

Numéro du document : RECUEIL/NOTE/2006/0012
Publication : Recueil Dalloz 2006, p. 274
Type de document : Note
Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 06-12-2005 n° 03-13.116

Indexation

RESPONSABILITE CIVILE

1. Responsabilité contractuelle
2. Obligation de résultat
3. Arbitre
4. Délai d'arbitrage
5. Dépassement
Sentence * Annulation * Faute

ARBITRAGE

1. Convention d'arbitrage
2. Délai d'arbitrage
3. Dépassement
4. Sentence
5. Annulation
Arbitre * Obligation de résultat * Faute * Responsabilité

La responsabilité civile de l'arbitre, au regard du temps qui passe

Pierre-Yves **Gautier**, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

1. La première Chambre civile de la Cour de cassation vient de rendre un arrêt « *historique* », pratiquement le premier du droit français contemporain, relatif à l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, ici lorsqu'il se trouve confronté aux délais de sa mission.

Un tribunal arbitral, *ad hoc* semble-t-il (*i.e.* sans l'intervention d'un Centre), est constitué par deux parties en litige, sans doute (on l'ignore) en application d'une clause compromissoire contenue dans leur contrat.

Le calendrier de l'instance arbitrale est établi selon l'usage d'un commun accord ; l'instance se déroule mais, pour des raisons que l'arrêt ne livre pas, le délai pour la « *boucler* » (de la saisine du tribunal au prononcé de la sentence) est dépassé, de sorte que la sentence est rendue hors délai.

On sait pourtant que dans ce type de situation, où l'arbitre voit le temps passer, alors que le délai expirera bientôt, s'il n'a pas eu la sagesse de prévoir dans l'acte de mission-compromis, signé par les parties, l'octroi par avance d'un délai limité, supplémentaire, il peut toujours solliciter une prorogation auprès des parties le moment venu, ou auprès du président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (art. 1456, al. 2, NCPC), que les praticiens ont coutume d'appeler le « *juge d'appui* »¹.

2. On connaît la sanction de cette imprudence : c'est la nullité de la sentence, prononcée par la cour d'appel, sur recours d'un des adversaires (art. 1484-1° NCPC).

Celle-ci est effectivement prononcée en l'espèce.

Plus tard, l'une des parties - on peut supposer que c'est celle à laquelle

l'annulation fait grief, donc, qui avait gagné - assigne les trois arbitres en responsabilité civile, considérant que le dépassement des délais leur est imputable à faute.

Les juges du fond la déboutent au motif que compte tenu du caractère spécifique, de nature juridictionnelle, de l'obligation des arbitres, ceux-ci ne constituent pas des débiteurs contractuels comme les autres, de sorte que leur faute simple, tel un défaut de diligence comme celui de l'espèce, ne suffit pas pour engager leur responsabilité.

Sur pourvoi, c'est la cassation, au visa non équivoque de l'article 1142 du code civil (violation des obligations de faire) : « *en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui [...] les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence [...]* ».

On étudiera cette obligation de résultat de solliciter une prorogation judiciaire (I), avant de rechercher le fait exonératoire des parties, lorsque le retard leur est imputable (II).

I - Obligation de résultat de solliciter une prorogation judiciaire

3. Commençons par relever, du point de vue de la nature du rapport contractuel, que le contrat d'arbitre se rapproche du mandat, sans s'y identifier complètement compte tenu de la mission juridictionnelle confiée par les parties² ; de toute façon, c'est le droit commun des obligations qui s'appliquera pour l'essentiel, ainsi que le marque notre arrêt, se fondant sur les obligations de résultat.

