d) qu'en choisissant ce règlement les parties à l'arbitrage ont renoncé à mettre en cause la responsabilité de l'A.A.A. ou de l'arbitre pour tout acte ou omission en relation avec un arbitrage soumis au présent Règlement⁹⁶⁵.

De même, l'article 31.1 du règlement de la L.C.I.A. dispose que la L.C.I.A., la Cour d'arbitrage (y compris son président, ses vice-présidents et ses membres) le greffier et ses adjoints, les arbitres et les experts du tribunal arbitral n'encourront aucune responsabilité, de quelque manière que ce soit, à l'égard des parties, à raison de leurs actes ou missions en relation avec un arbitrage conduit par référence au présent Règlement, à moins que (1) ces actes ou missions ne résultent d'un méfait conscient et délibéré commis par l'institution ou la personne dont les responsabilités

⁹⁶⁵ Cf. Règlement de l'A.A.A. Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, Art. R-52 (d) "Application to Court and Exclusion of liability" : « *Parties to an arbitration under these rules shall be deemed to have consented that neither the A.A.A. nor any arbitrator shall be liable to any party in any action for damages or injunctive relief for any act or omission in connection with any arbitration under these rules* ».

est recherchée, ou (2) sauf dans la mesure où une telle élimination de responsabilité serait interdite par la loi applicable ⁹⁶⁶.

De la même façon, on trouve le fameux article 40 du règlement de la C.C.I qui exclue également la responsabilité de la C.C.I. Selon les dispositions dudit article 40, intitulé "*La limitation de responsabilité*"

« Les arbitres, les personnes nommées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence, la Cour et ses membres, la C.C.I et son personnel, les comités nationaux et groupes de la C.C.I et leurs employés et représentants ne sont responsables envers personne d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable »⁹⁶⁷.

De façon objective, on pense que cette protection est justifiée parce qu'elle est en relation directe avec la fonction juridictionnelle exercée par le centre. D'une part, c'est une protection qui assure l'indépendance nécessaire pour que les centres puissent exécuter leur mission. Et d'autre part, elle ne s'étend pas aux manquements des obligations de pure gestion imposées par le contrat de direction de l'arbitrage parce que la clause est réputée non écrite, conformément à la jurisprudence « *Chronopost* », dès lors que le manquement en cause concerne une obligation relative à la fonction administrative.

Malheureusement, en dépit de la nécessité qu'il y aurait à distinguer les fautes dans la fonction administrative des fautes dans la fonction juridictionnelle, la jurisprudence française ne l'a pas pris en compte lorsqu'elle a été confrontée à la question de la validité de la clause exclusive de responsabilité stipulée par le règlement de la C.C.I. La position de la jurisprudence française par rapport la

⁹⁶⁶ Cf. Règlement de la L.C.I.A., Art. 31.1, "Exclusion of liability" : « None of the L.C.I.A., the L.C.I.A. Court (including its President, Vice-Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save: (i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law ».

⁹⁶⁷ Cf. Règlement de la C.C.I, Art. 40, "La limitation de la responsabilité".

question de la validité de cette clause a été établie pour la première fois dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 22 janvier 2009⁹⁶⁸.

Auparavant la Cour d'appel avait statué dans sa décision du 15 septembre 1999, dans l'affaire « *Cubic* », sur la question de la responsabilité de la C.C.I, pourtant elle n'avait pas statué sur la validité de la clause exclusive de responsabilité prévue à cette époque par l'article 34 du règlement C.C.I. En effet, la version de 1998 de ce Règlement n'était pas applicable en l'espèce, car la demande de l'arbitrage avait été déposée en 1997. Par conséquent, la Cour d'appel n'avait pas eu à se prononcer sur la validité d'une telle disposition.

En revanche, dans l'affaire « *SNF* »⁹⁶⁹, la Cour d'appel a infirmé la décision du TGI de Paris qui avait reconnu la licéité d'une clause exonératoire de responsabilité en droit français. Ce dernier avait déclaré que :

« (la) clause exonératoire de responsabilité est licite en droit français par application de l'article 1150 du Code civil, d'autant qu'elle est insérée dans un contrat international ». Au surplus, il a jugé qu'il n'y avait « aucune faute intentionnelle, inexcusable, lourde assimilable au dol qui pourrait limiter [pas exclure] l'application de cette clause de non-responsabilité »⁹⁷⁰.

Malheureusement, la Cour d'appel n'a pas suivi les juges du premier degré. Elle a considéré que la clause exonératoire de responsabilité, prévue par l'article 34 (article 40 version 2012), « *autorise la C.C.I à ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de service non juridictionnel* ». Par conséquent elle a jugé que la clause « *doit être réputée non écrite dans les rapports entre la C.C.I et la société SNF dès lors que la clause contredit la portée du contrat d'arbitrage* »⁹⁷¹.

On pense que la Cour d'appel de Paris aurait dû apprécier, tout comme le tribunal de grande instance et comme l'y invitait la société SNF, la licéité de la

⁹⁶⁸ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 314.

⁹⁶⁹ *id.*

⁹⁷⁰ E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », sous note TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 31; TGI Paris, 10 octobre 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 847 ; note Th. Clay, *op. cit.*, p. 2916.

clause exonératoire de responsabilité en droit français à la lueur des dispositions de l'article 1150 du Code civil⁹⁷².

Dans une telle décision transparaît, effectivement, la confusion de la jurisprudence française entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative. Elle soumet la responsabilité du centre aux règles de droit commun de la responsabilité contractuelle. Elle distingue seulement entre les obligations de résultat et de moyens sans distinguer les obligations relatives à la fonction juridictionnelle de celles relatives à la fonction administrative⁹⁷³.

Cependant, la distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative est très importante en raison du rôle décisif qu'elle joue lors de la détermination du régime de responsabilité applicable aux centres. Le régime de responsabilité applicable vraie de l'immunité à la responsabilité en fonction de la mission exécutée.

La majorité de la doctrine française ont approuvé la décision « *SNF* ». Plusieurs des auteurs l'ont interprété comme une décision qui écarte la clause exclusive de responsabilité dans les contrats organisant l'arbitrage⁹⁷⁴.

Cette interprétation s'inscrit dans la ligne du célèbre arrêt « *Chronopost* » de la Cour de cassation, dans lequel elle a considéré qu'un contractant ne peut pas s'exonérer, à travers d'une clause exonératoire de responsabilité, de l'exécution de son « obligation essentielle ». Selon la jurisprudence « *Chronopost* » une telle clause rend l'obligation sans cause ou sans objet, et doit être, à cet effet, réputée non écrite⁹⁷⁵ conformément à l'article 1131 du Code civil. Il convient d'indiquer que les conditions de validité des contrats prévues par l'article 1108 du Code civil -à savoir la condition d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement et d'une cause licite dans l'obligation- ont été modifiées par la réforme du 10 février 2016. Selon

⁹⁷¹ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 314.

⁹⁷² Code civil français, Art. 1150 « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

⁹⁷³ En ce sens cf. E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *op. cit.*, p. 229

⁹⁷⁴ V. les commentaires sur la décision : Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 227 et 228. E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », sous note TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), *op. cit.*, p. 31; TGI Paris, 10 octobre 2007 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 847 ; note Th. Clay, *op. cit.*, p. 2916; CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 321.

⁹⁷⁵ *id.* ; CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 321

l'article 1128 de la réforme, les conditions d'objet et cause ont été remplacées par la condition d'avoir « un contenu licite et certain ».

Cependant, l'un des commentateurs qui soutient jurisprudence « *Chronopost* » estime que la Cour d'appel a jugé, à bon droit, en considérant que la clause exclusive s'oppose à l'obligation essentielle de la C.C.I dont la mission était définie ainsi par la Cour : « *La C.C.I doit organiser et administrer l'arbitrage et à cette fin fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace, c'est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée, élaborée conformément aux règles choisies et susceptible de recevoir exécution* »⁹⁷⁶.

Ainsi ensemble, la Cour d'appel et la doctrine dominante considèrent que la clause exonératoire de responsabilité n'est pas licite, car elle s'oppose à la portée du contrat d'organisation d'arbitrage⁹⁷⁷. La Cour d'appel a transposé le raisonnement de la jurisprudence « *Chronopost* » dans l'arrêt « *SNF* » pour arriver à la même conclusion, à savoir écarter la clause exonératoire de responsabilité.

Cependant, une telle transposition jurisprudentielle ne saurait, à notre sens, emporter la conviction. D'une part, la jurisprudence « *Chronopost* » n'est même pas transposable aux contrats d'arbitrage en cause. Les questions de fait et de droit, dans le contexte des contrats d'arbitrage, sont différentes de celles d'un contrat de transport, bien que les deux restent des contrats civils. D'autre part, le contrat de transport est soumis à un régime légal exceptionnel quant à la validité des clauses de non responsabilité⁹⁷⁸.

Enfin, même à supposer, bien que cela reste douteux pour nous, que la jurisprudence « *Chronopost* » s'applique parfaitement à la situation des clauses d'irresponsabilité prévues par les centres, cette jurisprudence n'est pas à l'abri de critique puisqu'elle ne reçoit pas l'approbation unanime de la doctrine civiliste.

On exposera dans les paragraphes suivants les raisons qui justifient à la fois la licéité de la clause exonératoire de responsabilité et l'inopportunité d'appliquer la jurisprudence « *Chronopost* » aux contrats d'arbitrage en cause. Cependant, il nous semble plus cohérent d'évoquer, en résumé, la décision la Cour de cassation dans

⁹⁷⁶ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*

⁹⁷⁷ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 221

⁹⁷⁸ Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 1151 :1155.

l'arrêt « *Chronopost* », avant de relater les raisons qui justifient la licéité de la clause exonératoire dans le cas de la responsabilité des centres.

En l'espèce, la société Chronopost s'engage envers ses clients à fournir un service prétendument rapide de messagerie pour un tarif relativement plus élevé que ceux établis pour l'acheminement par la voie postale ordinaire. Selon ce contrat conclu entre la société Chronopost et la société SFMI -contrat de transport ou plutôt d'acheminement du courrier- chacun des cocontractants prend ses propres risques : l'un paie un tarif (relativement) modéré pour un acheminement très rapide, l'autre fait de son mieux pour fournir la prestation promise.

Or, bien que Chronopost promette d'exécuter son obligation de bonne foi, cette société stipule en même temps une clause limitative de responsabilité prévoyant, en cas de retard, que la réparation sera limitée au remboursement du prix facturé à l'usager. Selon l'art. 6 al. 3 des conditions générales de transport indiquées au verso du récépissé d'expédition remis à la clientèle « *En cas de non-respect des délais de livraison de son fait, Chronopost s'engage à rembourser exclusivement le prix du transport, sur demande écrite de l'expéditeur* »⁹⁷⁹. Cette clause limitative de responsabilité, contrairement à la décision des juges du second degré, a été réputée non écrite par la Cour de cassation.

Elle a jugé qu'en cas de retard, Chronopost devra toujours indemniser le préjudice réel subi par l'expéditeur trop confiant. Elle a jugé que la clause allait à l'encontre de l'engagement spécialement pris en charge par Chronopost, à savoir l'obligation de fiabilité et de célérité⁹⁸⁰.

Quoi que cette jurisprudence soit acceptée par la majorité de la doctrine civiliste ou non, on pense qu'elle ne doit pas être applicable à l'hypothèse des clauses exclusives de responsabilité stipulées dans les règlements des centres d'arbitrage pour plusieurs raisons. La jurisprudence « *Chronopost* » n'est pas transposable aux clauses d'irresponsabilité stipulées par les centres, car les centres, au contraire de ce qui est constaté par l'arrêt « *Chronopost* », ne sont pas dans la même position que la société Chronopost (sous-section 1), la clause exonératoire de la responsabilité des centres ne s'oppose pas à leur obligation essentielle (sous-

⁹⁷⁹ A. Sériaux, « L'affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.*, 1997.121.

⁹⁸⁰ Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632.

section 2), la clause exclusive de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat (sous-section 3) et en dernier lieu, la validité des clauses exonératoires de la responsabilité est bien reconnue en droit positif français depuis longtemps (sous-section 4).

Sous-section 1 : Le statut des centres est différent de celui de la société Chronopost

Premièrement, la jurisprudence n'est pas transposable au contrat de direction d'arbitrage parce que les prémisses de la jurisprudence « *Chronopost* » sont fondées sur un postulat qui n'existe certainement pas dans le contrat d'organisation de l'arbitrage.

Dans l'affaire « *Chronopost* », le débiteur de l'obligation, dans l'intérêt duquel la clause est stipulée, a le statut d'un prestataire de services assurément non juridictionnels, alors qu'un centre d'arbitrage n'a pas seulement ce statut de prestataire de services. Il a deux statuts provenant de la dualité de la fonction qu'il exécute. Il a le statut d'un prestataire de service juridictionnel et non juridictionnel. Cela varie selon la fonction exercée par le centre. Lorsqu'il exécute sa fonction juridictionnelle, il doit être considéré comme un prestataire de service juridictionnel. En revanche lorsqu'il exécute sa fonction administrative, il est sans doute considéré comme un prestataire de services non juridictionnels.

Apprécier toujours la mission du centre en tant que prestataire de services non juridictionnels, quelle que soit la fonction exécutée, explique que l'on puisse arriver à l'arrêt « *SNF* » dans lequel Cour d'appel a prononcé la mise à l'écart de la clause d'irresponsabilité.

Alors que le centre est effectivement plus qu'un simple prestataire de service. Ses décisions, ayant le caractère juridictionnel, prononcées à l'occasion de l'exécution de sa fonction juridictionnelle, lui donnent une qualification qui dépasse celle d'un simple contractant considéré comme un fournisseur de services. Lorsque le centre se prononce sur les incidents de récusations, l'examen de la validité de la clause compromissoire et l'approbation, en la forme, du projet de la sentence, il contribue à la résolution de litige ultime, et à ce titre, on doit lui reconnaître le statut

d'un prestataire de service juridictionnel. C'est identique à la mission du juge d'appui qui est, sans équivoque, un prestataire d'un service juridictionnel.

Sous-section 2 : La clause exonératoire de la responsabilité des centres est cohérente avec leur obligation essentielle

L'argument disant que la clause exonératoire de responsabilité doit être réputée non écrite parce qu'elle s'oppose à l'obligation essentielle du centre d'organiser l'arbitrage nous paraît fort contestable.

Selon la jurisprudence « *Chronopost* », la clause exclusive de responsabilité relative à l'obligation essentielle née du contrat rend le contrat sans cause et par suite la clause doit être réputée non écrite⁹⁸¹. Pourtant, on ne pense pas que décider la caducité de la clause soit la bonne solution. Si la clause s'oppose vraiment à l'obligation essentielle, on pense que c'est le contrat tout entier qui doit être jugé nul, pour défaut de cause. En d'autres termes, si vraiment l'obligation était sans cause, elle serait nulle, ce qui entraînerait la nullité de tout le contrat et non pas seulement de la clause exclusive de responsabilité dès lors qu'elle est jugée essentielle et déterminante⁹⁸².

En outre, même à supposer, bien que cela reste douteux pour nous⁹⁸³, qu'une clause exonératoire de responsabilité doit être réputée non écrite parce qu'elle rend le contrat sans cause, on pense qu'un tel raisonnement ne s'applique pas à notre hypothèse parce que la clause exonératoire de la responsabilité du centre ne s'oppose pas à l'obligation essentielle du centre prévu par le contrat de direction de l'arbitrage, et par conséquent la clause est valable, car la cause du contrat reste bien réelle.

Dans l'arrêt « *SNF* », la Cour d'appel a appliqué le régime de responsabilité de droit commun, et par conséquent décidé l'illicéité de la clause exclusive de

⁹⁸¹ Cette jurisprudence a été reprise par la Cour de cassation dans l'affaire « *Forecia* ». Cependant, la Cour de cassation s'est montrée plus exigeante que dans l'affaire « *Chronopost* » quant à l'atteinte portée à l'obligation essentielle. En effet, dans l'arrêt « *Forecia* », elle a énoncé que la clause limitative de responsabilité doit s'opposer à l'obligation essentielle pour qu'elle soit réputée non écrite. Dès lors, une simple atteinte à l'obligation essentielle ne suffit plus pour écarter la clause limitative. Dans ce sens V. Cass. Com., 29 juin 2010 (Sté Forecia), n° 09.11-841.

⁹⁸² W. Dross, « Clausier », 2^{ème} éd., *Litec*, 2011, p. 249

⁹⁸³ V. *infra* « Sous-section 3 : La clause exonératoire de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat », p. 425.

responsabilité, parce que la C.C.I est tenue d'« *administrer l'arbitrage et à cette fin fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace, c'est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée, élaborée conformément aux règles choisies et susceptible de recevoir exécution* ».

Néanmoins, comme on l'a montré précédemment, la mission des centres implique assurément des pouvoirs conférés aux centres qui **dépasse**nt la limite d'une simple administration de la procédure. Les décisions institutionnelles sur les demandes de récusation, l'examen *prima facie* de la validité des conventions d'arbitrage et l'approbation du projet de la sentence, relèvent d'une vraie fonction juridictionnelle.

Alors, dans une telle perspective, il nous semble pertinent d'identifier l'obligation essentielle du centre pour démontrer comment la clause exonératoire ne s'y oppose pas. Pourtant, on ne peut pas identifier l'obligation essentielle du centre sans assurément la distinguer des autres obligations secondaires.

Théoriquement, l'obligation essentielle est facilement distinguée de l'obligation secondaire. Alors que la convention des parties peut restreindre -un peu- l'étendue de "l'obligation essentielle" sans la priver de tout contenu, "l'obligation secondaire" peut être vidée totalement de sa teneur par l'accord commun des parties, en stipulant une clause d'irresponsabilité. En général, le manquement à une obligation accessoire n'emporte pas la même conséquence qu'un manquement à l'obligation essentielle⁹⁸⁴.

Pourtant, sur le plan pratique la distinction n'est pas aussi facile que dans la théorie. La pratique implique une vraie confusion entre "l'obligation essentielle" et les obligations "secondaires" d'un contrat. Parfois, pour des raisons diverses, il arrive que le manquement à l'obligation secondaire vienne mordre sur l'obligation essentielle : autant dire qu'obligation essentielle et obligation secondaire tendent alors à se confondre.

