

Dalloz actualité 17 juillet 2019

Régime de la responsabilité de l'arbitre : entre cohérence et incertitudes

Léonor Jandard

*

**

Résumé

Le manquement de l'arbitre au principe du contradictoire porte sur la mise en œuvre d'un principe de procédure civile essentiel gouvernant l'élaboration de la décision juridictionnelle. Partant, cette erreur doit être considérée comme commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle du tribunal arbitral et ne peut être de nature à engager sa responsabilité que si elle est constitutive d'une faute personnelle équipollente au dol ou d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice.

Dans le silence des textes, le régime de la responsabilité de l'arbitre se construit progressivement, au fil de la jurisprudence de la Cour de cassation mais aussi de celle des juridictions du fond (*v. infra*). En considérant à juste titre que la mise en œuvre du principe de la contradiction relève de l'exercice de la fonction juridictionnelle du tribunal arbitral, cet arrêt de la cour d'appel de Paris est sans doute une nouvelle pierre à apporter à cet édifice jurisprudentiel. On y trouve notamment un éclairage opportun s'agissant de la distinction entre les fautes considérées comme relevant de la mission juridictionnelle et celles consistant en une inexécution contractuelle qui sous-tend la dualité de régime de la responsabilité de l'arbitre.

Le litige qui a donné lieu à cet arrêt du 21 mai 2019 trouve son origine dans deux contrats de vente de machines destinées à la production et au façonnage de films plastiques, conclus entre la SARL Blow Pack et la société allemande Windmüller&Hölscher. La clause compromissoire insérée dans ces contrats prévoyait un arbitrage à Paris sous l'égide de la CCI et précisait la langue de la procédure, à savoir le français.

Après avoir ordonné une expertise concernant l'une des machines, le tribunal arbitral a rendu, le 14 septembre 2011, une sentence (CCI n° 15839/EC/ND) condamnant la société Blow Pack. Celle-ci a formé un recours en annulation contre cette sentence au soutien duquel elle faisait notamment valoir qu'en admettant et en examinant certaines pièces produites en allemand par Windmüller qui n'avaient pas été intégralement traduites en français, le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction. Le grief a été accueilli par la cour d'appel de Paris qui, par une décision devenue définitive (Paris, pôle 1, ch. 1, 2 avr. 2013, n° 11/18244, Rev. arb. 2014. 106, note L. Jaeger ; JCP 2013. 800, note C. Duclercq) à la suite du rejet du pourvoi en cassation (Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 13-22.391, D. 2015. 2588, obs. T. Clay ; JCP 2015. 582, note C. Duclercq), a partiellement annulé la sentence en application de l'article 1520, 4°, du code de procédure civile (les moyens d'annulation développés ne concernaient que le litige relatif à l'une des machines).

Sous ce même grief, Blow Pack a alors saisi le Tribunal de grande instance de Paris d'une action en responsabilité dirigée contre les trois arbitres composant le tribunal afin d'obtenir réparation des conséquences de l'annulation de la sentence. Cette attitude n'a rien qui doive surprendre – encore que l'annulation de la sentence ne soit pas toujours à l'origine de la mise en cause des arbitres (V un arrêt récent, Paris, 2 avr. 2019, n° 16/00136, Dalloz actualité, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques [📄](#)) – mais l'on sait que les honoraires des arbitres, parfois très conséquents, ne peuvent être contestés devant le juge de charge du contrôle de la sentence (V not. Paris, 19 déc. 1996, *Sté Qualiconsult*, Rev. arb. 1998. 121, note C. Jarrosson ; TGI Paris, 25 nov. 1999 et Paris, 23 sept. 1994, *Sté Hôtelière de montagne* (2 esp.), Rev. arb. 1996. 394, obs. P. Fouchard ; RTD com. 1995. 396, obs. J.-C. Dubarry et É. Loquin). Ce n'est donc que devant le juge de droit commun que Blow Pack pouvait ainsi prétendre à l'indemnisation de ces frais exposés, selon elle, en vain.