Un point est incontestable : à l'encontre du juge étatique, doté d'une immunité à peu près complète - et c'est heureux - dans les rapports avec les justiciables, l'arbitre, personne privée, rémunérée par les parties, même s'il partage la fonction juridictionnelle, doit répondre civilement de ses fautes et de ses erreurs³. Pas au motif de ce qu'il aurait mal jugé car, sous réserve des voies de recours (appel-réformation ou nullité), il doit pouvoir trancher paisiblement et sereinement le différend qui lui est soumis, de sorte qu'il jouit ici d'une immunité⁴. Mais pour tout ce qui relève de sa personne (indépendance) et de ses diligences (conduite de l'instance arbitrale).

La question est alors de savoir *à partir de quel degré* sa faute peut engager sa responsabilité et *comment sa preuve* en sera administrée devant le juge étatique, saisi de l'action contre lui.

4. Parce qu'il n'est pas un mandataire comme les autres et que les parties lui ont remis le pouvoir exceptionnel de mettre fin à leur différend, dans une sentence dotée de l'autorité de chose jugée, aussi pour la même raison de lui permettre de mener tranquillement le procès arbitral, on aurait tendance à ne retenir que sa *faute caractérisée*, à établir par le demandeur, conformément aux règles du droit commun sur la charge de la preuve. C'était l'opinion de Philippe Fouchard qui définissait ainsi la faute de l'arbitre : « *violation délibérée de ses devoirs de juge ou négligence caractérisée dans leur accomplissement* »⁵.

Telle est la position qu'avaient en l'espèce prise les juges du fond, mais leur arrêt est censuré⁶. Non seulement la faute n'a pas à être caractérisée, mais encore la responsabilité de l'arbitre est engagée de plein droit, dès lors que les délais sont expirés sans qu'il ait eu recours à l'article 1456 du nouveau code de procédure civile.

Cette idée de l'obligation de résultat attachée à la demande de prorogation semble ici reprise par la Cour de cassation de la doctrine arbitrale⁷. Décidément, cette

catégorie est inépuisable⁸.

Même si l'arbitre est doté d'un pouvoir juridictionnel, sa fonction n'effacerait pas les origines contractuelles de ce pouvoir. Devant l'article 1142, il n'y aurait plus un juge, mais un cocontractant ordinaire.

5. La solution est subtile : ce n'est pas le fait de tenir les délais qui constitue une obligation de résultat - plutôt de moyens, compte tenu des *multiples aléas* qui peuvent affecter une procédure arbitrale, on y reviendra *infra*, II - c'est celui de saisir le juge d'appui pour obtenir une prorogation. Rationnellement, la distinction est parfaitement justifiée. En pratique, c'est moins sûr. Une procédure - contentieuse - puisqu'elle est en la forme des référés (art. 1457 NCPC) et non sur requête, ce n'est pas forcément une petite chose pour ceux qui ne sont pas familiers du Palais, de sorte que certains peuvent hésiter à l'engager, espérer que les parties solliciteront elles-mêmes la prorogation, ou ne soulèveront pas la nullité, etc.⁹.

6. On aurait pu concevoir au contraire que l'obligation ne soit de résultat que lorsque son « *exécution ne risque pas d'être perturbée par l'intervention des litigants* », mais relève de la sphère de l'arbitre et de lui seul¹⁰. Le reste relevant de l'obligation de moyens. A partir du moment où la saisine du juge d'appui prend sa cause dans le dépassement du délai, si celui-ci n'est point imputable aux arbitres, il est peut-être trop rude de les sanctionner au titre de cette obligation purement *formelle*, alors que l'obligation *substantielle* violée, la coopération au respect du calendrier arbitral, ne serait pas de leur fait (on y reviendra aussi *infra* II).

7. Notons en outre que c'est un peu comme si la Cour de cassation érigeait la saisine du juge d'appui en une variété de *suspension du délai de prescription* de l'instance arbitrale. Ce qui compterait serait que le juge prévu par le nouveau code de procédure civile soit saisi à temps par l'arbitre, de sorte que, quelle que soit sa décision, l'instance échapperait à la prescription, en tout cas, la responsabilité de celui-ci se trouverait déchargée¹¹. La saisine d'un juge pour empêcher l'expiration d'un délai est typique des mécanismes relatifs à la prescription. Ici, on notera que la prescription extinctive prend sa source dans le contrat d'arbitrage.