À titre d'exemple, le vendeur-fabricant d'un pesticide déclinait toute responsabilité pour le cas où l'acquéreur ne respectait pas certaines précautions d'emploi. Or, le produit ayant abîmé les plantations, il apparaît après expertise que le fabricant aurait dû fournir des instructions d'utilisation plus détaillées en ce qui

⁹⁸⁴ Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélanges offerts à P. Raynaud, *Dalloz Sirey*, 1985, p. 273, spéc. 282

concerne notamment les contraintes tenant aux conditions extérieures, car celles-ci rendaient plus difficile une mise en œuvre déjà délicate en soi.

En bref, le professionnel avait manqué à son obligation de renseignement. Or, pour évincer la clause, la Cour de cassation invoque une prétendue faute lourde⁹⁸⁵. Cette motivation ne convaincra personne, la véritable faute lourde eût consisté à ne donner aucune instruction d'emploi. En l'espèce, l'instruction n'était pas détaillées comme il fallait. Ainsi, la décision mérite l'approbation : en effet, l'obligation secondaire de renseignement mord sur l'obligation essentielle lorsque l'absence de renseignement rend l'objet inutile⁹⁸⁶.

La confusion devient encore pire lorsqu'on essaye de distinguer l'obligation essentielle des autres obligations secondaires nées du contrat de direction d'arbitrage. Ce n'est pas comme dans le bail où les obligations essentielles sont claires. Le bailleur est essentiellement tenu de mettre à disposition le bien loué, alors que le locataire est tenu de payer le loyer en contrepartie. Alors que les obligations impliquant de faire jouir le locataire de la chose louée et de l'entretenir pendant la durée du bail ne sont que des obligations annexes.

En revanche, toutes les obligations issues du contrat direction de l'arbitrage ne sont pas moins importantes que les autres. C'est un ensemble d'obligations et de pouvoirs qui résultent, d'une part, de la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle, d'autre part.

D'après le contrat de direction d'arbitrage, le centre d'arbitrage est essentiellement tenu de résoudre définitivement le litige des parties sous son égide. Cela suppose l'obligation d'organiser l'arbitrage. Cependant le centre ne peut souscrire à l'obligation d'organisation sans rendre des décisions institutionnelles juridictionnelles, fondement de la fonction juridictionnelle, qui sont indispensables pour l'exécution de sa mission et la réalisation de la procédure arbitrale. Ainsi, la mission des centres implique deux obligations, de même degré d'essentialité dont une appartient à la fonction juridictionnelle, et l'autre appartient à la fonction administrative.

⁹⁸⁵ Cass. Civ. 1^e, 22 nov. 1978, note G. Viney, *JCP*, 1979, II,19, p. 139.

⁹⁸⁶ Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale », *op. cit.*, p. 282

Conformément, à la jurisprudence « *Chronopost* », une clause exclusive de responsabilité peut être déclarée caduque dès lors qu'elle s'oppose aux obligations appartenant à la fonction administrative. Cependant, il nous paraît que la clause exclusive de responsabilité est valable par rapport aux obligations appartenant à la fonction juridictionnelle, mise en œuvre à travers les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage⁹⁸⁷ leur permettant de rendre les décisions institutionnelles, parce que cette clause ne s'oppose pas à cette obligation et, à ce titre, ne vide pas l'obligation de direction de sa teneur.

Une telle conclusion peut être tirée des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt « *SNF* », malgré le dispositif de la décision prononçant l'illicéité de la clause. La Cour a réputé non écrite « la clause exclusive de responsabilité qui autorise la C.C.I à ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de service non juridictionnel »⁹⁸⁸.

La lecture simple des termes de la décision nous permet à déduire que la caducité de la clause exclusive est liée et limitée à l'obligation essentielle du centre en tant que prestataire de services non juridictionnels, il s'agit alors de l'obligation appartenant à la fonction administrative. On pense que si la Cour d'appel avait voulu rendre la clause caduque parce qu'elle s'oppose à l'obligation appartenant à la fonction juridictionnelle, elle n'aurait pas énoncé « *en tant que prestataire de service non juridictionnel* », et par conséquent, limiter l'effet de la caducité à l'obligation d'organisation d'arbitrage ayant le caractère administratif. En revanche, énoncer « *en tant que prestataire de service non juridictionnel* » limite les effets de telle décision seulement aux obligations de la fonction administrative.

L'avis de l'un des commentateurs soutient aussi notre conclusion. Selon lui, la position de la jurisprudence française, par rapport à la validité de la clause exonératoire de responsabilité prévue par l'article 34 du règlement 1998 de la C.C.I (article 40 du règlement actuel), révèle une application limitée de la clause, et non pas une éradication totale, ainsi que cela avait été pronostiqué⁹⁸⁹. Ainsi, selon notre interprétation de la décision « *SNF* », la caducité de la clause exclusive de la responsabilité ne s'applique pas au centre lors qu'il agit en tant que prestataire de

⁹⁸⁷ V. *supra* « Section 2 : Les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage », p. 158

⁹⁸⁸ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarroson, *op. cit.*, p. 321.

⁹⁸⁹ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*, p. 625.

service juridictionnel, en prononçant les décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel.

Au surplus du fait que la clause exclusive de responsabilité ne s'oppose pas aux obligations appartenant à la fonction juridictionnelle, on estime qu'une telle clause assure la bonne exécution des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage. Une telle clause assure l'indépendance des centres ce qui contribue à mieux réaliser les pouvoirs juridictionnels conférés aux centres, comme garantir un procès équitable et assurer le respect du principe du contradictoire et par conséquent l'exécution de l'obligation essentielle de diriger l'arbitrage.

Il est peu convaincant de dire qu'une clause exclusive de responsabilité autorise le centre à ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de service juridictionnel. Cela peut-être le cas pour les actes de pure gestion relative à l'organisation de la procédure arbitrale. Cependant, ce n'est pas assurément le cas soit pour les décisions sur les demandes de récusations, soit pour l'examen *prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage, ou pour les décisions sur l'approbation en la forme du projet de sentence. Dès lors qu'il est peu douteux que les clauses exclusives de responsabilité s'opposent à "l'obligation essentielle" relative à la fonction juridictionnelle, elles ne doivent pas être réputées non écrites puisqu'elles ne rendent pas le contrat sans cause.

Sous-section 3 : La clause exonératoire de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat

Même à supposer que la clause s'oppose à l'obligation essentielle du centre d'arbitrage -ce qui n'est pas précis-, normalement c'est la nullité du contrat qui est mise en question et pas la caducité de la clause exclusive de responsabilité parce que la caducité de la clause exclusive de responsabilité résulte seulement du non respect des conditions de validité prévues par la jurisprudence française interprétant l'article 1150 du Code civil.

Mais même dans le cas où la nullité du contrat est soulevée en raison d'une clause exclusive de responsabilité contraire à l'obligation essentielle, la nullité n'est pas la bonne sanction parce que la clause exclusive de responsabilité ne prive pas le contrat de sa cause. Dire que la clause exclusive de responsabilité rend le contrat

sans cause et conclure, à cet effet, à la caducité de la clause ou l'annulation du contrat pour défaut de cause n'est pas tout à fait correct.

Néanmoins, dans l'affaire « *Chronopost* », la Cour de cassation se réfère la première fois à la notion « d'obligation essentielle » pour évincer une clause exclusive de responsabilité. Certes, la notion d'obligation essentielle d'un contrat⁹⁹⁰, qui forme "le contenu fondamental du contrat" et compose une sorte de sanctuaire contractuel absolument impénétrable, n'est pas neuve⁹⁹¹. Elle inspirait déjà d'une décision rendue au 19^{ème} siècle dans laquelle la Cour de cassation avait "condamné" une clause exclusive de responsabilité -en opposition manifeste avec les règles essentielles du contrat- dans lequel elle était stipulée. Par la suite, la Cour de cassation se réfère, soit à la faute intentionnelle lourde du débiteur, soit à la contradiction de clause à la portée (de l'engagement) du contrat, pour faire échec à une clause exclusive de responsabilité⁹⁹².

Cependant, la motivation de la Cour dans la décision « *Chronopost* » est particulièrement intéressante. Elle a considéré que l'insertion, d'une telle clause, dans le contrat est incompatible avec l'obligation de ponctualité souscrite par la société de transporteur Chronopost et transforme cette obligation dans l'esprit des cocontractants en une simple illusion pour son créancier. La clause prive de cause l'obligation de l'expéditeur, parce qu'en réduisant la sanction de l'inexécution de l'obligation fondamentale contractée par le transporteur à une peau de chagrin, elle révèle "la contradiction interne" qui détruit l'obligation du débiteur et le contrat tout entier. La motivation de l'arrêt démontre alors la raison pour laquelle elle a jugé la caducité de la clause à la place de la nullité⁹⁹³. La Cour repose sur l'idée, émise un de ses commentateurs, selon laquelle « *la notion d'obligation fondamentale est l'expression de la théorie de la cause* »⁹⁹⁴.

Cependant, à notre avis, la clause exclusive de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat. On souscrit sur ce point entièrement à l'opinion d'un autre

⁹⁹⁰ Sur cette notion, v. Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale », *op. cit.*, p. 273 et s.

⁹⁹¹ D. Mazeaud, « Contrats et conventions », *Defrénois*, 15 mars 1997, n°5, p. 333, spéc. p. 334

⁹⁹² *id.*

⁹⁹³ *ibid.*, p. 335

⁹⁹⁴ Ph. Delebecque, « les clauses allégeant les obligations dans les contrats », thèse dactyl. Aix, 1981, n° 169 ; Adde Paul Durand, Des conventions d'irresponsabilité ; thèse Paris 1931. ; pour une première illustration, mais beaucoup moins nette, de cette idée en jurisprudence, v. Cass. Soc., 25 octobre 1946, obs. J. Carbonnier, *Rev. trim. dr. civ.* 1947, p. 65.

annotateur estimant que la clause devient seulement défectueuse, et se trouve par la suite réputée non écrite, dès lors que le débiteur refuse d'exécuter ses obligations. Indépendamment du fait que la faute commise était avec l'intention de nuire au cocontractant ou non, une clause défectueuse ne doit pas changer la réalité de l'engagement et par conséquent la cause du contrat reste valide et existante. Même une clause défectueuse, au contraire de ce que quelques auteurs pensent, ne rend pas le contrat sans cause⁹⁹⁵.

Il n'y a pas lieu de prétendre à l'inexistence de "la cause-contrepartie"⁹⁹⁶. Il est évident que cette contrepartie était présente dans l'affaire « Chronopost », en raison de l'équilibre convenu des prestations réciproques cela n'était guère discutable. Les tarifs proposés par Chronopost sont certes plus élevés que ceux établis pour l'acheminement par voie postale ordinaire, mais ils ne sont pas non plus exorbitants. Ils résultent d'un très commercial calcul qui procède par comparaison entre ce que le transporteur peut offrir et ce qu'il peut demander en contrepartie de cette offre⁹⁹⁷.

On a du mal à comprendre que la clause permet à son bénéficiaire d'échapper à son obligation essentielle et qu'en excluant la clause on redonne à l'obligation sa cause. Jusqu'à présent la jurisprudence admettait de façon constante qu'une clause jugée illicite ou injuste ne devait être réputée non écrite que lorsqu'elle ne constituait qu'un élément secondaire dans l'engagement des parties. Qu'en revanche si la clause convenue paraissait objectivement essentielle, la totalité du contrat devrait être annulée pour défaut de cause.

On est d'avis du commentateur estimant que la clause contestée ne peut avoir pour effet de faire disparaître l'obligation, elle ne joue que sur les conséquences de son inexécution, elle n'affecte pas du tout la réalité de l'engagement. Preuve en est que la présence de la clause n'interdit pas au créancier de requérir l'exécution forcée toutes les fois que celle-ci est possible, ce qui montre qu'elle n'affecte nullement la réalité de l'engagement du débiteur⁹⁹⁸. Tel est exactement le cas pour la clause exclusive de la responsabilité des centres d'arbitrage. Il s'agit d'une clause

⁹⁹⁵ W. Dross, « Clausier », *op. cit.*, p. 253

⁹⁹⁶ A. Sériaux, "L'affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *op. cit.*, n° 5 et s.

⁹⁹⁷ *id.*

⁹⁹⁸ W. Dross, « Clausier », *op. cit.*, p. 253

exonératoire de responsabilité et non pas d'une clause de non-responsabilité exclusive de toute obligation.

Une clause de non-responsabilité exclusive de toute obligation implique le déchargement du débiteur de telle ou telle obligation déterminée qu'il devrait normalement supporter, selon la loi, en vertu du contrat qu'il a conclu⁹⁹⁹. On constate qu'un tel contrôle change vraiment la réalité du contrat et peut rendre le contrat sans cause si l'obligation supprimée, par la stipulation de la clause, est considérée essentielle. Dans une telle hypothèse, la clause ne joue pas sur les effets du contrat, mais plutôt elle change le contenu du contrat en supprimant directement une obligation.

En revanche, les clauses d'exonération de responsabilité, comme celle de l'article 40 du règlement de la C.C.I, sont considérées comme des vraies clauses de non-responsabilité. Son mécanisme de non-responsabilité est très différent de la deuxième catégorie, à savoir les clauses exclusives d'obligations.

Dans les clauses exclusives de responsabilité, le débiteur est bien tenu de telle ou telle obligation en vertu du contrat; mais il est convenu que l'inexécution ne sera pas sanctionnée par des dommages-intérêt ou autrement. À la différence des clauses exclusives d'obligation, les clauses d'exonération de responsabilité suppriment une responsabilité dont les conditions se trouvent effectivement réunies¹⁰⁰⁰.

Donc, le concept de cause sur lequel la jurisprudence repose pour écarter la clause au lieu d'annuler le contrat est peu convaincant¹⁰⁰¹. Les causes objective et subjective de l'obligation du cocontractant existent bel et bien¹⁰⁰². La cause objective est bien respectée, la considération de la contrepartie qu'entend, en principe, recevoir toute personne qui assume une obligation. Dans le contrat synallagmatique, cette contrepartie est, pour chacun des contractants, l'obligation contractée par l'autre, le centre est obligé de diriger l'arbitrage parce qu'il est payé pour cela.

⁹⁹⁹ J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, « Droit civil : les obligations. Le rapport d'obligation », *op. cit.*, p. 216

¹⁰⁰⁰ *ibid.*, p. 217

¹⁰⁰¹ W. Dross, « Clausier », *op. cit.*, p. 249

¹⁰⁰² *id.*

Néanmoins, cette cause objective permet exceptionnellement d'annuler un contrat pour défaut. La fonction qu'elle remplit habituellement est de justifier l'annulation pour absence de cause lorsque la contrepartie dont les parties avaient convenu fait défaut ou n'est que dérisoire. La cause a alors un rôle de protection individuelle.

Au surplus, on ne peut pas dire que quand les parties ont conclu un contrat de direction de l'arbitrage, incluant une clause exclusive de responsabilité, elles ont convenu une obligation dérisoire parce que le centre reste toujours, en tout état de cause, tenu à exécuter son obligation. Dans le pire des cas, les parties peuvent recourir à l'exécution forcée, à l'encontre du centre, pour faire respecter ses droits. Donc la considération de la contrepartie n'est pas dérisoire.

La cause subjective est aussi bien respectée parce que le motif déterminant du contractant, qui a été à l'origine de la décision de contracter, apparaît dans l'intérêt du centre d'être plus compétitif et réputé, ce qui est reflété dans l'augmentation du nombre des affaires dirigées -sous son égide-, l'accroissement de sa crédibilité, et l'importance de son chiffre d'affaires.

Donc, une clause exonératoire de responsabilité contraire à l'obligation essentielle n'est pas caduque parce que tout simplement elle ne rend pas le contrat sans cause¹⁰⁰³. Elle devient caduque seulement lorsqu'elle ne remplit pas les conditions de validité prévues par la jurisprudence française interprétant l'article 1150 du Code civil, comme on verra dans la sous-section prochaine.

Sous-section 4 : La validité des clauses exonératoires de responsabilité en droit positif français

Contrairement à la jurisprudence « *Chronopost* », les clauses exonératoires de responsabilité sont jugées valables dans le droit positif français depuis longtemps. Depuis le XIX^e la validité des clauses exclusives a fait couler beaucoup d'encre¹⁰⁰⁴. Après les avoir jugées nulles, la Cour de cassation se prononce aujourd'hui clairement pour leur pleine validité en statuant qu'« aucune disposition légale ne

¹⁰⁰³ *ibid.*, p. 253

¹⁰⁰⁴ *ibid.*, p. 213

prohibe d'une façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion »¹⁰⁰⁵.

Du surcroît, la validité d'une telle clause a été confirmée, notamment, lorsqu'elle est conclue entre professionnels¹⁰⁰⁶. Cette décision a été énoncée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 23 novembre 1999, arrêt ultérieur à la jurisprudence « *Chronopost* ». Dans cet arrêt, l'affaire « *Michenon* »¹⁰⁰⁷, la Cour de cassation a affirmé que la Cour d'appel a bien appliqué la loi lorsqu'elle a constaté que le contrat, incluant la clause d'irresponsabilité, avait été conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles, ce qui permet de conclure à la validité de la clause tant qu'elle ne revêt pas de caractère abusif.

Elle a prononcé, au contraire de la jurisprudence « *Chronopost* » et en vertu de l'article 1150 du Code civil, que les clauses exonératoires de responsabilité sont en principe valables sauf en cas d'une faute dolosive, intentionnelle ou lourde.

La logique dernière la validité de la clause exclusive de responsabilité est que lorsqu'un contractant promet de réaliser au profit de l'autre une prestation d'un service convenu, que le droit commun n'impose pas, le promettant ne doit que ce qu'il a promis et avec les limitations apportées à sa promesse. Du surcroît, conformément à la réalité pratique, une clause exclusive de responsabilité est souvent la contrepartie d'un avantage attribué au bénéficiaire de la promesse, il s'agit ici des avantages de l'arbitrage institutionnel.