Par un jugement du 22 mai 2017, le tribunal de grande instance de Paris déclare toutefois son action irrecevable, estimant que « les fautes alléguées [...] ne suffisent pas à caractériser des fautes lourdes susceptibles d'engager la responsabilité personnelle des trois arbitres en ce qu'ils auraient commis des manquements incompatibles avec la fonction juridictionnelle » (TGI Paris, 22 mai 2017, n° 14/14717, Rev. arb. 2017. 977, note J.-Y. Garaud et G. De Rancourt). Et c'est précisément ce que confirme la cour d'appel de Paris dans l'arrêt rapporté. La violation du contradictoire doit être considérée comme commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle du tribunal arbitral et ne peut dès lors être source de responsabilité que si elle est constitutive d'une faute d'une particulière gravité, c'est-à-dire « une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice » (Civ. 1^{re}, 15 janv. 2014, *Azran*, n° 11-17.196, Bull. civ. I, n° 1 ; D. 2014. 219, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay ; AJCA 2014. 35, obs. M. de Fontmichel ; RTD com. 2014. 315, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2016, n° 2, 493, note J.-S. Borghetti ; Cah. arb. 2014, n° 2, p. 299, note L. Aynès ; JCP 2014. 231, avis av. gén. P. Chevalier ; JCP 2014. Doctr. 255, note É. Loquin ; RLDC, juin 2014, p. 23, note H. Slim ; Gaz. Pal. 17 avr. 2014, n° 107, note M. Mekki ; JCP 2014. Doctr. 857, obs. J. Ortscheidt ; LPA 2014, n° 215, p. 14, obs. L. Degos ; Gaz. Pal. 27-28 juin 2014, p. 18, obs. D. Bensaude)

À ce titre, la solution qui consiste à retenir expressément que le devoir de respecter et de faire respecter le principe de la contradiction relève de l'exercice de la fonction juridictionnelle – qualification retenue à demi-mot par les juges de première instance mais qui n'était pas si évidente au premier abord –, ne peut qu'être saluée. Pour autant, le raisonnement ayant conduit à la décision commentée révèle, à chacune de ses étapes, nombres des incertitudes qui entourent non seulement la mise en œuvre de la responsabilité de l'arbitre mais aussi l'application de la dualité de régime sur laquelle elle repose.








Il faut d'emblée reconnaître que la mise en œuvre de la responsabilité du tribunal arbitral, lorsque l'annulation de la sentence en est à l'origine, présente une difficulté qui tient à « l'articulation entre le recours en annulation et l'action en responsabilité » (Dalloz actualité, 7 juin 2019, obs. J. Jourdan-Marques [📄](#)). En effet, pour la cour d'appel chargée du contrôle de la sentence, la méconnaissance par les arbitres du principe de la

contradiction était établie. Elle a précisément considéré « d'une part qu'en permettant à Windmöller de produire des pièces partiellement traduites à sa seule discrétion sauf à Blow Pack à en traduire le surplus et d'autre part en s'autorisant en la personne de son président à procéder lui-même à des traductions partielles sans fixer aucun critère quant à leur mode de sélection alors que la langue de l'arbitrage était le français, le tribunal arbitral qui s'est fondé pour rendre sa sentence exclusivement sur un rapport d'expertise auquel étaient annexées des pièces partiellement traduites, a violé le principe de la contradiction en ne mettant pas la société tunisienne en mesure de discuter utilement l'intégralité des pièces portées à la connaissance du tribunal arbitral et de la société allemande, en l'absence d'acquiescement de sa part » (Paris, pôle 1, ch. 1, 2 avr. 2013, n° 11/18244, préc.). Et c'est après avoir retenu que les documents partiellement traduits présentaient un caractère déterminant pour la solution du litige et que Blow Pack n'avait pas renoncé à se prévaloir du non-respect du principe de la contradiction (L. Jaeger, La production de documents non traduits dans la langue de l'arbitrage peut violer le principe de la contradiction, note sous Paris, pôle 1, ch. 1, 2 avr. 2013, Rev. arb. 2014. 106, spéc. p. 118), que la cour d'appel a prononcé la nullité de la sentence sur le fondement l'article 1520, 4°, du code de procédure civile.