8. Quoi qu'il en soit, la solution est sévère et il faudra en tenir compte. De ce point de vue, on ne peut que conseiller à ceux qui acceptent d'être arbitres de prendre une solide *assurance de responsabilité civile*. Curieusement, alors que celle-ci est obligatoire pour la consultation juridique et la rédaction des actes sous seing privé (art. 55, L. 31 déc. 1971), elle ne l'est point en matière d'arbitrage¹². Ce qui explique que les polices d'assurance proposées par les compagnies soient assez rares. C'est sans doute une question à revoir.

En outre, il faut également prendre garde aux montants des sinistres garantis, ne pas les prendre trop faibles, au risque de mauvaises surprises, si la condamnation s'avère lourde.

9. A ce sujet, à supposer que la cour de renvoi retienne la responsabilité des arbitres, on peut se demander comment elle fera pour *évaluer le dommage* des victimes. Ce n'est pas facile.

Pourtant, au départ, cela peut apparaître simple : le préjudice, c'est l'annulation de la sentence. Mais cela ne suffit pas pour mesurer le dommage.

A nouveau, on ignore quel était en l'espèce l'enjeu du différend. Imaginons qu'il se soit agi de la résolution d'un contrat aux torts et griefs d'une des parties et que les arbitres l'aient condamnée à tant de dommages-intérêts. Sera-ce alors le montant de ladite indemnisation dont le gagnant a ainsi été privé ? C'est une solution qui fait penser à d'autres cas de responsabilité des mandataires où le dommage est évalué à

la différence entre ce que le créancier aurait dû percevoir et ce qu'il a finalement reçu¹³. Ici, rien du tout, du fait de l'anéantissement de la sentence. Et si le gagnant est celui qui a fait débouter le demandeur ? Il faudra alors évaluer la « *perte d'une victoire* », encore plus malaisé.

10. Enfin, il y a un point qu'il ne faut pas oublier : la *clause compromissoire*, à partir de laquelle la plupart des instances arbitrables sont nouées, est toujours en vigueur, de sorte que la partie qui avait gagné le litige, aux termes de la sentence annulée, peut parfaitement reprendre la procédure en repartant de zéro¹⁴. Certes, il y aura tout le temps perdu et peut-être le nouveau tribunal arbitral décidera-t-il autrement, mais pour l'instant, on n'en sait rien, *c'est trop tôt*.

S'il décide comme le précédent, la victime recevra son indemnité et son dommage ne sera donc pour l'essentiel, outre les frais et honoraires supplémentaires, *que du retard pris* dans la réparation. Car il ne paraît pas possible de l'indemniser deux fois¹⁵.

Et si elle ne fait pas jouer à nouveau la clause compromissoire, les arbitres « *débiteurs* » ne pourront-ils pas lui reprocher de n'avoir point cherché à *minimiser son dommage* ?

Toutes ces questions sont très nouvelles et c'est grâce à l'arrêt commenté qu'on peut se les poser.

II - Le retard des parties, fait exonératoire

11. Admettons la présomption. La matière du temps de l'instance, enserré dans un délai - le contrat d'arbitrage est à durée déterminée en matière interne - joue un rôle fondamental, alors que, par contraste, la justice étatique y est moins sensible, même si elle ne ménage pas ses efforts pour accélérer l'instruction et le jugement des affaires. Dans celle-ci, sauf cas exceptionnels, il n'y a pas d'enjeu impératif d'ordre temporel, de délai ni de prescription spécifique. Les parties traînent des pieds, demandent des renvois aux audiences de procédure, pour des motifs réels ou moins convaincants ? C'est leur affaire, sauf à ce que le juge de la mise en état les rappelle à l'ordre, clôture l'affaire, ou les menace d'une radiation.