Dans son commentaire sur l'arrêt « *SNF* »¹⁰⁰⁸, le commentateur se demande si l'article 34 (40 du règlement actuellement en vigueur) du règlement de C.C.I pourrait être reconnu licite en droit positif français. Il a reconnu la licéité d'une telle clause à condition que (1) elle soit stipulée dans un rapport conclu entre professionnels (2) elle ne permet pas au débiteur de s'exonérer de son obligation essentielle, (3) et la faute commise ne doit pas être lourde ou dolosive¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Cass. Civ. 1^e, 19 janv. 1982, note Larroumet, *D.*, 1982, p. 457.

¹⁰⁰⁶ Cass. Com., 23 nov. 1999, note J.-P. Chazal, *JCP*, II, 2000, p. 10326.

¹⁰⁰⁷ *id.*

¹⁰⁰⁸ CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ *id.* V. aussi l'interprétation de Clay, *ibid.*, p. 625.

On observe que la dernière condition est d'ailleurs similaire aux conditions de la validité prévues par l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1150 du Code civil. La Cour de cassation considère que la faute lourde est la faute qui confine au dol et qui dès lors peut être rattachée à l'article 1150 du Code civil en vertu duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Elle a jugé que « *constitue une faute lourde un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* », ce que la Cour de cassation a considéré contraire aux articles 1150 et 1134 du Code civil¹⁰¹⁰.

Il convient d'indiquer que l'interprétation de l'article 1150 du Code civil, faite par la jurisprudence française et suivie depuis des années, est désormais codifiée dans la nouvelle réforme du droit des contrats¹⁰¹¹. Dans le nouveau droit des contrats, entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016, les clauses exclusives de responsabilité sont soumises aux conditions de validité déjà évoquées par la jurisprudence en interprétant l'article 1150 du Code civil. Selon l'article 1231-3 du nouveau droit « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

Alors, si on reprend les conditions de la validité d'une clause exonératoire de responsabilité, proposées par le commentateur, on remarque que les deux premières sont bien remplies par l'article 40 du règlement.

Evidemment s'il s'agissait d'un rapport contractuel entre professionnel et consommateur, la clause exonératoire de responsabilité serait assurément réputée non écrite¹⁰¹². Or ce n'est pas le cas dans le cadre d'arbitrage international institutionnel dès lors que dans la plupart des cas les parties aux contrats d'arbitrage sont des professionnels.

En effet, dans l'hypothèse où l'on considérerait la C.C.I comme les professionnels d'arbitrage, on ne pourrait pas qualifier l'entreprise -les parties à l'arbitrage- de consommateur dans la mesure où l'arbitrage constitue un mode de

¹⁰¹⁰ Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005, n° 02-18326.

¹⁰¹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

¹⁰¹² *id.*

règlement usuel des litiges du commerce international et qu'il n'y a pas de déséquilibre entre les parties. Les opérateurs du commerce international sont aussi des professionnels de l'arbitrage. Preuve en est que le Code civil lui-même dispose en son article 2061 que « ... *la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »¹⁰¹³.

Du surcroît, la clause de l'article 40 du règlement de la C.C.I. est une clause exonératoire de responsabilité convenue entre professionnels qui ne s'oppose pas à l'obligation essentielle comme précédemment montrée dès lors qu'elle n'implique que les décisions institutionnelles relatives à la fonction juridictionnelle.

Cependant, la troisième condition, à savoir les conditions de validité prévues par l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1150 du Code civil ou l'article 1231-3 du nouveau droit, est une question de fait dont le respect est apprécié selon la discrétion du juge saisi. C'est au juge d'apprécier si la faute reprochée au centre est lourde, dolosive, ou intentionnelle, et par conséquent si la clause exonératoire de la responsabilité doit être écartée, ou non.

Cela explique aussi le point de vue disant que la stipulation de la clause exclusive de responsabilité transforme implicitement l'obligation à la charge du débiteur en obligation de moyens¹⁰¹⁴. Ici, on voit le rapport entre une obligation de moyens et une condition exclusive de responsabilité. En effet, la faute lourde est l'élément commun partagé par les deux notions juridiques. La commission d'une faute lourde permettra dans tous les cas au créancier d'engager la responsabilité du débiteur car, même en cas de clause exclusive, le créancier victime d'une telle faute pourra y échapper.

Malgré cette similitude sur la conséquence finale, la stipulation d'une clause exclusive de responsabilité présente un privilège procédural important. Le débiteur profitant d'une clause exclusive de responsabilité peut soulever fin de non-recevoir, et éviter par conséquent l'obligation de prouver qu'il a bien exécuté son obligation ou qu'il n'a pas commis une faute lourde. En revanche, le débiteur d'une obligation de moyens allégée ne peut pas éviter la mise en œuvre de l'action, et par conséquent

¹⁰¹³ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.*, p. 227.

¹⁰¹⁴ Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 1136.

il subit la charge de communiquer les pièces révélant qu'il avait correctement exécuté ses obligations afin de convaincre le juge qu'il n'a pas commis une quelconque faute.

Au surplus, les conditions de validité des clauses exonératoires de responsabilité, que la faute reprochée ne soit ni lourde, ni dolosive, ni intentionnelle, sont, désormais, bien prises en compte par les centres d'arbitrage afin de rendre leur protection la plus efficace possible. Cela est évident dans la modification très considérable insérée au règlement de la C.C.I en vigueur depuis 2012 et dans le règlement de la LCAI en vigueur depuis 2014.

La C.C.I a modifié la portée de la protection qui lui est conférée par la clause exonératoire de responsabilité prévue par l'article 34 (version 1998) et l'article 40 (version 2012). L'atténuation de la protection précédemment prévue par le règlement de 1998 apparaît dans le règlement du 2012 récemment adopté.

D'abord, l'intitulé de l'article exonérant la responsabilité est modifié de « *l'exclusion de la responsabilité* », dans la version de 1998, à « *la limitation de responsabilité* », dans le nouveau règlement du 2012. Ce changement révèle la volonté de la C.C.I de diminuer la portée exonératoire prévue par l'ancien règlement qui avait suscité beaucoup de critiques. Il ne s'agit plus d'exclusion totale de sa responsabilité.

Par ce changement dans la formulation d'intitulé, la C.C.I a exprimé par cette modification sa volonté d'éviter la critique essentielle adressée à l'article 34. D'ailleurs, le nouvel article ajoute la phrase « *sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable* », ce qui révèle sans équivoque la volonté de la C.C.I de soumettre sa clause exonératoire de responsabilité aux conditions de validité de l'article 1150 du Code civil interprété par la jurisprudence française à plusieurs reprises.

Avant, l'article 34 ne prévoyait aucune limitation ou condition de validité de la clause d'irresponsabilité ; même pas en cas de fraude, faute lourde ou intentionnelle. Alors, pour pallier cette lacune, les rédacteurs du règlement de 2012 ont ajouté cette phrase. C'est une disposition qui n'existait pas auparavant dans la clause d'irresponsabilité prévue par le règlement du 1998.

Il en va de même pour le nouveau règlement de la L.C.I.A. du 2014. L'intitulé de l'article exonérant la responsabilité présente une modification semblable. « *l'exclusion de la responsabilité* », dans la version de 1998, à « *la limitation de responsabilité* », dans le nouveau règlement du 2014. De plus, l'article 31.1 (ii) du règlement du 2014 ajoute la phrase « *sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable* » qui n'existait pas dans l'article 31 du règlement du 1998.

La dernière phrase ajoutée dans chacun de ces règlements démontre que ces centres ont jugé nécessaire de réagir aux critiques adressées à la protection absolue stipulée dans leur ancien règlement. D'ailleurs, on pense, que c'était la seule critique crédible qu'on pouvait adresser à leur ancien règlement. Les anciens articles de leur règlement, à savoir l'article 34 de la C.C.I. du règlement du 1998 et l'article 31 de la L.C.I.A. du règlement du 1998, donnaient l'impression que ces centres s'accordaient une protection absolue même en cas de faute lourde ou intentionnelle ou de fraude¹⁰¹⁵.

On pense que cette nouvelle disposition ajoutée est un essai de la part des centres d'arbitrage pour sauver l'efficacité de la clause. Elle révèle l'effort des centres d'arbitrage pour tenter de concilier le respect des dispositions de droit interne et leur besoin de sécurité. La clause sera valable selon les conditions prévues par la loi applicable à la question en cause.

On espère que cette nouvelle disposition aura des conséquences sur la jurisprudence française qui changera, à son tour, sa position par rapport à la question de la validité de la clause d'irresponsabilité prévue par le règlement de la C.C.I ou le règlement de la L.C.I.A., surtout si on prend en considération que, selon le droit positif français, une clause exclusive de responsabilité est en principe valable, sauf en cas d'une faute dolosive (intentionnelle), inexcusable ou lourde.

Ainsi, selon notre proposition relative à la « protection conventionnelle », toutes les fautes et les erreurs de droit commises par le centre lorsqu'il prononce des décisions institutionnelles relevant de leur fonction juridictionnelle n'entraîneront pas l'engagement de sa responsabilité, sauf si, conformément à l'interprétation de

¹⁰¹⁵ Ch. Price, « Liability of Arbitral Institutions in International Arbitration », *op. cit.*, p.187.

l'article 1150 ou l'article 1231-3 du nouveau droit des contrats, la faute s'analyse en faute lourde ou intentionnelle.

Par exemple, dans l'affaire « *Tecnimont* », la Cour d'appel de Paris, juge compétent pour la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales, a annulé une sentence arbitrale rendue sous les auspices de la C.C.I. pour défaut d'indépendance du président du tribunal arbitral dont la demande de récusation a été refusée par la C.C.I.¹⁰¹⁶. A notre avis et conformément à la « protection arbitrale », l'annulation de la sentence arbitrale pour l'erreur commise par la C.C.I. en affirmant la désignation du président du tribunal arbitral ne constitue pas un manquement qui justifie l'engagement de la responsabilité de la C.C.I., sauf si la C.C.I. a commis une faute lourde ou intentionnelle lorsqu'elle a refusé la demande de récusation.

Donc, il nous semble nécessaire de définir ce que signifient les fautes lourdes et intentionnelles ou dolosives qui rendent sans effet la clause exonératoire de responsabilité du centre.

Il convient d'indiquer que le manquement aux obligations à la charge du centre lors de l'exécution de la fonction juridictionnelle, telle que le défaut d'indépendance, de diligence ou l'absence de garantie d'un procès équitable, n'engagerait pas la responsabilité des centres tant que ce manquement ne constitue pas une faute lourde, intentionnelle ou dolosive.

§ 1 : La faute intentionnelle

Il s'agit de la faute volontaire dont l'auteur a délibérément recherché le dommage causé¹⁰¹⁷. Certaines décisions judiciaires se sont nettement engagées dans cette définition en qualifiant de faute intentionnelle le "refus délibéré" du contractant d'exécuter son obligation¹⁰¹⁸. La Cour de cassation considère que « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses*

¹⁰¹⁶ CA Paris, 12 févr. 2009 (Sté Tecnimont), cependant, cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation cf. Cass. Civ. 1^e, 4 nov. 2010 (Sté Tecnimont), n^o 09-12716.

¹⁰¹⁷ J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, « Droit civil : les obligations. Le rapport d'obligation », *op. cit.*, p. 180.

¹⁰¹⁸ e.g. Cass. Com., 19 janv. 1993, *Bull. civ.*, IV, n^o24; Cass. Civ. 3^e, 23 Juill. 1986, *Bull. civ.*, III, n^o129; Cass. Civ. 1^e, 21 oct. 1975, note M. Mazeaud, *D.* 1976.151.

obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »¹⁰¹⁹.

On observe que la Cour de cassation n'a pas distingué la faute intentionnelle de la faute dolosive dans laquelle le débiteur a la volonté de causer de dommage et pas seulement de ne pas exécuter l'obligation.¹⁰²⁰ En effet, la faute intentionnelle, qu'elle soit dolosive ou non, rend la clause d'irresponsabilité caduque. Toutes les deux amènent à la même conséquence, elles affectent la validité de la clause en la réputant non écrite¹⁰²¹. Souvent, les fautes intentionnelles impliquent la fraude ou la faute dolosive. Elles sont des fautes qui justifient à elles seules en plus la nullité de la sentence. Elles constituent davantage un manquement à l'obligation d'impartialité et de bonne foi du centre.

Ainsi, une valable clause exonératoire de la responsabilité des centres d'arbitrage ne permet pas au centre de ne pas exécuter ses obligations. En effet, l'inexécution volontaire est une de faute intentionnelle, de laquelle il résulte, en tant que première conséquence, la caducité de la clause, puis en deuxième conséquence la contrainte à exécuter l'obligation soit en exécution forcée ou en exécution par équivalent. Dire le contraire ne signifie que la clause donne au débiteur le choix d'exécuter ou non son obligation, ce qui n'est pas vrai parce que cela rend l'obligation potestative.

On approuve l'avis qui estime que quand le débiteur refuse délibérément d'exécuter ses obligations, soit avec l'intention de nuire au cocontractant (fraude), soit sans intention de nuire (faute dolosive), il accomplit une faute qui rend la clause sans effet, et par la suite réputée non écrite, sans changer la réalité de l'engagement, et par la suite sans toucher à la validité du contrat¹⁰²².

La clause défectueuse, au contraire de ce que quelques auteurs pensent, ne rend pas le contrat sans cause. Elle devient caduque tout simplement parce qu'elle ne correspond pas aux conditions de validité d'une clause exclusive de

¹⁰¹⁹ Cass. Civ. 1^e, 4 fév. 1969 (Giraud), *Bull. civ.*, I, n° 60; note Mazeaud, *D.* 1969, p. 601; note Prieur, *JCP G*, 1969, II, p. 16030. Cass. Com., 19 janv. 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 24.

¹⁰²⁰ Sur ce point cf. Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », *op. cit.*, n° 1140 et s.

¹⁰²¹ W. Dross, « Clausier », *op. cit.*, p. 252;

¹⁰²² *ibid.*, p. 253

responsabilité prévue par l'article 1150 du Code civil et non pas parce que le contrat est dépourvu de cause. La raison de la caducité réside dans la condition potestative créée par le non-respect des conditions de validité de l'article 1150 du Code civil. Il n'y aurait pas de réel engagement du débiteur en raison d'une telle clause exonératoire de responsabilité puisque le débiteur serait libre d'exécuter ou non le contrat¹⁰²³.

Tout simplement, les clauses exclusives de responsabilité sont valables à condition qu'elles soient stipulées et respectées de bonne foi. Puisque la clause ne joue pas en cas de mauvaise foi, cela revient à dire qu'il n'existe jamais d'exonération totale, jamais de potestativité¹⁰²⁴. Par conséquent, il n'y a ni de lieu ni d'intérêt de faire référence à la cause du contrat pour réclamer l'écart de la clause exclusive de responsabilité¹⁰²⁵.

Les fautes intentionnelles du centre supposent effectivement une violation délibérée des devoirs liés à sa fonction juridictionnelle. Elles révèlent la corruption du centre ou sa connivence, même désintéressée, avec l'une des parties. Ces fautes supposent incontestablement le manquement à l'obligation d'impartialité et de bonne foi du centre. Alors, chaque fois il y a une faute intentionnelle, cela suppose une violation d'indépendance et d'impartialité.

Dans le cas de la commission d'une faute lourde ou intentionnelle, il n'est pas reproché au centre de s'être trompé. Il lui est reproché d'avoir commis intentionnellement une erreur pour favoriser l'une des parties, alors qu'aucun élément de droit ou de fait ne pouvait fonder au moins en apparence la décision institutionnelle erronée. Par conséquent, la protection conventionnelle doit être écartée, et le centre risque, à ce titre, de voir sa responsabilité engagée.

¹⁰²³ *id.*

¹⁰²⁴ Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale », *op. cit.*, p. 274.

¹⁰²⁵ V. *supra*, « Sous-section 3 : La clause exonératoire de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat », p. 425

§ 2 : La faute lourde

C'est une faute d'une gravité exceptionnelle ; d'une gravité telle qu'on dirait que son auteur l'a fait exprès ; mais, précisément, cet élément intentionnel ne peut pas être établi. La Cour de cassation a défini la faute lourde comme une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et démontrant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée¹⁰²⁶.

L'appréciation se fait *in abstracto* : il convient de comparer le comportement du débiteur avec celui qu'aurait adopté une personne dotée de la compétence et des moyens nécessaires à l'exécution de l'obligation ; appréciation *in concreto* de la référence au "bon père de famille".

Ce mode d'appréciation n'exclut cependant pas toute nuance : le modèle de comparaison peut changer selon que le débiteur est un profane ou professionnel, les aptitudes attendues de celui-ci étant plus grandes que celles de celui-là¹⁰²⁷. Ici, c'est un autre endroit dans notre recherche où on constate comment la clause exclusive de responsabilité et l'obligation de moyen se croisent.

Souvent on estime que la faute lourde est commise lorsque le débiteur n'a pas un comportement correspondant au *minimum* de ce que l'on est en droit d'attendre, sa faute qualifiée de lourde, sera sanctionnée par l'obligation de réparer l'entier dommage, direct et certain, subi par un cocontractant que l'on peut bien alors à juste titre qualifier de "victime"¹⁰²⁸. Alors, le manquement à la prudence minimale de la part du centre, lorsqu'il prononce les décisions institutionnelles, constitue une faute lourde, qui rend la clause exonératoire de responsabilité

¹⁰²⁶ Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005 (deux arrêts), *Bull. Ch. mixte*, n^{os} 3 et 4 ; note Tosi, *D.* 2005.1864 ; note Loiseau, *JCP* 2005, II, p. 10066 ; avis de Gouttes, *RDC*, 2005, p. 651 ; note D. Mazeaud, *RDC*, 2005, p. 673 ; note Dlebecque, *RDC*, 2005, p. 753. Cass. Com., 19 nov. 1996, *Bull. civ.*, IV, n^o 280. Cass. Com., 31 janv. 1995, *Bull. civ.*, IV, n^o 32.