De là se posait la question suivante : l'annulation de la sentence en raison de la violation, par les arbitres, du principe de la contradiction justifie-t-elle à elle seule que la responsabilité de ces derniers puisse être engagée ? Pour des raisons évidentes, la réponse à cette interrogation est assurément négative. La cour d'appel saisie de l'action en responsabilité l'indique immédiatement en énonçant que « la décision de la cour d'appel qui annule la sentence ne se prononce pas sur la responsabilité des arbitres et n'a pas autorité de la chose jugée à cet égard ». Ce faisant, les juges du fond rappellent utilement deux choses. D'abord, la décision qui annule la sentence n'a pas autorité de la chose jugée à l'égard des arbitres (en général) pour la raison simple qu'ils ne sont pas parties au recours en annulation. La décision leur est certes opposable mais il faut convenir avec un auteur que ce qui est strictement opposable est bien « l'annulation de la sentence [et] non le motif pour lequel elle est intervenue » (S. Bollée, Les recours et les tiers en matière d'arbitrage, Rev. arb. 2018. 139, spéc. p. 157). Les arbitres restaient donc recevables à critiquer la motivation au fond dans le cadre de l'action en responsabilité dirigée contre eux, ce qu'ils avaient d'ailleurs fait valoir. Ensuite, la décision d'annulation n'a pas *a fortiori* autorité de la chose jugée s'agissant de la question de la responsabilité des arbitres (en particulier). À cet égard, la cour d'appel adopte sans conteste les motifs des premiers juges qui avaient justement retenu que la circonstance que la violation du principe de la contradiction ait conduit à l'annulation partielle de la sentence « n'entraîne pas ipso facto la mise en cause de la responsabilité personnelle du tribunal [...] ».

Il reste que dans les faits, la décision d'annulation pour violation du principe de la contradiction emporte à l'évidence des répercussions sur l'établissement de la faute dans le cadre de l'action en responsabilité. C'est dire en d'autres termes que cette décision a inévitablement un « certain impact psychologique sur le juge saisi d'une action en responsabilité » (S. Bollée, préc.). En effet, en retenant que « le comportement du tribunal arbitral ayant consisté à fonder sa décision sur une expertise accompagnée de pièces qu'il avait partiellement traduites en dehors de l'acquiescement de la société Blow Pack, constitue une violation du principe du contradictoire, laquelle a entraîné l'annulation de la sentence » ou que « Blow Pack peut légitimement se prévaloir de cette circonstance » pour rechercher la responsabilité des arbitres ou encore que « les arbitres ont commis une erreur d'appréciation sur la portée et l'étendue du principe du contradictoire », force est de constater que les considérations ayant présidé à la décision d'annulation semblent s'imposer à la cour d'appel saisie de l'action en responsabilité.

Dès lors, il apparaît à la lecture des termes de la décision commentée qu'il ne s'agit pas tant, pour les juges du fond, de savoir si une faute doit être établie en tant que telle mais davantage de rechercher si celle-ci est de nature à en mettre en cause la responsabilité du tribunal arbitral. Quoi qu'il en soit du bien-fondé de cette distinction, c'est bien par ce biais que la cour d'appel progresse dans son raisonnement pour répondre à la question de savoir si la responsabilité du tribunal arbitral doit être engagée. Il convient alors selon elle « de rechercher si le manquement au principe du contradictoire [...] entre ou non dans l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre ». La nécessité de qualifier la faute est déterminante en ce qu'elle conditionne l'application d'un régime de responsabilité.

En effet, rappelons qu'en droit positif, la responsabilité de l'arbitre se caractérise par une dualité de régime, elle-même déduite de la nature duale de sa mission qui serait juridictionnelle et contractuelle. Il s'ensuit que l'arbitre serait à la fois tenu d'obligations relatives à l'exercice même de la fonction de juger et d'obligations contractuelles, nées du contrat d'arbitre et souvent rattachées à l'organisation de la procédure. Partant de cette dualité, il est ainsi opéré en jurisprudence et en doctrine une distinction entre l'inexécution des premières qui permet d'engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre selon les règles du droit commun (V. not., Civ. 2^e, 29 janv. 1960, Rev. arb. 1996. 325, spéc. n° 65, note P. Fouchard ; TGI Reims, 27 sept. 1978, cité par P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 590, n° 1082 ; TGI Paris, 2 oct. 1985, Rev. arb. 1985. 84, note B. Moreau ; 13 juin 1990 et Paris, 22 mai 1991, *Bompard*, Rev. arb. 1996. 476, note P. Fouchard ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, *Juliet*, n° 03-13.116, D. 2006. 274 , note P.-Y. Gautier  ; *ibid.* 3026, obs. T. Clay  ; RTD civ. 2006. 144, obs. P. Théry  ; RTD com. 2006. 299, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2006. 126, note C. Jarrosson ; RLDC 2006. 26, note F.-X. Train ; JCP 2006. II. 10666, note T. Clay ; RDC 2006, n° 3, p. 812, obs. G. Viney ; 17 nov. 2010, *CNCA-CEC*, n° 09-12.352, Bull. civ. I, n° 233 ; D. 2010. 2849, obs. X. Delpech  ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay  ; Rev. arb. 2011. 943, note C. Jarrosson ; LPA 2011, n° 225-226, p. 20, note L. Degos) et l'inexécution des secondes pour lesquelles l'arbitre bénéficie d'une immunité pour mal-jugé sauf en présence d'une faute qualifiée telle que définie par la jurisprudence *Azran* (Civ. 1^{re}, 15 janv. 2014, n° 11-17.196, préc.).