La situation est toute autre dans l'arbitrage. A partir du moment où, par définition, le déroulement de la procédure est autant sinon plus l'affaire des parties que de l'arbitre et qu'elles y jouent un rôle actif, il convient de se montrer prudent quant à l'engagement de la responsabilité du juge privé, pour la tenue des délais impératifs, inscrits dans l'acte de mission¹⁶.

En pratique, les retards sont fréquemment dus au fait que certaines parties rendent leurs mémoires tardivement ; il suffit que l'une d'entre elles dépose son mémoire en demande avec une semaine ou un mois de retard, pour que la réplique de l'autre en prenne deux, la duplique, trois, etc.

Ils peuvent aussi s'expliquer par des incidents entre elles (échanges parfois peu amènes de lettres hors mémoires entre avocats, communication de pièces contestées, etc.).

Ce sera rarement, même si cela arrive, après respect scrupuleux des délais par les parties, parce que le tribunal aura dépassé la date limite de son délibéré, dont la durée est précisément calculée assez largement lors de la rédaction de l'acte de mission et de l'établissement du calendrier procédural.

12. A cet égard, on peut regretter que la Cour de cassation, sans se livrer aux excès de longueur européens, ne motive pas un soupçon de plus ses décisions. Par exemple, ici, on aurait aimé savoir au moins deux choses : 1) de *combien* de semaines

ou de mois le délai (et quel était-il ?) avait-il été dépassé ; 2) à qui ce ralentissement pouvait-il être imputé, à l'une et/ou l'autre des parties, ou bien au tribunal arbitral, seul ?

En effet, s'il est établi que le demandeur à l'action en responsabilité, « victime en titre », se trouve pour tout ou partie à l'origine du ralentissement, il semblerait assez choquant qu'il soit en droit d'engager la responsabilité des arbitres. Peut-être en l'espèce n'était-ce pas du tout le cas et le retard devait-il être imputé exclusivement à l'autre partie ou aux arbitres, mais il eût été souhaitable de le relever.

Il est même clair que dans les hypothèses où la négligence du demandeur serait établie par l'arbitre défendeur, celui-ci pourrait alors formuler une *demande reconventionnelle* en responsabilité contractuelle, pour voir constater celle du demandeur, puis solliciter la compensation judiciaire des créances réciproques.

Dans l'hypothèse où il serait au contraire prouvé que c'est l'adversaire du demandeur qui traînait des pieds, l'arbitre pourra peut-être néanmoins lui rappeler que *la victime aussi* avait qualité pour saisir le juge d'appui, ainsi que le prévoit l'article 1456. S'il y a péril, on ne voit pas pourquoi, contrairement à l'arrêt annoté qui semble établir une sorte de règle de subsidiarité pesant sur l'arbitre, seul celui-ci devrait faire diligence auprès du juge étatique, alors que l'instance arbitrale jouit d'un caractère *accusatoire* prononcé.

13. Ce qu'on pourrait qualifier de « *principe de diligence* » dans le contrat d'arbitre ne saurait être à sens unique : les parties également doivent coopérer à la bonne marche de l'instance arbitrale et ne pas mettre en cause la responsabilité de l'arbitre sans un juste motif, qui ne leur soit pas imputable, fût-ce partiellement¹⁷.

De sorte qu'on pourrait au moins proposer le système suivant : *présomption simple* de responsabilité des arbitres, du fait du dépassement des délais, mais possibilité de s'exonérer totalement ou partiellement, par la preuve de l'absence de faute, ou du fait des parties, même s'il ne revêt pas les caractères d'une cause étrangère.

14. Au total, il est assez difficile de prendre parti sur ce « *coup de semonce* », sous forme de première, adressé aux arbitres français - et derrière eux, internationaux, en tant que la loi française régirait la procédure et que des délais seraient prévus - par l'arrêt commenté : d'un côté, il y a la volonté, qu'on ne peut qu'approuver, de rendre ceux-ci plus soucieux de la conduite des instances qui leur sont confiées, car ce n'est plus seulement l'annulation de leur sentence qui les guette désormais, mais une possible mise en jeu de leur responsabilité. Ce qui, outre les aspects strictement pécuniaires, couverts par l'assurance, peut être extrêmement désagréable, tant du point de vue psychologique que de la réputation des « *condamnés* », même si les décisions, lorsqu'elles sont divulguées, sont pour le plus clair « *anonymisées* ».