¹⁰²⁷ Pours des illustrations récentes : pas de faute du transporteur non prévu du caractère sensible du chargement et qui fait stationner le camion, sous la garde du chauffeur, sur le parking éclairé d'un restaurant (Cass. Com., 9 dec. 2008, *Bull. civ.*, IV, n^o 304, obs. Carval, *RDC*, 2009/3, p. 1044) ; faute du transporteur rapide livrant un pli à une mauvaise adresse (Cass. Com., 10 mars 2009, *Bull. civ.*, IV, n^o 38, *RDC* 2009 ; obs. Stoffel-Munck, *JCP*, 2009, n^o 38, 248, n^o 12) ; absence de faute lourde du bailleur qui n'avertit pas un locataire de la suppression de la surveillance des lieux loués, alors que le bail indiquait que le locataire ferait son affaire personnelle de la garde de ces locaux (Cass. Civ. 3^e, 21 janv. 2009, *Bull. civ.*, III, n^o 13).

¹⁰²⁸ A. Sériaux, « Droit des obligations », éd. PUF, 1992, n^o 64. Cf. aussi : I. Souleau, « La prévisibilité du dommage contractuel. Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil français », Thèse Paris II, 1979, spéc. n^o 516 et s.

inefficace et par conséquent le centre est tenu de réparer l'entier dommage, direct et certain, subi par l'une des parties à l'arbitrage.

Pour vérifier si une faute lourde a été accomplie ou non, le juge de droit commun doit s'interroger sur le bien ou le mal jugé du centre. Dès lors, une erreur de jugement assimilée à une faute lourde traduisant soit l'inaptitude du centre à remplir sa mission, soit une négligence ou une légèreté particulièrement blâmable dans l'exercice de celle-ci devrait engager sa responsabilité.

C'est la jurisprudence qui montre les conditions dans lesquelles une faute commise par le centre, lors de l'exécution de sa fonction juridictionnelle, est qualifiée de lourde ou intentionnelle. Une faute lourde signifie le manquement caractérisé à l'obligation de diligence, cela implique souvent la méconnaissance flagrante du dossier lorsque le centre rend des décisions institutionnelles. Cette méconnaissance constitue une faute lourde qui aboutira à écarter la clause exonératoire de responsabilité.

La négligence du principe "l'immunité étatique" a été qualifiée par la jurisprudence égyptienne de faute lourde. Dans l'affaire « *Westland* », la juridiction égyptienne a considéré comme faute lourde la décision institutionnelle de la C.C.I, confirmant l'opposabilité de la convention d'arbitrage au gouvernement égyptien. Elle a considéré que la C.C.I avait commis une faute lourde inexcusable lorsqu'elle a impliqué le gouvernement égyptien dans l'arbitrage au contraire du principe "l'immunité étatique" bien reconnu. Le manque caractérisé de diligence a été considéré comme une méconnaissance flagrante du dossier, ce qui était le fondement juridique de l'engagement de la responsabilité de la C.C.I¹⁰²⁹.

Il convient de souligner que la raison de l'engagement n'était pas à cause de la décision institutionnelle défectueuse. Il l'était plutôt en raison du manquement au principe bien reconnu "l'immunité étatique" qui révèle un *manque de diligence et de prudence*. D'ailleurs, dans une telle situation, la responsabilité de la C.C.I. est engagée bien qu'une clause exclusive de responsabilité parce que la clause est réputée non écrite compte tenu de la faute lourde commise par la C.C.I.

¹⁰²⁹ Y. Derains E. Schawrtz, « Guide to the ICC rules of arbitration », *op. cit.*, p. 383

En revanche, dans d'autres situations, une décision institutionnelle similaire, également défectueuse, n'engagerait pas la responsabilité du centre. Par exemple, la décision de la C.C.I, dans l'affaire « ABC », prononçant l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'égard de quatre sociétés, ne serait pas qualifiée de lourde parce qu'elle ne montre pas que la CCI a manqué à son obligation de comportement.

La C.C.I n'a pas violé une règle de droit évidente qui révèle un manquement à l'obligation de prudence et diligence constituant une faute lourde. Elle n'a pas non plus créé un trouble manifestement illicite qui révèle un manquement à l'obligation d'indépendance constituant une faute intentionnelle.

Ici, il peut y avoir une erreur de droit. Il y a une possibilité que la décision institutionnelle refusant d'impliquer les quatre sociétés par l'arbitrage soit mal-fondée. Néanmoins, malgré la faute de la C.C.I. et le dommage subi en raison de la décision défectueuse, celle-ci ne justifie pas la mise en cause de la responsabilité de la C.C.I tant que ce dernier n'a pas manqué à une obligation de comportement qui constitue une faute lourde ou grave.

La décision de la C.C.I n'a pas porté une atteinte flagrante à une règle ou un principe général de droit. La C.C.I estimait que la société ABC n'a apporté aucun élément permettant d'établir *prima facie* que la clause d'arbitrage de l'ensemble contractuel qu'elle invoquait lors de sa requête d'arbitrage, pouvait être étendue ou opposée à ces quatre sociétés¹⁰³⁰.

Ajoutons que même si l'une des juridictions compétentes au fond décidait que l'extension de la clause est justifiée, en raison de l'existence de cessions intervenues dans le cadre de chaînes de contrats, la décision institutionnelle de la C.C.I infirmée ne peut pas être qualifiée de faute lourde vu que la question d'étendre la clause compromissoire implique des éléments de fait et de droit qui sont soumis à l'appréciation discrétionnaire du centre, exactement comme l'infirmer de la décision du juge de premier degré par la juridiction de deuxième degré. Le fait d'infirmer la décision n'est pas une preuve en elle-même, que le juge du premier degré a commis une faute lourde. Cela dépend du degré de la gravité de la faute.

¹⁰³⁰ CA Paris, 27 oct. 2011 (Sté ABC), *op. cit.*

La C.C.I ne doit pas donc voir sa responsabilité engagée, même en cas d'infirmité ultérieurement de la décision institutionnelle par l'une des juridictions compétentes au fond dont relèvent les sièges des sociétés concernées, en vertu de la clause exonératoire de responsabilité prévue par son règlement.

Intervenue dans un domaine où le centre a une activité à caractère juridictionnel, cela justifie la première composante de notre proposition, à savoir la licéité des clauses exonératoires de responsabilité, elle impose la deuxième composante, à savoir la motivation des décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. Dans la mesure où l'exercice d'une fonction juridictionnelle confère aux centres le privilège d'une protection juridictionnelle, il leur impose l'obligation de motiver leurs décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel.

Section 2 : La motivation des décisions institutionnelles

Nous estimons que les décisions institutionnelles, comme celles statuant sur la récusation de l'arbitre, doivent être motivées étant donné de leur caractère juridictionnel. L'obligation d'assurer une procédure équitable mise à la charge de centre d'arbitrage lorsqu'il statue sur une demande de récusation d'un arbitre, ou procède à l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage ou du projet de la sentence, impose qu'il vérifie le bien-fondé des allégations des parties. Comme l'écrit un auteur :

« L'article 1135 du Code civil énonce que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature". La suite nécessaire de l'obligation de vérifier de manière neutre et objective l'indépendance des arbitres est l'obligation de donner les motifs de la décision portant sur cette vérification »¹⁰³¹.

La motivation est alors la condition nécessaire de la réalité de la vérification des prétentions des parties. La motivation est effectivement, comme on l'a observé, *« l'instrument de la vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie »¹⁰³²*. A notre avis, l'obligation de motiver ces décisions est la conséquence directe et nécessaire de l'exercice d'une fonction juridictionnelle et de la protection qui est conférée à cette occasion. La non motivation des décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel peut faire craindre l'arbitraire.

Il ne peut être contesté que les centres d'arbitrage sont tenus de motiver leurs décisions institutionnelles, bien que dans leur majorité les règlements d'arbitrage ne l'imposent pas. Néanmoins, ce silence des règlements des centres d'arbitrage sur la motivation des décisions institutionnelles n'est plus la règle commune. Comme on

¹⁰³¹ E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 30.

¹⁰³² Revet, *RTD Civ.*, 2004, p. 579 cité par E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *op. cit.*, n° 30.

l'a indiqué précédemment la L.C.I.A. dans son nouveau règlement du 2014 prévoit explicitement la motivation des décisions institutionnelles sur les demandes de récusation¹⁰³³. Après que la L.C.I.A. ait changé sa position, on pense que les autres centres ne vont pas tarder pour la rejoindre.

La motivation des décisions institutionnelles est, à notre avis, directement liée à la protection conventionnelle sollicitée par les centres d'arbitrage parce que la motivation des décisions facilite beaucoup plus l'acceptation de la clause exonératoire de responsabilité. Il serait plus aisé de mettre en œuvre l'exclusion de responsabilité de l'article 40 du Règlement de la C.C.I, si les décisions institutionnelles de la C.C.I. étaient motivées. La juridiction saisie d'une action en responsabilité pourrait ainsi mieux apprécier, d'une part, la nature de la faute alléguée (lourde, inexcusable, intentionnelle, dolosive), et d'autre part, les effets d'une clause de limitation de responsabilité à son égard.

Il faut souligner que cette exigence de motivation ne doit pas impliquer les décisions institutionnelles ayant une nature purement administrative. En effet, les décisions de pure gestion ne sont pas motivées, car elles n'affectent en aucune façon ni la solution du litige ni la réputation des arbitres, alors que les décisions ayant le caractère juridictionnel les affectent assurément.

À titre d'exemple, les décisions prononçant la prorogation du délai de l'arbitrage ne doivent pas être motivées. Dans l'affaire « SNF » la Cour d'appel a reconnu que « *la Cour peut sur demande motivée du tribunal arbitral ou d'office, prolonger le délai de six mois si elle l'estime nécessaire* ».

Bien entendu, le centre d'arbitrage devrait « *...veiller scrupuleusement à n'accorder que des prorogations impérativement nécessaires et non des prorogations de convenance* »¹⁰³⁴. Nonobstant, ce constat ne devrait pas conduire à conclure que le centre d'arbitrage est tenu de motiver ses décisions de prorogation.

En premier lieu, celles-ci ne comportent pas de caractère juridictionnel, comme on l'a vu précédemment, elles n'impliquent pas la solution d'un litige et elles ne correspondent pas, davantage, aux critères des actes juridictionnels. En second lieu, elles sont prises au cas par cas et essentiellement fondées sur des considérations d'opportunité très diverses.

¹⁰³³ Règlement de la L.C.I.A., Art. 29.1 et 10.6.

¹⁰³⁴ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 231.

En effet, la prorogation peut être objectivement justifiée par le déroulement de la procédure. Elle peut l'être aussi parce que son refus aurait des conséquences plus graves pour les parties que son octroi. Quand un arbitre est en retard dans la rédaction de sa sentence, que ce retard soit justifié ou non, lui refuser un report de délai pour réaliser sa mission risque d'anéantir plusieurs années de procédure. Ce n'est pas l'intérêt des parties. Sur ce point on peut admettre la position qui estime que l'absence de motivation confère une flexibilité dont les mérites ne sont pas négligeables¹⁰³⁵.

En revanche, les autres décisions ayant le caractère juridictionnel, tel que celles relatives à l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage qui ont une incidence sur la solution du litige, gagneraient à être motivées. Il en va de même pour les décisions sur la récusation des arbitres qui peut affecter l'honneur des arbitres ainsi que le sort de la sentence arbitrale. Une motivation favoriserait les conditions d'application d'une clause de limitation de responsabilité, peut-être moins large que l'article 40, dont on a peine à croire que la jurisprudence française la considérera toujours non écrite¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵ Cass. Civ. 1e, 20 févr. 2001 (Sté Cubic), sous note Th. Clay, *op. cit.*, p. 522

¹⁰³⁶ Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *op. cit.* p. 231.

Conclusion du Chapitre 2

Conforté quant à la nature juridictionnelle de certaines décisions des centres et défendant la licéité de la clause exonératoire de responsabilité, nous ne voyons aucune raison qui empêche de limiter la responsabilité des centres d'arbitrage. La protection exposée dans ce chapitre vise à limiter la mise en œuvre systématique de la responsabilité des centres d'arbitrage en raison de leur fonction juridictionnelle. Cette protection n'aboutirait pas nécessairement à maintenir une décision institutionnelle défectueuse elle pourra être rectifiée postérieurement par la juridiction étatique lors du recours en annulation contre la sentence arbitrale. Cette limitation de responsabilité évite d'engager la responsabilité des centres d'arbitrage pour une **erreur de droit** commise par les centres lorsqu'ils prononcent une décision institutionnelle ayant le caractère juridictionnel, comme en matière de récusation.

Du surcroît, on a suffisamment démontré dans ce chapitre la licéité de la clause exclusive de responsabilité des centres d'arbitrage puisqu'elle ne s'oppose pas à l'obligation essentielle des centres, qui est de diriger l'instance arbitrale et de rendre, dans cette perspective, des décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. On a constaté aussi que la clause exclusive de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat et que leur validité est reconnue en droit positif français depuis longtemps.

Néanmoins, le privilège conféré aux centres d'arbitrage en limitant leur responsabilité impose en contrepartie une nouvelle obligation à leur charge, celle de motiver les décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel. L'obligation de motiver ces décisions est la conséquence directe et nécessaire de l'exercice d'une fonction juridictionnelle et de la protection conférée aux centres d'arbitrage à cette occasion.

Conclusion du Titre II

Dans ce Titre, on a constaté la possibilité de mise en œuvre de la responsabilité des centres d'arbitrage pour leur fonction administrative. Davantage, on a montré comment les exigences de la mise en œuvre de la responsabilité des centres d'arbitrage varient en fonction de la nature d'obligation prétendument manquée, s'agit-elle d'une obligation de moyens ou de résultat.

Du surcroît, on a montré comment les centres d'arbitrage peuvent limiter leur responsabilité pour bien accomplir leur fonction juridictionnelle. On a démontré que cette protection est mise en œuvre en stipulant une clause exclusive de responsabilité. Également, on a justifié la nécessité de motiver les décisions institutionnelles des centres si elles ont une nature juridictionnelle.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans cette partie on a constaté l'insuffisance des régimes actuels de responsabilité des centres d'arbitrage. Le régime de la responsabilité civile est insuffisant parce qu'il ignore le fait que les centres d'arbitrage exécutent une fonction juridictionnelle, et par conséquent, la mise en œuvre systématique de la responsabilité des centres s'oppose aux exigences de la fonction juridictionnelle. Le régime d'immunité civile, applicable aux États-Unis, est inadapté parce qu'il ignore le fait que les centres d'arbitrage exercent une fonction administrative, et ainsi les décisions administratives des centres d'arbitrage ne peuvent pas être mises en cause, ce qui s'oppose aux exigences de justice. Le régime d'immunité civile, applicable en Angleterre, est insuffisant parce que la protection ne concerne que les décisions de récusation, et par conséquent, ignore les autres aspects de la fonction juridictionnelle. Également, le régime d'immunité fondé sur le statut des personnes de droit international public est effectivement non pertinent puisqu'il permet de protéger seulement certains centres d'arbitrage alors que tous les centres exécutent bien les mêmes fonctions.

Après avoir constaté cette insuffisance, on a proposé un régime de responsabilité dualiste qui provient de la dualité des fonctions des centres d'arbitrage, distinguant leur fonction administrative et leur fonction juridictionnelle. D'après ce régime on prévoit l'engagement de la responsabilité contractuelle des centres d'arbitrage pour d'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations relatives à la fonction administrative. En revanche en ce qui concerne la fonction juridictionnelle, on prévoit une sorte de protection conventionnelle en limitant la responsabilité des centres d'arbitrage. Cette protection est mise en œuvre à travers d'une clause exclusive de responsabilité pour les décisions institutionnelles ayant le caractère juridictionnel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'objet de notre étude est de trouver un régime de responsabilité homogène et plus pertinent à l'égard des fonctions exercées par les centres d'arbitrage. Notre étude ne vise pas seulement à souligner les conséquences défavorables nées de la diversité des régimes de responsabilité, à savoir la responsabilité civile et l'immunité civile, mais elle vise également à éviter les conséquences désastreuses qui résultent de cette diversité des régimes de responsabilité applicable aux centres. A l'incertitude juridique résultant de l'absence d'un régime homogène, s'ajoute le risque de déplacement des centres d'arbitrage, l'absence d'un régime homogène de responsabilité faussant la concurrence aigüe existant entre les lieux d'arbitrage et les centres d'arbitrage.

La nature internationale des centres d'arbitrage rend l'idée de se déplacer vers un État plus accueillant -comme les Etats-Unis- plus envisageable, notamment si on estime que la présence actuelle de certains centres dans un État tient de l'anachronisme¹⁰³⁷. Tout cela peut représenter certainement une perte économique.

Cette inquiétude devient plus vraisemblable surtout après la décision des juridictions américaines, dans l'affaire « *GGM* », énonçant l'immunité de la C.C.I contre les poursuites judiciaires relevant de sa mission arbitrale. Bien que le domicile de la C.C.I, défendeur en l'espèce, soit à Paris, la juridiction américaine s'est reconnue compétente pour recevoir une action à l'encontre de la C.C.I en se référant à ses propres règles conflictuelles. L'existence d'une telle atmosphère juridique, très attirante pour les centres, peut les inciter encore à se délocaliser.

La diversité des régimes applicables aux centres, entre une immunité absolue et mise en cause systématiquement de la responsabilité, conduirait assurément les centres à s'implanter dans des pays où les systèmes juridiques mettent en œuvre de leur responsabilité de façon plus restreinte¹⁰³⁸. Cette diversité donne lieu à un choix ou un comportement critiquable de la part des centres choisissant de s'implanter dans les pays où ils sont surprotégés.

Au pire des cas, si cette pluralité des régimes de responsabilité n'aboutit pas à la délocalisation des centres d'arbitrage vers les pays où ils sont mieux protégés, ces centres peuvent recourir à d'autres moyens plus pratiques et plus économiques.

¹⁰³⁷ Sur ce point cf. CA Paris, 22 janv. 2009 (Sté SNF), note Th. Clay, *op. cit.*, p. 627.

Les centres d'arbitrage peuvent stipuler dans leur règlement soit une clause attributive de juridiction dont la règle matérielle leur offre l'immunité civile, soit une clause élective en faveur d'une loi dont les dispositions prévoient l'immunité. C'est une solution alternative pour assurer leur protection et échapper aux systèmes juridiques dont les lois engagent leur responsabilité. Pourtant, cette possibilité ne représente pas la solution idéale parce que le régime d'immunité lui-même nous paraît devoir être rejeté pour des raisons précédemment citées, à savoir l'insécurité juridique des parties à l'arbitrage en cas de faute administrative commise par le centre.