En l'espèce, la violation du principe de la contradiction relève incontestablement pour la cour d'appel du manquement aux obligations attachées à la mission juridictionnelle : « [l']erreur commise par les arbitres remet en cause le contenu de leur décision dans la mesure où celle-ci est appuyée exclusivement sur une expertise accompagnée de pièces auxquelles la société tunisienne n'a pas eu un accès total en raison d'une traduction partielle effectuée selon des critères déterminés exclusivement par les arbitres. Cette erreur qui porte sur la mise en œuvre d'un principe directeur essentiel gouvernant l'élaboration de la décision juridictionnelle [...], doit être considérée comme commise dans l'exercice des fonctions juridictionnelles du tribunal arbitral et ne peut donc être source de responsabilité que si elle est constitutive d'une faute telle que qualifiée ci-dessus ». Par cette motivation circonstanciée, la cour d'appel répond à la société demanderesse qui reprochait aux premiers juges de ne pas avoir tranché la question de savoir si la faute alléguée relevait de la mission d'organisation de la procédure ou de sa fonction juridictionnelle. En réalité, il résultait implicitement du jugement critiqué, en ce qu'il avait fait une stricte application de la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'affaire *Azran*, que l'obligation de veiller au respect du contradictoire ressortissait à la mission juridictionnelle.

Si cette solution est à notre sens bienvenue, la qualification retenue ne semblait pas couler de source au moins en première analyse. Elle paraît d'abord aller à l'encontre des solutions adoptées à propos de l'obligation pour l'arbitre de respecter le délai de l'arbitrage qui est envisagée comme une obligation contractuelle (Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, préc. ; 17 nov. 2010, n° 09-12.352, préc.). Il a ensuite été soutenu qu'une même qualification devrait s'imposer s'agissant du devoir de faire respecter le contradictoire dans la mesure où la violation d'un tel devoir toucherait non

à la sentence mais à la manière dont les arbitres ont conduit la procédure (C. Duclercq, Recours en annulation, violation du contradictoire et responsabilité du tribunal arbitral, JCP 2015. 582).

Au vrai, la frontière entre ce qui ressort du manquement aux obligations relevant de l'activité juridictionnelle et de l'inexécution des obligations résultant du contrat d'arbitre est particulièrement délicate à tracer, d'autant que la Cour de cassation n'a pas explicitement isolé les unes des autres dans l'affaire *Azran* (v. P. Stoffel-Munck, La responsabilité de l'arbitre, Rev. arb. 2017. 1123, spéc. p. 1126 ; J.-Y. Géraud et G. De Rancourt, Pour une simplification du régime de la responsabilité de l'arbitre : plaider en faveur de la notion de « faute lourde professionnelle », note sous TGI Paris, 22 mai 2017, *Blow Pack*, n° 14/14717, Rev. arb. 2017. 998 ; M. Mekki, Le double jeu de l'arbitre et la mise en jeu de sa responsabilité, note sous Civ. 1^{re}, 15 janv. 2014, Gaz. Pal. 17 avr. 2014, n° 107 ; H. Slim, Une évolution jurisprudentielle majeure dans le domaine de la responsabilité des arbitres, RLDC, n° 116, juin 2014, p. 23). C'est d'ailleurs au travers du devoir de respecter les principes fondamentaux de procédure que la distinction entre les « obligations juridictionnelles » et les « obligations contractuelles » montre significativement ses limites. Il n'est en réalité pas si évident de justifier que la violation par l'arbitre d'un tel devoir entre dans la catégorie des inexécutions contractuelles. Certes, pour certains, ces garanties fondamentales de bonne justice, si elles « ressortissent avant tout à la composante juridictionnelle du statut de l'arbitre » (T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 2, 2001, p. 616, spéc. n° 800), toucheraient aussi à la manière dont les arbitres ont conduit la procédure en ce sens que « la capacité de l'arbitre à bien mener une instance arbitrale, c'est-à-dire en ses capacités juridictionnelles [...] est contractuellement fixée dans le contrat d'arbitre » (T. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.* et *loc. cit.*).