Donc, à la place de ces solutions sources d'instabilité et d'incertitude, il vaudrait mieux mettre en place un régime unique de responsabilité qui corresponde bien aux fonctions des centres d'arbitrage. Un régime homogène selon lequel la responsabilité des centres ne doit être engagée qu'à propos de la fonction administrative. Ce régime homogène doit comporter les avantages de chaque régime sans inclure leurs défauts. En ce sens, on souscrit entièrement à l'opinion disant que « *there should be a specific standard that recognizes common law and civil law [...] principles and blends them to harmonize international private law* »¹⁰³⁹.

En ce sens notre étude propose la mise en œuvre d'un régime de responsabilité applicable à la fonction administrative des centres, et un régime de responsabilité limitée applicable à la fonction juridictionnelle des centres d'arbitrage. En effet, malgré l'origine contractuelle de la responsabilité des centres d'arbitrage, les fonctions que les centres exécutent lors de la procédure arbitrale modifient effectivement l'étendue de la responsabilité contractuelle. Il est bien reconnu que l'étendue de la responsabilité varie en fonction de la nature de la fonction en cause. Bien qu'un magistrat soit un fonctionnaire public, il n'est pas soumis au même régime de responsabilité applicable aux autres fonctionnaires publics de l'État. Les exigences de son activité et sa fonction le justifient.

Par ailleurs, la responsabilité, bien que d'origine contractuelle, pour une personne qui exerce une fonction juridictionnelle n'est pas la même que celle d'une personne qui exerce une fonction purement administrative. À titre d'exemple,

¹⁰³⁸ TGI Nanterre, 1^{re} ch., 1^{er} juill. 2010 (Sté FFM), note Caroline Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *op. cit.*, p. 16.

l'arbitre, qui exécute certainement une fonction juridictionnelle, ne risque pas de voir sa responsabilité engagée¹⁰⁴⁰ de la même façon que le secrétaire arbitral¹⁰⁴¹ qui est, au contraire, un prestataire de services non juridictionnels, qui risque de voir sa responsabilité engagée pour tout manquement, étant donnée la nature administrative de sa fonction. Les exigences de la fonction juridictionnelle, née du contrat d'arbitre, rendent l'immunité de l'arbitre plus tolérable et plus acceptable dans plusieurs systèmes juridiques.

Par une analogie parfaitement transposable aux centres d'arbitrage, on pense qu'il vaut mieux soumettre les centres d'arbitrage à deux régimes de responsabilité conformément à leurs fonctions duales. Il faut les soumettre à un régime de responsabilité dans lequel le centre risque de voir sa responsabilité engagée pour le moindre manquement aux exigences de la fonction administrative. Néanmoins, ce régime ne doit pas permettre d'engager la responsabilité sur un éventuel mal jugé dans les décisions institutionnelles prononcées lors l'exécution de sa fonction juridictionnelle.

La limitation de la responsabilité est une exigence indispensable pour les personnes participant à la résolution du litige. Il faut éviter de les soumettre aux influences injustifiées émanant de litigants mécontents de la sentence arbitrale¹⁰⁴². Sans cette protection, les centres d'arbitrage seront exposés aux actions dilatoires, injustifiées et détournées, ce qui porte atteinte à l'indépendance nécessaire pour réaliser la fonction juridictionnelle. Les centres doivent être protégés contre ces menaces.

D'après notre étude sur la dualité des fonctions des centres, on est suffisamment capable de distinguer les fautes commises lors de l'exécution de la fonction juridictionnelle de celles commises lors de l'exécution de la fonction administrative. La distinction est importante, car d'après la fonction en cause, le régime de responsabilité applicable est différent. S'il s'agit d'un manquement aux mesures organisatrices ou aux tâches de pure gestion, lorsque le centre exerce sa

¹⁰³⁹ En ce sens cf. S.-D. Franck, « The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity », *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁴⁰ Sur la question de la responsabilité d'arbitre cf. Th. Clay, « L'arbitre », *op. cit.* ; J.-Y. Sorrente, « La responsabilité de L'arbitre », *op. cit.* ; L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », *op. cit.*

¹⁰⁴¹ *ibid.*, p. 349.

¹⁰⁴² M.-W. Bühler, T.-H. Webster, « Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Précédent, Materials », *op. cit.*, p.485.

fonction administrative, la responsabilité du centre, contractuelle ou délictuelle selon le cas, doit être mise en cause d'après les règles de responsabilité du droit commun¹⁰⁴³. En revanche, s'il s'agit d'un mal-jugé commis lorsque le centre exerçait sa fonction juridictionnelle, la mise en cause de la responsabilité du centre doit être bloquée par la protection conventionnelle, à savoir la stipulation d'une clause exclusive de responsabilité, tant que la faute reprochée au centre n'est pas considérée comme une faute lourde, intentionnelle ou dolosive.

À notre avis, la clause exclusive de responsabilité est le meilleur moyen pour offrir aux centres la protection exigée par la fonction juridictionnelle vu que la clause diminue les actions injustifiées portées par la partie mécontente par la sentence arbitrale à l'encontre du centre afin de compenser une quelconque perte qu'elle a subie pendant l'arbitrage. La reconnaissance de la clause exclusive de responsabilité augmenterait l'indépendance des centres, ce qui renforce, au final, encore la crédibilité des décisions prises par le centre. Ce qui augmente assurément la sécurité juridique des centres, ce qui est directement proportionnel avec leur indépendance.

Une clause exonératoire de la responsabilité des centres présente la protection idéale tant qu'elle définit clairement ses sujets, sa portée et ses conditions de validité. Elle doit englober, alors, le centre d'arbitrage, l'organe du contrôle, le président de l'organe du contrôle, son secrétariat et son personnel. Également elle doit couvrir les comités nationaux ou les groupements rattachés au centre et leurs employés et représentants, par exemple les comités nationaux de la C.C.I¹⁰⁴⁴.

Il faut, aussi, que la clause détermine clairement la portée de son application. Il faut bien indiquer que la clause ne se rapporte qu'aux fonctions juridictionnelles. Cela étant dit, on pense qu'il n'y aura aucune hésitation à réputer la clause non écrite pour les manquements commis lors de l'exercice de la fonction administrative. Ainsi, il n'y aura pas lieu de parler d'une protection exagérée.

¹⁰⁴³ Il convient d'indiquer que le système dualiste de responsabilité proposé dans notre étude est bien inspiré par l'étude du professeur E. Loquin : La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre, n° 8, 24 Février 2014. On propose de poursuivre les mêmes méthode et raisonnements juridiques avec quelques modifications pour qu'elle s'adapte avec la mission des centres.

¹⁰⁴⁴ M.-W. Bühler, T.-H. Webster, « Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedent, Materials », *op. cit.*, p.483. ; Ch. Hausmaninger « Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform », *op. cit.*, p. 41-42.

De plus, il faut que la clause comporte, en soi même, les conditions de sa validité. Il sera, alors, recommandé de préciser dans la clause que la protection prévue sera caduque en cas de fraude ou de faute intentionnelle. Sinon, il faut au moins indiquer dans la clause que la protection prévue par la clause sera applicable selon les mesures prévues par la loi applicable au litige comme ce qui est prévu à l'article 40 du règlement de la C.C.I.

Il convient de souligner, au final, que cette protection ne conduise pas à l'immunité pour toutes décisions les décisions ni à garder une décision défectueuse qui pourrait être jugée injuste. En effet, les voies de recours exercées contre la sentence permettent, selon l'article 1520 du CPC, de rectifier toute anomalie dans la sentence dont l'origine de défaut était commise par les décisions des centres¹⁰⁴⁵.

Les décisions intentionnelles ayant le caractère juridictionnel sont soumises indirectement au contrôle postérieur du juge étatique. En effet, les voies de recours contre la sentence arbitrale permettent aux litigants d'attaquer la décision institutionnelle devant le juge du contrôle pour rectifier le défaut qui a prétendument entaché la sentence arbitrale sans engager la responsabilité du centre d'arbitrage. À l'instar du recours en appel qui permet d'attaquer le jugement de la première instance sans engager la personne dont la décision est jugée mal-fondée. C'est ce qu'on cherche exactement par la proposition relative à la « protection conventionnelle ».

Donc, les décisions impliquant la confirmation de la désignation et les demandes de récusation sont contrôlées lorsque le juge étatique vérifie que le tribunal arbitral a été régulièrement constitué. De même, la décision sur la validité *prima facie* de la clause compromissoire est vérifiée en deux occasions. La première occasion est effectuée par le tribunal arbitral lorsqu'il statue sur sa propre compétence (principe «*compétence de compétence*»). La deuxième occasion se présente devant la juridiction étatique lorsqu'elle vérifie si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. Également, la décision accordant l'approbation du projet de sentence est bien révisée par le juge étatique lorsqu'il est saisi d'une voie de recours pour contrôler la validité de la sentence et sa conformité à l'ordre public.

En général, il faut continuer à améliorer l'efficacité de l'institution d'arbitrage et la mise en œuvre d'un système cohérent de la responsabilité des acteurs d'arbitrage, en particulier la responsabilité des centres d'arbitrage et des arbitres, contribue sans équivoque à achever l'efficacité souhaitable.

¹⁰⁴⁵ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *op. cit.*; A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal., op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, traités et ouvrages généraux

- J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, « Droit civil : les obligations. Le rapport d'obligation », vol. 3, 8^{ème} éd., *Sirey*, 2013.
- J.-L. Aubert, J. Flour, et E. Savaux, « Droit civil. Les obligations. Acte juridique », t. 1, 16^{ème} éd., *Sirey*, 2014.
- B. Audit, L. Davout, « Droit international privé », 6^{ème} éd., *Economica*, 2010.
- H. Batffol et P. Lagarde, « Droit international privé », t. I, 8^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 1993.
- H. Battifol et P. Lagarde, « Droit international privé », t. II, 7^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 1983.
- G. Born, « International Arbitration: Cases and Materials », *Kluwer Law International*, 2^{ème} éd., 2015.
- G. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, 2^{ème} éd., 2014.
- P. Bourel, Y. Loussouran, P. de Versaille-Sommières, « Droit international privé », 10^{ème} éd., *Dalloz*, 2013.
- S. Bros, Ch. Larroumet (dir.), « Traité de droit civil : les obligations, le contrat », t. 3, 7^{ème} éd., *Economica*, 2014.
- M. de Boissésou, « Le droit français de l'arbitrage », 2^{ème} éd., *GLN éd. Joly*, 1990.
- P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, « Droit international public », 11^{ème} éd., *Dalloz*, 2012.
- D. Fenouillet, Ph. Malinvaud, M. Mekki, « Droit des obligations », 13^{ème} éd., *Lexisnexis*, 2014.
- D. Fenouillet, F. Terré, « Droit civil : Les personnes », 8^{ème} éd., *Dalloz*, 2012.
- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « Traité de l'arbitrage commercial international », éd. *Litec*, 1996.
- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Arbitration*, 1999.
- G. Goubeaux, P. Voirin « Droit Civil », 34^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2013.
- S. Guinchard, J. Vincent, « Procédure civile », 20^{ème} éd., *Dalloz*, 1981.
- V. Heuzé, P. Mayer « Droit international privé », 8^{ème} éd., *Montchrestien*, 2005.
- J.-M. Hunter, A. Redfern « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », M. Smith (coll.) et E. Robine (trad.), 2^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 1994.
- J.-M. Hunter, A. Redfern et al., « Redfern and Hunter on International Arbitration », *Oxford University Press*, 2009
- R. Japiot « Traité élémentaire de procédure civile », 3^{ème} éd., *A. Rousseau*, 1935.
- Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation », 10^{ème} éd., *Dalloz*, 2014.
- Y. Lequette, Ph. Simler, F. Terré, « Droit civil : Les obligations », 11^{ème} éd., *Dalloz*, 2014.

- P. Lerebourg-Pigonnière et Y. Loussouarn, « Droit international privé », 9^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 1970.
- E. Loquin, « L'arbitrage du commerce international », *JOLY éd. Lextenso*, 2015.
- J. Robert, B. Moreau (coll.), « L'arbitrage : droit interne, droit international privé », 6^{ème} éd., *Dalloz*, 1993.
- J. Robert, « L'arbitrage », 6^{ème} éd., *Dalloz*, 1993.
- D. Ruzié, G. Teboul « Droit International public », 20^{ème} éd., *Dalloz*, 2010.

II. Thèses et ouvrages spéciaux

- L. Aynès, P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, « Droit civil. Les contrats spéciaux », 7^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2014
- L. Aynès, Ph. Malaurie, « Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs », 7^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2014.
- A. Batteur, « Droit des personnes, des familles et des majeures protégés », 7^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2013.
- J. Bellisent, « Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *L.G.D.J.*, 2001, préface de R. Cabrillac.
- Bénabent, « Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux », 10^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2013.
- M.-W. Buhler, « L'éthique des centres d'arbitrage : l'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce international (C.C.I) » in *L'éthique dans l'arbitrage*, (dir.) G. Keutgen, *Bruylant*, 2012.
- M.-W. Bühler, T.-H. Webster, « Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedent, Materials », 2^{ème} éd., *Sweet & Maxwell*, London, 2008.
- L. Cadiet, E. Jeuland, « Droit judiciaire privé », manuel, 6^{ème} éd., *Litec*, 2009.
- J. Charpentier, « Institutions internationales », 17^{ème} éd., *Dalloz*, 2009.
- P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui » in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, (dir.) Th. Clay, *Lextenso*, 2011.
- A. Chong, J. Hill « International Commercial Disputes », commercial conflicts of Laws in English courts, 4^{ème} éd., *HART*, 2010.
- Th. Clay, « L'arbitre », Nouvelle bibliothèque de thèses, *Dalloz*, 2001.
- W.-L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, « International Chamber of Commerce Arbitration », 3^{ème} éd., *Oceana Publications*, 2000.
- S. Crépin, « Les sentences arbitrales devant le juge français », *L.G.D.J.*, 1995.
- R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », *Economica*, 1982
- Y. Derains E. Schawrtz, « Guide to the ICC rules of arbitration », 2^{ème} éd., *Kluwer Law International*, 2005.
- W. Dross, « Clausier », 2^{ème} éd., *Litec*, 2011.
- J.-P. Farges, « Étude comparée des règlements des chambres arbitrales », Thèse Paris I, (dir.) Y. Guyon, 1994.

- Ph. Fouchard « L'arbitrage commercial international », Thèse, (dir.) B. Goldman, *Dalloz*, coll. Bibliothèque de droit international privé, vol.2, 1965.
- D. Grillet-Ponton, « Essai sur le contrat innommé », Thèse Lyon II, (dir.) F. Terré, 1982.
- R. Guillien, « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in Mélanges offerts à J. Vincent, *Dalloz*, 1981.
- M. Henry, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *L.G.D.J.*, 2001.
- M. Holtzmann, E. Neuhaus, « A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, 1995.
- Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *L.G.D.J.*, 1987.
- Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélanges offerts à P. Raynaud, *Dalloz Sirey*, 1985
- P. Jolidon « Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage », *Stämpfli*, 1984.
- P. Jourdain, G. Viney « Les conditions de la responsabilité », 3^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2006
- A. Kassis , « Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international : Les déviations de l'arbitrage institutionnel », *L.G.D.J.*, 1988
- A. Kassis, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *L'Harmattan*, 2006, préface de P. Lagarde.
- A. Kassis, « Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international », *L.G.D.J.*, 1987.
- M. Elkhoury, « Le contrat d'organisation d'arbitrage », Thèse Aix-Marseille, (dir.) G. Blanc et G. Naffah, 2014.
- P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges offerts à Gérard Lyon-Caen, *Dalloz*, 1989, p. 83
- D. Le Ninivin, « La juridiction gracieuse dans le NCPC », *Litec*, 1984.
- Legros, « L'arbitrage et les opérations à trois personnes », Thèse, Rouen, 1999.
- J.-M.D. Lew, « Introduction, in the immunity of arbitrators », *Lloyd's of London Press (LLP)*, 1990.
- R. Merle, « Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif », Thèse Toulouse, 1948.
- H. Motulsky, « Écrits », études et notes sur l'arbitrage, *Dalloz*, 2010, Préface de C. Reymond.
- J.-M. Moulin, « Droit des sociétés et des groupes », *Gualino*, 2013.
- Y. Muller, « Le contrat judiciaire en droit privé », Thèse Paris 1, (dir.) G. Viney, 1995.
- M.-L. Niboyet, G. Pradelle, « Droit international privé », 3^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2011
- H.-J. Nougein, et al. « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », éd. *Litec*, 2004.
- F. Osman « Les principes généraux de la Lex Mercatoria : Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational », *L.G.D.J.*, 1992, préface de E. Loquin.

- K. Pizarro Bomfim, « La mission des institutions d'arbitrage », Thèse Aix-Marseille, (dir.) L. Weiller, 2012.
- Ch. Price, « Liability of Arbitral Institutions in International Arbitration », *The practice of arbitration: Essays in honour of Hans van Houtte*, *Hart publishing*, 2012.
- L. Rennò, « La responsabilité des acteurs d'arbitrage », Thèse St Quentin en Yvelins, (dir.) Th. Clay, 2010.
- J. Rubellin-Devichi, « L'arbitrage, nature juridique », *L.G.D.J.*, 1965.
- Sériaux, « Droit des obligations », éd. *PUF*, 1992.
- J.-Y. Sorrente, « La responsabilité de l'arbitre », Thèse Lyon III, (dir.) Y. Reinhard, 2007.
- I. Souleau, « La prévisibilité du dommage contractuel. Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil français », Thèse Paris II, 1979.
- D. Tomasin, « Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile », *LGDI*, 1975, préface de P. Hébraud.

III. Articles, études et monographies

A.

- B. Audit « Arbitration and the Brussels Convention », *Arbitration International*, vol. 9, issue 1, 1993, p.1-25.

B.