Pour d'autres, au contraire, le devoir de respecter les principes d'ordre public procédural comme c'est le cas notamment du principe de la contradiction (C. Jarrosson, Réflexions introductives sur le principe du contradictoire dans l'arbitrage, in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 11 s.) ne peut s'analyser en une obligation contractuelle. En ce sens, il a été justement relevé que « tous les manquements à l'ensemble des règles cardinales de procédure, obligations et règles de bonne conduite qui s'impose à [l'arbitre] (contradictoire, équité, obligation de révéler les circonstances de nature à mettre en cause son indépendance) » constituent des violations à la mission juridictionnelle pour lesquelles « l'erreur fatale de raisonnement, en fait comme en droit, se confond avec la solution juridictionnelle » (P. Chevalier, Régime juridique et étendue de la responsabilité civile de l'arbitre, extrait des conclusions orales de l'avocat général, JCP 2014, n° 8, 231). Dans l'arrêt commenté, il apparaît que le tribunal arbitral doit justement bénéficier d'une immunité car la demanderesse cherchait, sous couvert d'un grief tiré de la violation du principe du contradictoire, à remettre en cause le contenu de la sentence.

La décision invite alors s'interroger sur la portée et l'étendue de la qualification retenue. Ne peut-on pas considérer que l'ensemble des exigences d'indépendance, d'impartialité, de loyauté, de célérité, de diligence, de respect des principes directeurs et de l'égalité des parties participent du processus de décision de l'arbitre ? En accord avec deux commentateurs du jugement du TGI dans la présente affaire, il nous semble que si la distinction entre ce qui relève de l'activité juridictionnelle et ce qui relève des obligations contractuelles est si incertaine « c'est précisément parce que la quasi-totalité des obligations de l'arbitre peut être rattachée à sa mission de juger. C'est d'ailleurs là l'unique fonction de l'arbitre » (J.-Y. Géraud et G. De Rancourt, préc., p. 977, spéc. p. 992. *Adde.* L. Jandard, *La relation entre l'arbitre et les parties. Critique du contrat d'arbitre*, th. dactyl. (dir. F.-X. Train), Paris Nanterre, 2018, spéc. n° 369).

Quoi qu'il en soit, après avoir retenu que la faute qui était reprochée au tribunal arbitral entrait dans le champ de son activité juridictionnelle et était, partant, couverte par son immunité, la cour d'appel devait déterminer si celle-ci devait ou non être écartée. Autrement dit, il convenait de vérifier si l'arbitre n'avait pas commis une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice. À cet égard, elle retient qu'il n'est pas reproché aux arbitres une volonté de privilégier la société allemande, « un manque d'impartialité ou d'indépendance de sorte que la faute équipollente au dol et la fraude doivent être écartées alors que les arbitres ont agi dans le souci de l'intérêt des parties et du respect de leur obligation de célérité ». En revanche, pour écarter la faute lourde, les juges du fond relèvent que les arbitres ont commis une erreur d'appréciation sur la portée et l'étendue du principe de la contradiction « sur laquelle ils n'ont pas été spécialement alertés » et « qu'aucun élément versé au débat ne permet de retenir que les parties non traduites aient pu comprendre des informations pertinentes », alors que la cour d'appel saisie du recours en annulation avait pourtant, on l'a dit, retenu le contraire pour annuler la sentence. Il est pour le moins curieux que l'existence de la faute établie par le juge saisi en premier (le juge de l'annulation) semble s'imposer au juge saisi en second (le juge de droit commun) mais qu'il n'en soit pas de même s'agissant des éléments lui permettant d'exclure la faute lourde.

En tout état de cause, si aucune faute n'est en l'espèce susceptible de faire céder l'immunité de l'arbitre, on pourrait néanmoins s'interroger, dans l'hypothèse où elle serait retenue, si une telle faute pourrait suivre le même régime que la faute résultant d'une inexécution du contrat d'arbitre. En effet, si celle-ci permet d'engager la responsabilité contractuelle des arbitres, que dire de la faute d'une gravité caractérisée dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, non couverte par l'immunité ? On ne voit pas pourquoi la responsabilité serait là aussi de nature contractuelle. En définitive, voilà bien des éléments sur lesquels l'on peut espérer que la Cour de cassation vienne se prononcer.

Mots clés :

CIVIL * Arbitrage - Médiation - Conciliation * Procédure civile