- J. Béguin « Conditions de la contrariété à l'ordre public international des stipulations mettant hors arbitrage les demandes reconventionnelles d'un défendeur impécunieux », *JCP G*, n° 21, 20 Mai 2013, p. 559.
- J.-L. Bergerl, « Différence de nature = différence de régime », *Rev. trim. dr. civ.*, 1984.225.
- M. de Boisséson, « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel » in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.337.
- S. Bruna « Le contrôle des délais par la Cour international d'arbitrage », *Bull. CIA de la C.C.I.*, vol. 7 n°2, 1996.74 .

C.

- C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 9.
- Th. Clay, « La responsabilité civile du centre d'arbitrage », *D.*, 2007, p. 2916.

- K.-M. Clermont, Chapter 4: « The role of private international law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction », *Cornell Law Library*, 2004, p. 91.

D.

- Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *Cahiers d'arbitrage*, 1 janv. 2010, n° 1, p. 219
- J.-L. Devolvé, « L'intervention du juge », *Rev. arb.* 1980.617.
- A. Ditchév, « Le contrat d'arbitrage », Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer, *Rev. arb.*, 1981.395

E.

- Ch. Eisenmann, « quelques problèmes de méthode des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit (APD)*, 1966, p. 25.

F.

- X. Favre-Bulle & M. Viret, « Les arbitres siégeant en Suisse sont bien égaux devant l'exigence d'indépendance et impartialité », *LPA*, 22 fév. 2011 n°37, p. 3.
- A. de Fintmichel « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *Cahier d'arbitrage*, 1 avr. 2010, n° 2, p. 407.
- A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2008, n° 89, p. 21.
- A. de Fontmichel, « La décision du "juge d'appui" contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2008, n° 89, p. 21
- G. Flécheux « L'interprétation de l'article 26 de la convention de Washington sur les mesures provisoires », note sous Cass. Civ. 1^e, 18 nov. 1986 (Sté Atlantic Triton), *Rev. arb.* 1987.315.
- Ph. Fouchard, « Rapport final sur le statut de l'arbitre », *Bull. CIA de la C.C.I.*, vol. 7, n°1, 1996.
- Ph. Fouchard, « Conclusion », *Rev. arb.*, 1990.483.

- Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5.
- Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *Rev. arb.*, 1987.225
- Ph. Fouchard, « Les liens existant entre une partie et un membre d'un organe collégial administrant un arbitrage institutionnel », *Rev. arb.*, 1979.457.
- Ph. Fouchard, « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage*, déc. 1995.
- Ph. Fouchard, « Quelques précisions sur les rapports entre les institutions permanentes d'arbitrage et le juge étatique », *Rev. arb.* 1988.657.
- S.-D. Franck, « The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity », *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, p. 1.
- L. Fumagalli, « Liability of arbitral institutions for the administration of arbitration proceedings », *Croatian Arbitration Yearbook*, 2007, p. 61.

H.

- I. Hatout, « Les pouvoirs de la cour d'arbitrage de la C.C.I de décider ou non d'organiser l'arbitrage », *Bull. ASA.*, 1990, p. 12.
- Ch. Hausmaninger, « Civil Liability of Arbitrators » - Comparative Analysis and Proposals for Reform, *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, vol. 7, Issue 4, 1990, p. 40
- P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1994 sur la chambre du conseil », *D.*, 1946 législation, p. 343 col. 1.
- J.-M. Hunter, « The Immunity of Arbitrators, Arbitration International »- Book Review, *Kluwer Law International*, vol. 9, Issue 3, 1993, p. 329

J.

- Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institutions, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », in *Les institutions d'arbitrage in France*, travaux du Comité française de l'arbitrage, Paris, 19 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990.381.
- Ch. Jarrosson, « Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres », note sous CA Paris, 16 déc. 1996, *Rev. arb.*, 1998.121.
- E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *RGDA*, 1 jan. 2012, n° 2012-01, p. 216.

L.

- P. Lalive, « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », *Rec. cours*, t.120, 1967, p. 667.
- P. Lastenouse et P. Senkovic, « L'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine : les enseignements de l'affaire *Redenska* », *Rev. arb.*, 1998. 418
- E. Loquin « La sentence arbitrale : l'examen du projet de sentence par l'institutions et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *Rev. arb.*, 1990.427.
- E. Loquin « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p. 293.
- E. Loquin, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *J.- Cl pr. civ.*, Fasc. 1002, 10 oct. 2012.
- E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *Chron. de droit d'arbitrage, LPA*, 25 mars 2008, n°5, page 30.
- E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev.arb.*, 2006.323.

M.

- W. Melis, « Function and responsibility of arbitral institutions », conference, Bologna, 29-30 mai 1987, *Comp. Law Yearb. Intern. Bus.*, vol. 13, 1991.
- J.-H. Moitry, « Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights: Some Remarks on the République de Guinée Case », *Journal of International Arbitration*, 1989, vol. 2, p.115
- B. Moreau « La signification des sentences arbitrales », note sous Cass. civ. 2^e, 15 fév. 1995, *Rev. arb.*, 1996.223.
- E. Müller, « How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute) », *Journal of International Arbitration*, vol. 17 n°3, 2000, p.157.

N.

- D.-R. Nolan & R.-I. Abrams, « Arbitral Immunity », *11 Berkeley J. Emp. & Lab. L.*, 1989, p. 228.
- J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1984.544.

P.

- J. Pellerin, « Les droits des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 1990.395.
- M. Philippe, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la C.C.I relatifs à leur compétence », *Rev. arb.*, 2006.591.
- A. Plantey « L'arbitrage dans l'échanges internationaux », *Rev. sc. morales et pol.*, 1995.323
- P. Plantey « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *JDI*, 1999, p. 731
- J. Prebble, « Choice of Law to Determine the validity and effect of contracts: A comparison of English and American Approaches to the conflict of Law », *Cornell Law Review*, vol. 58, n^o. 4, April, 1973, p. 4.

R.

- M. Rasmussen, « Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France », *Fordham International Law Journal*, vol. 26, Issue 6, 2002, Article 9, p. 1824
- A. Renier, « Le règlement d'arbitrage de la C.C.I, version 1998 », *Rev. arb.*, 1998.25.
- S. Roitman, « Beyond reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms » *51 B.C. L. Rev* 557, March, 2010, p. 5.
- A. Sheppard, « English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Miscellaneous, Section 74, Immunity of arbitral institutions », in *Concise International Arbitration*, *Kluwer Law International*, éd. Mistelis, 2010, p. 835.

S.

- E. Silva-Romero, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale », *Rev. arb.*, 2005.421.
- M.-A. Sponseller, « Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators », *44 Hastings College of Law Hastings Law Journal*, 1993, p. 421.

- B. Stern : « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international » (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999), *Rev. arb.*, 2000.403.

T.

- F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012.267.

W.

- M.-A. Weston, « Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration », *Pepperdine University*, January 2004, p. 453.

IV. Jurisprudence

Tribunal de Grande Instance

- TGI Paris (Ord. Réf.), 21 mars 1984 (affaire Experton), *Rev. arb.*, 1985.94.
- TGI Paris, 28 mars 1984 (Raffineries d'Homs), *Rev. arb.*, 1985.141 ; note J. Normand, « Jurisprudence Française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. Civ.*, 1984.544
- TGI (Ord. Réf.) 4 oct. 1985, (Sté Chayaporn Rice), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1987. 179; sous obs. M. de Boissésou, *Rev. arb.* 1990.337
- TGI Paris (Ord. Réf.), 30 mai 1986 (Répub. de Guinée) , *Rev. arb.*, 1987.371
- TGI Paris, 8 oct. 1986 (Ceskobanka), *Rev. arb.*, 1987.367.
- TGI Paris, 28 janv. 1987 (Répub. de Guinée), *Rev. arb.*, 1987.371.
- TGI Paris 23 juin 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657.
- TGI Paris, 13 juill. 1988 (Sté REDEC), note P. Bellet, *Rev. arb.*, 1988.97
- TGI Paris, 21 mai 1997 (Sté Cubic), *Rev. arb.*, 1997.417; obs Ch. Imhoos, *RDAI*, 1997.1044.

- TGI Paris, 22 mai 2002 (Sté Lear), *Rev. arb.*, 2002.785 .
- TGI Paris, 10 oct. 2007 (Sté SNF), sous note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2007.847 ; sous note E. Loquin, « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *Chron. de droit d'arbitrage, LPA*, 25 mars 2008, n°5, page 30.
- TGI Paris (Ord. Réf.), 22 janv. 2010 (Sté Samsung), *Rev. arb.*, 2010.571; sous note J.-B. Racine, *Rev. arb.*, 2010.576
- TGI Nanterre, 1er juill. 2010 (Sté FFM), sous note C. Catino, « La confusion des genres : le manquement au principe de la contradiction comme fondement de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage », *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 9 ; sous note A. Mourre et P. Pedone, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 oct. 2010, n° 4, p. 1167 ; sous note Ph. Stoffel-Munck, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 avril 2011 n° 2, P. 401.
- TGI Paris, 22 sept. 2010, obs Th. Clay, *D.* 2010.2936; note M. Audit, *Rev. arb.*, 2011.171.
- TGI Paris, 25 nov. 2010 (Sté ABC), *Rev. arb.*, 2011.991 ; note L. Jaeger, *Rev. arb.*, 2011.1001

Cour d'appel

- CA Paris 22 dec. 1978 (Industrija Motora Rakovica), note J. Viatte, *Rev. arb.*, 1979.266
- CA Paris, 22 janv. 1982, *Rev. arb.*, 1982.991
- CA Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb.*, 1987.311.
- CA Paris, 15 janv. 1985 (Sté Opinter France), note E. Mezger, *Rev. arb.*, 1986.87
- CA Paris, 15 mai 1985 (Raffinerie d'Homs), *Rev. arb.*, 1985.141 ; note Level, *JCP*, 1987, n° 30755.
- CA Paris, 29 nov. 1985 (S.C.P.A.), *Rev. arb.*, 1987.335.
- CA Paris, 18 nov. 1987 (série des arrêts Répub. de Guinée), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657.

- CA Paris, 11 fév. 1988 (Sté Gas del Estado), sous note L. Zolligner, *Rev. arb.*, 1989.683
- CA Paris, 4 mai 1988 (série des arrêts Répub. de Guinée), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1988.657.
- CA Paris, 10 juill. 1990, note E. Loquin, *JDI*, 1999, p. 168.
- CA Paris, 10 Oct. 1990, note Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP*, 1991.605
- CA Versailles, 3 oct. 1991 (Sté Capital Rice), sous note Bureau, *Rev. arb.*, 1992.654.
- CA Paris, 17 déc. 1991, note Synvet, *Rev. arb.*, 1993.281
- CA Paris, 16 déc. 1996, note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 1998.121.
- CA Paris, 25 nov. 1997, sous note G. Bolard, *Rev. arb.*, 1998.684; *D.* 1998, IR, p. 9 ; *RCDIP*, 1999. Somm. 824 ; *Gaz. Pal.* 9-11 janv. 2000.52
- CA Paris, 15 sept. 1998 (Sté Cubic), *Rev. arb.*, note P. Lalive, *Rev. arb.*, 1999.103; note E. Loquin, *JDI*, 1999.162; obs. M. –Cl., Rivier, *RGDP*, 1999.407 ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIVa, 1999.287; obs. Ch. Imhoos, *RDAI*, 1999.480 ; *Gaz. Pal.* 9-11 janv. 2000, p.60.
- CA Paris, 19 janv. 1999, note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 1999.601
- CA Paris, 25 mars 1999 (Sté Caviar Petrossain), note E. Loquin, *RTD com.* 1999.656
- CA Paris, 1^{er} juin 1999 (Sté Tarom », note E. Loquin, *JDI*, 2000.370 ; obs. B. Stern, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. arb.*, 2000.403.
- CA Paris 6 mars 2003, 12 juin 2003, note D. Bensaude, *Rev. arb.*, 2004.887.
- CA Paris, 5 juin 2003 (Waterfront), *Rev. arb.*, 2004.135 ; obs. E. Loquin, *RTD Com.*, 2003.700
- CA Paris, 19 juin 2003 (Sté Carlyle), *Rev. arb.*, 2004.136
- CA Paris, 22 janv. 2004, note sous E. Loquin, *Rev. arb.*, 2004.660.
- CA Paris, 22 janvier 2009 (Sté SNF), note Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2010.321 ; note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009.617 ; *JDI*, n° 2, avril 2009, comm.12, p. 617 ; note Y. Derains, « Institutions d'arbitrage et responsabilité », *Cahiers d'arbitrage*, 1 janv. 2010, n° 1, p. 219.
- CA Paris, 12 févr. 2009 (Sté Tecnimont), n° 07/22164.

- CA Paris, 27 oct. 2011 (Sté ABC), *Rev. arb.*, 2011.991
- CA Reims, 2 nov. 2011, *D.*, 2011.3023
- CA Paris, 17 nov. 2011 (Licencing Projects), *Rev. arb.*, 2012.287

Cour de cassation

- Cass. Soc., 25 octobre 1946, obs. J. Carbonnier, *Rev. trim. dr. civ.* 1947, p. 65.
- Cass. Civ. 2^e, 28 janv. 1954, sous note G. Levasseur, *D.*, 1954.217
- Cass. Civ. 1^e, 9 oct. 1959, , note G. Holleaux, *D.* 60.37; obs Sialelli, *JDI*, 60.486.
- Cass. Civ. 1^e, 30 oct. 1962, note G. Holleaux, *D.* 63.109; note Francescakis, *RC*, 63.387; obs Sialelli, *JDI*, 63.1072.
- Cass. Civ. 1^e, 7 mai 1963, note Goldman, *JCP*, 1963, II, p. 13405 ; note Berdin, *JDI*, 1964, p. 82 ; note H. Motlusky, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615 ; note Robert, *D.*, 1963.545.
- Cass. Civ. 1^e, 21 dec. 1964, *JCP*, 1965, II, p. 14005
- Cass. Com., 16 juin 1965, *D.*, 1975, IR, p. 205.
- Cass. Civ. 1^e, 4 fév. 1969 (Giraud), *Bull. civ.*, I, n^o 60; note Mazeaud, *D.* 1969, p. 601; note Prieur, *JCP G*, 1969, II, p. 16030.
- Cass. Civ. 1^e, 11 mai 1971, *D.*, 1971, p. 477
- Cass. Civ. 1^e, 11 fév. 1975, *JCP*, 1975, II, p. 18179, 1^{er} esp.
- Cass. Civ. 1^e, 21 oct. 1975, note M. Mazeaud, *D.* 1976.151.
- Cass. Civ. 2^e, 31 mars 1978 (Métal profil), *Rev. arb.*, 1979.457
- Cass. Civ. 1^{er}, 22 nov. 1978, note G. Viney, *JCP*, 1979, II,19, p. 139.
- Cass. Civ 1^e, 6 nov. 1979 (Nassibian) ; Cass. Civ. 1^e, 13 Janv. 1981, note Gaudement-Tallon, *RC*, 81.331; note A. Huet, *JDI*, 1981.360; Cass. Civ. 1^e, 7 mars 2000, note Ancel, *RC*, 00.458.
- Cass. Com., 7 janv. 1981 (Sté l'Aigle distribution), *Bull. civ. IV*, n^o14 ; obs. F. Terré et Y. Lequette , « Grands arrêt de la jurisprudence civile », *Dalloz*, coll. Grands arrêts, 11^e éd., 2000, spéc. t.2, n^o145; obs. F. Chabas, *RTD civ.* 1981.849 ; obs. J. Hémard, *RTD com.* 1981.287.

- Cass. Civ. 2^e, 28 janv. 1981 (Industrija Motora Rakovica), note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1982.425 ; obs. A. Bénabent et J.-Cl. Dubarry, *RTD com.* 1981.733 ; note J. Viatte, *Gaz. Pal.* 1981.1.373 ; obs. P. Julien, *D.*, 1981, IR, p.369.
- Cass. Civ. 1^e, 19 janv. 1982, note Larroumet, *D.*, 1982, p. 457.
- Cass. Civ. 1^e, 1^{er} fév. 1983, *Bull. civ.*, I, n^o 47.
- Cass. Civ. 2^e, 8 juin 1983, *Rev. arb.*, 1987.310, spéc. p. 311.
- Cass. Civ. 1^e, 19 Juill. 1983, *Bull. civ.*, I, n^o251.
- Cass. Civ. 2^e, 29 fév. 1984 (Sté Arco), *Bull. Civ. II*, n^o37 ; note B. Moreau, *Rev. arb.*, 1986.43.
- Cass. Civ. 1^e, 21 nov. 1985, *Bull. civ.*, I, n^o299.
- Cass. Civ. 2^e, 11 déc. 1985, obs. J. Pellerin, *Rev. arb.*, 1987.387.
- Cass. Civ. 3^e, 23 Juill. 1986, *Bull. civ.*, III, n^o129.
- Cass. Civ. 1^e, 18 nov. 1986 (Sté Atlantic Triton), note G. Flécheux « L'interprétation de l'article 26 de la convention de Washington sur les mesures provisoires », *Rev. arb.* 1987.315.
- Cass. Civ 2^e, 7 oct 1987 (Sté Opinter France), sous note Mezger, *Rev. arb.*, 1988.649
- Cass. Civ. 1^e, 6 déc. 1988, note B. Goldman, *Rev. arb.*, 1989.641.
- Cass. Com., 9 oct. 1990 (De Dietrich), sous note P. Lagarde, *RCDIP*, 1991.545
- Cass. Civ. 1^e, 4 déc. 1990 (Sté Gas del Estado), sous note Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1991.81
- Cass. Com., 19 janv. 1993, *Bull. civ.*, IV, n^o24.
- Cass. Civ. 1^e, 20 déc. 1993, note Mayer, *Rev. crit.*, 1994.663.
- Cass. Com., 31 janv. 1995, *Bull civ.*, IV, n^o 32.
- Cass. civ. 2^e, 15 fév. 1995, note B. Moreau, *Rev. arb.*, 1996.223.
- Cass. Com., 22 oct. 1996, n^o. 93-18.632
- Cass. Com., 19 nov. 1996, *Bull. civ.*, IV, n^o 280.
- Cass. Civ. 1^e, 9 nov. 1999, note A. Cristau, *D.* 200.507; obs. L. Mayaux, *JCP*, 2000.I.219, §3 ; obs. H. Groutel, *Resp. Civ. et assur.*, 2000, chron., n^o2.
- Cass. Com., 23 nov. 1999, note J.-P. Chazal, *JCP*, II, 2000, p. 10326.

- Cass. Civ. 1^e, 20 fev. 2001, note Th. Clay, *Rev. arb.*, 2001.511.
- Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005 (deux arrêts), *Bull. Ch. mixte*, n^{os} 3 et 4 ; note Tosi, *D.* 2005.1864 ; note Loiseau, *JCP* 2005, II, p. 10066 ; avis de Gouttes, *RDC*, 2005, p. 651 ; note D. Mazeaud, *RDC*, 2005, p. 673 ; note Dlebecque, *RDC*, 2005, p. 753.
- Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005, n^o 02-18326.
- Cass. Civ. 1^e, 6 juil. 2005, not P. Pic, *Rev. arb.*, 2006.429.
- Cass. Com., 9 dec. 2008, *Bull. civ.*, IV, n^o 304, obs. Carval, *RDC*, 2009/3, p. 1044.
- Cass. Civ. 3^e, 21 janv. 2009, *Bull. civ.*, III, n^o 13
- Cass. Com., 10 mars 2009, *Bull. civ.*, IV, n^o 38, *RDC* 2009 ; obs. Stoffel-Munck, *JCP*, 2009, n^o 38, 248, n^o 12.
- Cass. Civ. 1^e, 11 mars 2009 (Sté Trioplast AB), note G. Huchet, *Gaz. Pal.*, 2009, p. 1309; sous obs. Seraglini, *JCP*, 2009, I, p. 148, n^o10; sous note X. Delpech, *D.*, 2009.880; note Th. Clay, *D.*, 2009.2959.
- Cass. Com., 29 juin 2010 (Sté Forecia), n^o 09.11-841, *RTD civ.*, 2010, p. 555
- Cass. Civ. 1^e, 4 nov. 2010 (Sté Tecnimont), n^o 09-12716
- Cass. Civ. 1^e, 28 mars 2013 (Licencing Projects), *Rev. arb.*, 2013.748
- Cass. Civ. 1^e, 15 janv. 2014 (Azran), n^o 11-17.196 *Bull. civ.*, I, n^o 1.

Jurisprudence Américaine

- *D’Arcy v. Ketchum*, 52 U.S. 165, (1850).
- *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1872).
- *Jones v. Brown*, 54 Iowa 74 (Iowa 1880).
- *Bever v. Brown*, 56 Iowa 565 (Iowa 1881).
- *Hoosac Tunnel Dock & Elevator Co. v. O'Brien*, 137 Mass. 424 (Mass. 1884).
- *Melady v. South st. Paul Live Stock Exchange*, 142 Minn. 194 (Minn. 1919).
- *Yaselli v. Goff*, 275 U.S. 503 (1927).
- *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945)
- *Perkins v. Benguet Consol. Min. Co.*, 342 U.S. 437 (1952)

- *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963)
- *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967).
- *Corbin v. Washinton Fire & Marine Ins. Co.*, 398 F.2d 543 (D.S.C. 1968) .
- *The Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, 407 U.S. 1 (1972).
- *Rubenstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (N.Y. 1973)
- *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976).
- *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).
- *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978).
- *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980)
- *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982)
- *Baar v. Tigerman*, 140 Cal.App.3d 979 (Cal. Ct. App. 1983).
- *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A v. Hall*, 466 U.S. 408, (1984)
- *Austin Municipal Secur., Inc. v. National Asso. of Sec. Dealers*, 757 F.2d 676 (5th Cir. 1985).
- *Omni Capital Intern., Ltd. v. Rudolf Wolff & Co., Ltd.*, 484 U.S. 97 (1987)
- *Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court of California*, 480 U.S. 102 (1987)
- *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).
- *Coopers & Lybrand v. Superior Court*, 212 Cal.App.3d 524 (Cal. Ct. App.1989).
- *Austern v. The Chicago Board Options Exchange*, 716 F.Supp. 121(S.D.N.Y. 1989)
- *Am. Arbitration Ass'n v. Superior Court*, 10 Cal.Rptr.2d 899 (Cal. Ct. App. 1992).
- *Cort v. American Arbitration Association*, 795 F Supp 970 (N.D.Cal. 1992).
- *Thiele v. RML Realty Partenrs*, 18 Cal Tptr 2d 416 (Cal. Ct. App. 1993)
- *Boraks v. American Arbitration Association* 517 N.W.2d 771; (Mich. Ct. App. 1994)
- *Olson v. NASD*, 85 F.3d 381 (8th Cir. 1996).
- *Hawkins v. National Association of Securities Dealers Inc*, 149 F.3d 330 (5th Cir. 1998)
- *New England Cleaning Services, Inc. v. AAA*, 199 F.3d 542 (1st Cir. 1999).

- *Global Gold Mining v. Robinson*, 533 F.Supp.2d 442 (S.D.N.Y. 2008)
- *Hertz Corp. v. Friend*, 559 U.S. 77 (2010).
- *J. McIntyre Mach., Ltd. v. Nicaastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011)
- *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

Autres Arrêts

- *The Chaparral* [1968] 2 Lloyd's Rep 158;
- Tribunal Fédéral suisse, Cour Civ. 1^e, 16 avr. 1984, R. Budin et D. Henchoz : « la nomination d'arbitres par la cour d'arbitrage C.C.I agissant à titre supplétif », *Rev. arb.* 1986.596.
- Cass. Egy. 4 décembre 1989, n^o.1113, année judiciaire 52.
- CEJ, 26 Juillet 1991, C-190/89 *Marc Rich* ;
- Cour suprême autrichienne, 20 oct. 1993, note P. Lastenouse et P. Senkovic, « L'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine : les enseignements de l'affaire *Redenska* », *Rev. arb.*, 1998. 418
- *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhouri Islami Iran* [1994] 1 AC 438
- Bundesgerichtshof , 20 janv. 1994, *Neue Jurist*, Wochen. 1994.1008 cité par Th. Clay, « *L'arbitre* », op. cit., p.562 ; obs. P. Schlosser, *Rev. arb.*, 1995.664.
- Tribunal Fédéral suisse, 20 juin 1994, *JDI*, 1996, p.734
- CEJ, 17 Novembre 1998, C-391/95 *Van Uden*.
- Cour suprême Suède, 27 oct. 2000, note sous S. Jarvin et G. Reid, *Rev. arb.*, 2001.827.
- CJCE, *Gasser c. Missat*, aff.C-116/02, arrêt du 9 décembre 2003
- *OT Africa line Ltd v. Magic Sportswear Corp.* [2005] 2 Lloyd's Rep 170
- Tribunal Fédéral suisse, 29 oct. 2010 (Valverde), sous note X. Favre-Bulle & M. Viret, « Les arbitres siégeant en Suisse sont bien égaux devant l'exigence d'indépendance et impartialité, *LPA*, 22 fév. 2011 n^o37, p. 3
- CA Caire, Ch. Com. 7, 6 juin 2012, décision n^o. 32, année judiciaire 128.
- Cass. Egy. 11 juin 2013, n^o.5019, année judiciaire 81.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

acte juridictionnel, 53, 149, 178, 180, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 203, 204, 211, 212, 214, 219, 220, 221, 222, 231, 249, 253, 381, 463

acte juridique, 40, 178, 188, 189, 190, 209, 225, 231, 278, 305

aléatoire, 390, 391, 393, 394, 399, 400, 403

annulation, 47, 67, 98, 99, 103, 104, 107, 109, 110, 111, 114, 144, 146, 147, 150, 152, 153, 154, 155, 182, 191, 196, 209, 219, 229, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 255, 256, 263, 309, 320, 322, 323, 324, 332, 334, 335, 336, 337, 347, 348, 353, 366, 372, 374, 395, 396, 397, 399, 407, 411, 426, 429, 445, 466

approbation, 3, 35, 36, 38, 48, 52, 74, 78, 88, 162, 173, 178, 205, 206, 207, 211, 214, 216, 217, 221, 228, 231, 316, 327, 338, 343, 368, 381, 412, 418, 420, 422, 423, 425, 457

arbitral immunity, 46, 48, 349, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 365, 367, 368, 373, 381, 412, 414, 468

arbitre, 19, 20, 23, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 42, 43, 45, 47, 50, 51, 52, 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 78, 79, 85, 86, 90, 92, 93, 97, 99, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 131, 132, 133, 135, 137, 138, 139, 141, 142, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 155, 156, 160, 161, 164, 172, 173, 174, 175, 178, 180, 181, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 202, 203, 204, 205, 213, 215, 219, 220, 224, 226, 229, 231, 232, 234, 241, 248, 251, 256, 257, 261, 262, 279, 316, 317, 322, 323, 327, 328, 329, 331, 332, 334, 353, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 370, 371, 372, 394,

395, 396, 397, 398, 400, 401, 402, 403, 405, 406, 411, 414, 415, 442, 444, 455, 456, 462, 463, 464, 465, 466, 468

award, 134, 208, 365

C

centre d'arbitrage

A.A.A., 11, 22, 23, 27, 28, 54, 80, 134, 136, 139, 297, 346, 350, 353, 361, 369, 403, 404, 414

C.C.I., 11, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 43, 48, 49, 54, 67, 69, 80, 82, 83, 86, 88, 89, 95, 97, 98, 100, 101, 106, 115, 118, 133, 136, 137, 139, 141, 144, 146, 147, 151, 152, 153, 158, 159, 160, 161, 162, 165, 172, 173, 178, 180, 194, 196, 198, 199, 200, 205, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 218, 219, 224, 231, 243, 248, 251, 257, 275, 278, 279, 284, 285, 297, 300, 306, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 324, 325, 326, 329, 330, 333, 334, 336, 337, 338, 340, 341, 347, 375, 393, 394, 395, 397, 400, 401, 403, 404, 408, 415, 416, 418, 422, 424, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 439, 440, 441, 443, 453, 456, 457, 462, 464, 465, 466, 468, 476

C.R.C.I.C.A., 11, 22, 23, 28, 29, 55, 80, 134, 136, 139, 153, 374, 375, 404

L.C.I.A., 12, 22, 23, 26, 27, 54, 80, 102, 136, 139, 161, 197, 223, 224, 233, 236, 297, 401, 403, 404, 414, 415, 434, 443

clause attributive de juridiction, 54, 265, 266, 267, 270, 272, 273, 274, 276, 282, 292, 454

clause compromissoire, 20, 30, 31, 32, 41, 42, 56, 80, 82, 84, 86, 92, 94, 96, 97, 100, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 113, 121, 124, 125, 143, 199, 200, 203, 204, 213, 219, 222, 224, 225, 226, 262, 292, 293, 316, 318, 320, 324,

332, 334, 335, 336, 338, 347, 361, 368, 371,
381, 412, 420, 432, 440, 457

clause exclusive de responsabilité, 97, 340, 341,
342, 381, 402, 406, 412, 416, 417, 420, 421,
422, 424, 425, 426, 429, 430, 432, 434, 437,
438, 439, 445, 447, 449, 456

comités nationaux, 23, 24, 25, 26, 27, 153, 415,
456

constatation, 15, 37, 53, 56, 61, 75, 78, 171, 183,
185, 189, 190, 195, 196, 197, 198, 199, 204,
231, 370, 406, 409

contestation, 50, 68, 145, 181, 189, 190, 191, 192,
193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 209,
211, 222, 228, 246, 266, 335

contrat d'entreprise, 37, 38, 72, 73, 74, 75, 76, 77,
78, 104, 124, 127, 128, 393

contrat de collaboration arbitrale, 19, 31, 61, 63,
65, 114, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124,
125, 127, 129, 131, 165, 186, 204, 226, 243,
262, 279, 288, 294, 385, 395

contrat de direction d'arbitrage, 19, 63, 67, 68,
71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 96, 104,
105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 116, 119,
121, 122, 123, 124, 125, 127, 129, 142, 158,
165, 212, 243, 262, 275, 277, 294, 312, 313,
315, 316, 324, 337, 338, 360, 396, 420, 423

contrat préparatoire, 32, 91, 93, 94, 95, 96, 98,
127, 200

conveniens, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 274

convention d'arbitrage, 19, 23, 30, 31, 32, 33, 38,
39, 40, 41, 42, 48, 63, 65, 66, 70, 74, 78, 80, 82,
83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97,
99, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110,
111, 112, 113, 115, 116, 121, 124, 125, 127,
138, 140, 156, 158, 159, 160, 165, 175, 176,
178, 181, 183, 190, 195, 198, 199, 200, 201,
202, 204, 205, 219, 221, 222, 225, 226, 228,
231, 234, 236, 246, 248, 250, 251, 261, 262,
292, 293, 294, 313, 317, 327, 328, 336, 338,
380, 425, 439, 442

Cour d'arbitrage, 22, 23, 24, 26, 27, 102, 110, 146,
151, 153, 180, 191, 197, 198, 205, 214, 216,

219, 220, 223, 233, 236, 279, 330, 400, 414,
468

D

décision institutionnelle, 48, 75, 76, 100, 151,
155, 156, 158, 178, 181, 189, 190, 191, 192,
194, 198, 199, 202, 205, 211, 214, 219, 223,
224, 227, 231, 246, 247, 249, 250, 251, 252,
254, 255, 309, 346, 347, 366, 402, 411, 412,
437, 439, 440, 441, 445, 457

délai, 32, 35, 55, 84, 92, 163, 195, 225, 229, 235,
299, 313, 314, 315, 318, 325, 329, 330, 338,
342, 358, 361, 369, 377, 385, 391, 396, 397,
400, 401, 443, 444

désignation, 20, 23, 30, 31, 32, 35, 48, 56, 79, 83,
88, 90, 96, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 107, 108,
109, 121, 123, 127, 138, 139, 145, 156, 158,
160, 165, 180, 181, 190, 192, 196, 197, 204,
221, 227, 231, 248, 261, 264, 278, 288, 293,
295, 304, 317, 334, 337, 338, 348, 350, 360,
361, 368, 412, 457

dommages-intérêts, 155, 246, 314, 322, 347

E

erreur, 82, 83, 98, 99, 102, 103, 105, 163, 210,
332, 333, 334, 335, 338, 411, 437, 439, 440,
445

exécution, 19, 20, 41, 42, 51, 53, 55, 70, 72, 76,
83, 89, 96, 100, 103, 110, 123, 124, 131, 144,
147, 165, 171, 183, 186, 207, 221, 225, 228,
252, 261, 263, 264, 268, 275, 277, 278, 279,
280, 281, 283, 284, 296, 297, 298, 299, 300,
301, 302, 304, 313, 314, 324, 337, 341, 343,
353, 366, 367, 373, 380, 385, 386, 387, 388,
391, 393, 394, 399, 401, 402, 403, 409, 411,
412, 414, 417, 418, 420, 422, 423, 425, 427,
429, 435, 436, 438, 439, 449, 455, 467, 476

existence, 33, 38, 42, 45, 47, 63, 65, 66, 67, 68, 69,
70, 74, 78, 86, 92, 103, 104, 105, 114, 116, 118,
119, 120, 121, 125, 133, 134, 154, 158, 159,
160, 165, 176, 183, 189, 191, 196, 199, 200,

203, 204, 205, 219, 235, 262, 268, 298, 299,
302, 318, 336, 337, 347, 385, 391, 392, 400,
405, 407, 440, 444, 453

F

faute légère, 389, 393
faute lourde, 229, 321, 336, 341, 358, 381, 383,
388, 402, 406, 423, 431, 432, 433, 434, 435,
437, 438, 439, 440, 456
fonction administrative, 15, 30, 34, 35, 36, 37, 46,
47, 54, 55, 61, 63, 81, 127, 129, 130, 150, 157,
169, 171, 172, 174, 175, 178, 183, 218, 220,
221, 230, 232, 234, 235, 311, 319, 339, 343,
349, 367, 369, 372, 377, 379, 380, 383, 384,
385, 389, 401, 405, 409, 412, 415, 417, 420,
423, 424, 447, 449, 454, 455, 456
fonction juridictionnelle, 15, 34, 36, 37, 45, 46, 47,
49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 61, 63, 70, 75, 76, 77,
78, 81, 114, 124, 127, 129, 138, 140, 147, 157,
164, 169, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 185,
186, 194, 199, 200, 201, 205, 217, 218, 230,
231, 233, 234, 235, 311, 325, 342, 343, 344,
367, 368, 372, 373, 377, 379, 380, 381, 383,
384, 385, 401, 402, 406, 407, 410, 411, 412,
415, 417, 420, 422, 423, 424, 425, 432, 434,
435, 437, 439, 441, 442, 445, 447, 449, 454,
455, 456
forme, 19, 22, 23, 24, 30, 33, 35, 70, 74, 79, 80, 82,
114, 120, 124, 128, 144, 162, 163, 173, 178,
190, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213,
214, 215, 221, 225, 231, 264, 266, 320, 321,
322, 327, 329, 334, 338, 352, 368, 381, 400,
412, 417, 420, 425, 426
forum, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 274

I

immixtion, 31, 175, 202, 321, 322, 323, 327, 328
immunité, 20, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 54, 176, 254,
284, 302, 311, 336, 338, 345, 346, 347, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357,
358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366,

367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375,
376, 377, 379, 380, 381, 383, 401, 406, 412,
417, 439, 449, 453, 454, 455, 457

in rem, 271

indépendance, 34, 47, 51, 52, 66, 77, 99, 102, 106,
109, 115, 121, 141, 142, 147, 148, 150, 151,
152, 153, 154, 155, 156, 161, 164, 193, 196,
197, 216, 231, 232, 248, 262, 279, 293, 294,
318, 319, 320, 339, 340, 347, 352, 353, 354,
357, 361, 372, 394, 400, 401, 402, 415, 425,
435, 437, 440, 442, 455, 456, 463, 465, 476
institution d'arbitrage, 21, 30, 42, 43, 50, 51, 52,
53, 146, 155, 204, 222, 235, 398, 458

J

jurisdiction, 40, 269, 270, 271, 273, 282, 286

L

Lex Mercatoria, 41, 42, 463

M

modification prescrite, 209, 210

N

non-validité, 33, 47, 158, 214, 270, 339

O

obligation de moyens, 315, 344, 386, 387, 388,
389, 391, 392, 393, 394, 395, 397, 398, 399,
406, 409, 432, 447
obligation de résultat, 386, 387, 389, 392, 393,
398, 404, 406
offre permanente, 32, 82, 84, 85, 87, 93, 127
opposabilité, 48, 74, 147, 156, 158, 190, 198, 222,
231, 234, 251, 324, 336, 381, 439
ordre public, 20, 42, 43, 135, 252, 253, 274, 276,
298, 320, 321, 322, 323, 325, 327, 328, 329,
330, 331, 332, 338, 399, 400, 464

P

participation, 158, 176, 214, 215, 217, 231, 234, 235, 372

personal jurisdiction, 271

principe du contradictoire, 23, 148, 149, 150, 163, 214, 253, 322, 323, 330, 331, 400, 401, 425

procédure, 11, 20, 21, 26, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 39, 43, 45, 61, 69, 70, 73, 86, 88, 89, 94, 95, 96, 97, 101, 104, 107, 111, 112, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 143, 145, 148, 149, 155, 156, 158, 161, 162, 176, 178, 180, 181, 185, 186, 188, 192, 198, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 226, 227, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 258, 261, 262, 263, 268, 270, 274, 275, 280, 283, 284, 287, 293, 294, 315, 316, 318, 319, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 338, 342, 345, 348, 349, 351, 353, 355, 357, 358, 362, 363, 364, 365, 367, 370, 372, 391, 393, 396, 397, 398, 401, 403, 404, 405, 407, 408, 422, 423, 425, 442, 444, 454, 461

projet de la sentence, 23, 33, 35, 36, 38, 48, 70, 78, 158, 162, 163, 164, 165, 173, 189, 205, 206, 207, 209, 211, 212, 214, 216, 221, 231, 236, 321, 327, 338, 368, 381, 399, 412, 420, 422, 442

prorogation du délai, 195, 235, 342, 391

protection conventionnelle, 15, 45, 54, 55, 342, 383, 384, 402, 406, 407, 411, 412, 414, 434, 437, 443, 449, 456, 457

pure gestion, 37, 73, 78, 165, 229, 235, 385, 403, 409, 412, 414, 415, 425, 443, 455

Q

quasi judiciaire, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 357, 359, 360, 366, 369, 370, 373

R

rattachement, 252, 262, 293, 294, 296, 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 309

récusation, 23, 34, 35, 36, 38, 48, 56, 70, 74, 78, 116, 131, 138, 142, 145, 150, 151, 156, 158, 165, 173, 178, 180, 181, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 203, 204, 219, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 231, 233, 234, 236, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 261, 279, 316, 325, 327, 328, 329, 338, 343, 346, 360, 368, 403, 411, 412, 422, 442, 443, 444, 445, 449, 457

remplacement, 35, 138, 145, 146, 158, 161, 165, 178, 181, 186, 279, 316, 325, 343, 398, 401

résiliation, 103, 104, 105, 142, 143, 254, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 337, 380

résolution, 19, 25, 50, 81, 103, 104, 105, 124, 154, 155, 160, 172, 175, 176, 189, 193, 199, 211, 226, 231, 246, 250, 253, 254, 256, 261, 299, 309, 312, 313, 343, 372, 395, 420, 455

responsabilité

responsabilité contractuelle, 32, 38, 48, 53, 117, 149, 256, 260, 271, 280, 288, 312, 313, 323, 337, 364, 365, 377, 385, 386, 402, 409, 417, 449, 454, 464, 470

responsabilité extra contractuelle, 324, 337

S

sentence, 19, 20, 37, 44, 51, 56, 63, 73, 74, 75, 81, 88, 97, 107, 109, 110, 111, 118, 120, 121, 123, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 143, 146, 147, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 162, 163, 164, 165, 173, 174, 178, 180, 181, 183, 186, 190, 196, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 225, 228, 229, 231, 236, 250, 252, 253, 255, 263, 292, 309, 314, 315, 316, 317, 320, 321, 322, 323, 325, 327, 328, 330, 331, 332, 336, 343, 344, 347, 348, 350, 351, 353, 354, 357, 359, 361, 366, 367, 369, 370, 372, 374, 380, 391, 395, 396, 397, 399, 401, 404, 405, 407, 411, 425, 436, 444, 445, 455, 456, 457, 467, 476

V

volonté, 29, 32, 42, 76, 82, 85, 91, 96, 101, 102,
106, 107, 108, 111, 112, 131, 133, 134, 135,
138, 142, 143, 177, 178, 193, 212, 225, 226,

248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 265, 274,
289, 290, 291, 292, 294, 295, 314, 316, 319,
320, 330, 331, 338, 391, 394, 396, 399, 433,
436

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	17
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DES FONCTIONS CONTRACTUELLES DES CENTRES D'ARBITRAGE	59
Titre I : L'ORIGINE CONTRACTUELLE DES FONCTIONS DES CENTRES D'ARBITRAGE	63
Chapitre 1 : Le régime juridique des contrats impliquant les centres d'arbitrage	65
Section 1 : Le régime juridique du contrat de direction de l'arbitrage	66
Sous-Section 1 : L'existence et la dénomination du contrat	67
§1 : L'existence d'un contrat	67
§2 : La dénomination du contrat	69
Sous-Section 2 : La qualification du contrat de direction de l'arbitrage	71
§1 : Assimilation du contrat de direction d'arbitrage au contrat de mandat	72
§2 : Assimilation du contrat de direction de l'arbitrage au contrat d'entreprise	76
Sous-Section 3 : Les conditions de validité de droit commun du contrat de direction de l'arbitrage	79
§1 : Les conditions de forme.....	79
§2 : Les conditions de fond.....	79
A. La capacité	80
B. Objet et cause	81
C. Le consentement	82
1. Le moment de la formation du contrat de direction de l'arbitrage	83
a. L'offre émanant du centre d'arbitrage	84
b. L'acceptation de l'offre : détermination du moment de la formation du contrat.....	87
2. La désignation du centre d'arbitrage	98
a. Une désignation précise	99
b. Une désignation certaine	102
Sous-section 3 : L'étendue de l'autonomie du contrat de direction de l'arbitrage par rapport aux autres contrats de l'arbitrage	105
§1 : Le rapport entre le contrat de direction de l'arbitrage et la convention d'arbitrage	106
A. Les conséquences de l'anéantissement du contrat de direction de l'arbitrage sur la convention d'arbitrage.....	106

TABLE DES MATIÈRES

B. Les conséquences de disparition du centre d'arbitrage sur la convention d'arbitrage	110
§2 : Le rapport entre le contrat de direction de l'arbitrage et le contrat d'arbitre	112
Section 2 : Le régime juridique du contrat de collaboration arbitrale	114
Sous-Section 1 : L'existence du contrat de collaboration arbitrale	114
Sous-Section 2 : La dénomination du contrat.....	118
Sous-Section 3: La formation du contrat	119
Conclusion du Chapitre 1	127
Chapitre 2 : Les effets de l'origine contractuelle des fonctions des centres d'arbitrage.	129
Section 1 : Les obligations contractuelles à la charge des centres d'arbitrage	130
Sous-section 1 : Les obligations générales dans l'organisation de l'arbitrage..	130
§1 : Obligation d'agir de bonne foi et avec diligence.....	130
§2 : Respecter et faire respecter le règlement d'arbitrage	131
Sous-section 2 : Les obligations explicites des contrats liant les centres d'arbitrage	132
§1 : Préserver la confidentialité	132
§2 : L'organisation matérielle de l'instance arbitrale	135
§3 : La perception et la réservation des frais de l'arbitrage	139
Sous-section 3 : Les obligations implicites des contrats liant les centres d'arbitrage	140
§1 : Assurer un procès équitable et respecter les garanties fondamentales de bonne justice	140
§2 : Être indépendant	150
A. Le centre d'arbitrage et le tribunal arbitral	151
B. L'indépendance de l'organe de contrôle du centre et de l'organe administratif.....	153
C. L'indépendance par rapport à l'État.	153
D. L'indépendance du centre à l'égard des litigants.	154
§ 3 : Exécuter l'obligation de révélation	156
Section 2 : Les pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage	158
Sous-section 1 : Le pouvoir de vérifier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage	158
Sous-section 2 : Contribuer à la constitution du tribunal arbitral	160
Sous-section 3 : L'approbation du projet de sentence arbitrale : examen du projet de sentence.....	162

Conclusion du Chapitre 2.....	165
CONCLUSION DU TITRE I.....	167
TITRE II : LA DUALITÉ DES FONCTIONS DES CENTRES D'ARBITRAGE	169
Chapitre 1 : La constatation de la fonction administrative	171
Section 1 : La séparation et l'origine contractuelle de la mission des centres d'arbitrage.....	172
Section 2 : La nature administrative des décisions prononcées par les centres d'arbitrage.....	180
Conclusion du Chapitre 1.....	183
Chapitre 2 : La constatation de la fonction juridictionnelle résultant des pouvoirs conférés aux centres d'arbitrage.....	185
Section 1 : La nature juridictionnelle de certaines décisions institutionnelles	188
Sous-section 1 : Les décisions statuant sur une demande de récusation d'un arbitre.....	190
§1 : La condition de la contestation ; l'existence d'un vrai litige.....	191
§2 : La condition de la constatation.....	196
Sous-section 2 : Les décisions institutionnelles relatives à la désignation d'un arbitre.....	196
§1 : La condition de la contestation ; l'existence d'un vrai litige.....	196
§2 : La condition de la constatation.....	197
Sous-section 3 : Les décisions statuant sur l'opposabilité de l'arbitrage : l'examen de la validité <i>prima facie</i> de la convention d'arbitrage.	198
§1 : La condition de la contestation	198
§2 : La condition de la constatation.....	204
Sous-section 4 : Les décisions institutionnelles approuvant le projet de la sentence arbitrale ; décisions gracieuses ayant le caractère juridictionnel	205
§1 : La portée de l'approbation effectuée par l'organe de contrôle du centre d'arbitrage	206
§2 : La décision institutionnelle sur l'approbation du projet de la sentence arbitrale constitue une décision gracieuse juridictionnelle.....	211
Section 2 : L'imperfection du raisonnement français affirmant la fonction administrative exclusive	218
Sous-section 1 : La faiblesse du raisonnement de droit positif français	218
Sous-section 2 : L'insuffisance du critère organique pour relever la fonction exclusivement administrative	221
Sous-section 3. L'insuffisance du critère de motivation pour relever la fonction exclusivement administrative	223

Sous-section 4 : L'origine contractuelle de l'investiture n'interdit pas le caractère juridictionnel des décisions institutionnelles	224
Conclusion du Chapitre 2	231
CONCLUSION DU TITRE II	233
SECONDE PARTIE : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DES CENTRES	
D'ARBITRAGE	239
Titre I : L'insuffisance du régime actuel de la responsabilité des centre de l'arbitrage.....	243
Chapitre 1 : La mise en action de la responsabilité des centres d'arbitrage .	245
Section 1 : L'identification de l'action ; les éléments de l'action en responsabilité	246
Sous-section 1 : L'objet de l'action en responsabilité ; distinction entre l'action en responsabilité et d'autres actions voisines.....	246
Sous-section 2 : Les sujets de l'action en responsabilité	255
§1 : L'auteur de l'action : le demandeur à l'action	256
§2 : Le défendeur : le centre	256
§ 3 : L'autre partie à l'arbitrage	257
Section 2 : La compétence de juridiction saisie d'une action en responsabilité ...	260
Sous-section 1 : L'applicabilité des conventions internationales relatives à la compétence judiciaire sur l'action en responsabilité	261
Sous-section 2 : La compétence judiciaire en matière contractuelle	264
§ 1 : L'élection du for	264
A. Le choix exprès.....	265
1. Le droit européen	265
2. Droit américain.....	270
3. Droit égyptien.....	274
B. L'élection implicite du for	274
1. Le droit européen	274
2. Droit américain.....	275
3. Droit égyptien.....	275
§ 2 : L'absence de l'accord des parties sur la juridiction compétente	276
1. Le droit européen	277
2. Droit américain.....	283
3. Droit égyptien.....	283
Sous-section 3 : La compétence judiciaire en matière délictuelle	285
Le droit européen.....	285

Section 3 : La désignation de loi applicable à la responsabilité des centres d'arbitrage.....	288
Sous-section 1 : La loi applicable en matière contractuelle	289
§ 1 : L'élection de la loi applicable.....	289
A. Le choix exprès de la loi applicable.....	290
1. Le droit européen.....	290
2. Droit américain.....	291
3. Droit égyptien	291
B. Le choix implicite (tacite) de la loi applicable	292
1. Le droit européen.....	292
2. Droit américain.....	294
3. Droit égyptien	295
§ 2 : La loi applicable en cas d'absence de choix des parties	296
1. Le droit européen.....	297
2. Droit américain.....	300
3. Droit égyptien	303
§ 2 : La loi applicable en matière de responsabilité délictuelle.....	304
1. Le droit européen.....	304
2. Droit américain.....	306
3. Droit égyptien	307
Conclusion du Chapitre 1.....	309
Chapitre 2 : Les régimes actuels de la responsabilité des centres d'arbitrage	311
Section 1 : L'insuffisance du régime de la responsabilité civil fondé sur la fonction exclusivement administrative	312
Sous-section 1 : La responsabilité contractuelle lors des demandes de <i>résiliation/résolution</i> et de réparation du dommage	313
§ 1 : Le respect du délai de l'instance arbitrale	314
§ 2 : L'obligation de prudence lors de l'examen des incidents arbitraux	316
§ 3 : La garantie d'un procès équitable	318
§ 4 : La garantie d'une sentence efficace : assurer la régularité de la forme de sentence et sa conformité à l'ordre public.....	320
Sous-section 2: La responsabilité extracontractuelle lors des demandes d'annulation ou des fautes precontractuelle commises par le centre d'arbitrage	324
§ 1 : Nullité pour l'absence de cause	324
§ 2 : Nullité pour objet illicite	327

§ 3 : Nullité relative : les vices du consentement	332
§ 4 : Décision <i>prima facie</i> du centre prononçant, à tort, l'opposabilité de la convention d'arbitrage	336
§ 5 : La formation du contrat de direction d'arbitrage précédée par des agissements dolosifs	337
Sous-section 3 : Les conséquences défavorables du régime de responsabilité civile.....	339
§ 1 : L'atteinte à l'indépendance du centre	340
§ 2 : La caducité de la clause exonératoire de responsabilité.	340
§ 3 : La non-motivation des décisions institutionnelles.....	342
§ 4 : L'insécurité juridique et l'augmentation du coût de l'arbitrage	343
Section 2 : L'insuffisance du régime de l'immunité civile fondé sur la fonction exclusivement quasi juridictionnelle	346
Sous-section 1 : Le fondement de l'immunité civile des centres en raison de la fonction quasi juridictionnelle de leur fonction.	346
§ 1 : La fonction quasi juridictionnelle	349
§ 2 : La signification de l'"arbitral immunity"	354
A. Les bénéficiaires de l'« <i>arbitral immunity</i> »	354
B. La teneur de l'« <i>arbitral immunity</i> »	355
C. L'étendue de l'« <i>arbitral immunity</i> »	357
Sous-section 2 : Les conséquences défavorables du régime de l'immunité quasi absolue des centres d'arbitrage	369
Section 3 : L'insuffisance du régime de l'immunité fondé sur leur statut de personnes de droit international public.....	374
Conclusion du Chapitre 2.....	377
Conclusion du Titre I	379
Titre II : Le nécessaire encadrement de la responsabilité des centres d'arbitrage dans l'amplitude des fonctions dualistes des centres d'arbitrage: la dualité de la responsabilité des centres	383
Chapitre 1 : La responsabilité du droit commun pour la fonction administrative: la responsabilité civile du prestataire de service non juridictionnel.....	385
Section 1 : La distinction entre les obligations de moyens et de résultat de la cadre de l'arbitrage institutionnel.....	386
Sous-section 1 : L'intérêt de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat	386

Sous-section 2 : Les critères de classification les obligations de résultat et les obligations de moyens	389
§ 1 : L'absence ou la présence d'aléa	390
§ 2 : Le rôle du créancier dans l'accomplissement de l'obligation	391
Section 2 : Les conditions de la responsabilité civile des centres d'arbitrage	392
Sous-section 1 : Le fait dommageable.....	392
§1 : Les obligations de moyens.....	393
A. Les obligations de moyens en raison du rôle actif des parties lors de l'exécution des obligations	393
1. L'obligation de faire respecter le règlement	394
2. L'obligation de respecter le délai de l'arbitrage.....	396
B. Les obligations de moyens en raison du caractère aléatoire du résultat attendu par le créancier	399
1. L'obligation d'agir de bonne foi	399
2. Attirer l'attention du tribunal sur le fond	399
3. Indépendance et garantie d'un procès équitable	400
§2 : Les obligations de résultat	403
A. L'organisation de l'arbitrage.....	403
1. Les tâches purement administratives	403
2. La perception des frais de l'arbitrage.....	404
B. L'obligation de respecter le règlement	404
1. L'obligation de préserver la confidentialité	405
2. L'obligation de révélation	405
Sous-section 2 : Les caractères du dommage réparable	406
§ 1 : Le lien de causalité.....	407
§ 2 : Dommage réparable	407
Conclusion du Chapitre 1.....	409
Chapitre 2: La protection conventionnelle pour la fonction juridictionnelle : la responsabilité limitée du prestataire de service juridictionnel.....	411
Section 1 : La licéité de la clause exclusive de la responsabilité des centres	414
Sous-section 1 : Le statut des centres est différent de celui de la société Chronopost.....	420
Sous-section 2 : La clause exonératoire de la responsabilité des centres est cohérente avec leur obligation essentielle.....	421
Sous-section 3 : La clause exonératoire de responsabilité n'affecte pas la cause du contrat.....	425

TABLE DES MATIÈRES

Sous-section 4 : La validité des clauses exonératoires de responsabilité en droit positif français	429
§ 1 : La faute intentionnelle	435
§ 2: La faute lourde	438
Section 2 : La motivation des décisions institutionnelles.....	442
Conclusion du Chapitre 2	445
Conclusion du Titre II	447
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	451
BIBLIOGRAPHIE	459
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	477
TABLE DES MATIÈRES	485