Mais, de l'autre, il y a le trouble provoqué dans la sérénité de l'arbitre, alors qu'il est préférable d'éviter que tant lui-même que le juge étatique se voient « *instrumentalisés* » par les parties.

Outre le fait qu'il faut s'intéresser de plus près à l'assurance de responsabilité des arbitres, on ne peut, au titre de « *principe de précaution* » arbitral, que recommander l'insertion systématique d'une clause de prorogation de délai raisonnable dans l'acte de mission¹⁸. De sorte que personne n'aura alors à se plaindre et que la loi du contrat s'appliquera, tout bonnement.

Notes

¹ Le délai « peut être prorogé soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du tribunal

arbitral, par le président du tribunal de grande instance [...] ». On reviendra plus bas (n° 12) sur cet éventail de personnes ayant qualité pour saisir le juge d'appui.

2 V. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 1211 ; pour sa qualification *sui generis* - contrat « d'arbitre », T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 1041 s.

3 V. not., J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27e éd., Dalloz, 2003, n° 1653 ; Cass. civ., 29 janv. 1960, motifs, D. 1960, Jur. p. 262 ; RTD civ. 1960, p. 348, obs. P. Hébraud ; CA Paris, 12 oct. 1995, Rev. arb. 1999, p. 324, note P. F. : « le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions du droit commun, sur le fondement de l'art. 1142 c. civ. ».

4 P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* ; T. Clay, De la responsabilité de l'arbitre, in *El contrato de arbitraje*, Legis, 2005, p. 545 s.

5 Rev. arb. 1996, p. 364-365 : « l'arbitre n'est pas un mandataire responsable de toute faute contractuelle » (mais il n'est pas sûr qu'il l'appliquait à la non-prorogation régulière des délais, V. *infra*) ; V. égal., P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* (« violation grave des devoirs de sa fonction ») ; J. Béguin et alii, *Droit du commerce international*, Litec, 2005, n° 2608.

6 V. déjà, CA Paris, 12 oct. 1995, préc. : la responsabilité de l'arbitre « peut donc être engagée par tout manquement à ses obligations positives ».

7 V. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1149.

8 Rapp. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 948. L'avant-projet de réforme du droit des obligations propose de la consacrer dans le code civil (art. 1149).

9 En vérité, tout dépendra du retard pris par rapport à la date prévue pour la reddition de la sentence : un retard d'une semaine ou d'un mois, ce n'est tout de même pas un semestre ou un an. Même si l'art. 1484 NCPC ne le précise pas, le juge étatique devrait s'attacher au *grief*, avant d'annuler, de la même façon que le prévoit, par ex., l'art. 114, al. 2, du même code, sur les nullités de forme des actes de procédure. Au minimum, l'appréciation *in concreto* du fait illicite de l'arbitre s'impose.

10 T. Clay, art. préc., p. 556-557, qui donne précisément comme contre-exemple la question des délais ; ainsi que sa thèse préc., n° 794, où il en tire la conséquence que le respect du délai ne saurait être qu'une obligation de moyens.

11 Rappelons que c'est la forme du référé qui sera adoptée, c'est-à-dire que le ou les arbitres (ou le président du collège) saisiront le président du TGI par voie d'assignation contre les parties. Ils devront exposer les motifs de la demande de prorogation, puis énoncer le *quantum* de prorogation requise ; après quoi le juge tranchera. On le voit mal refuser la prorogation, même si, en théorie, il en a le pouvoir, auquel cas c'est terminé, l'instance est caduque et il faut tout recommencer.

12 V. T. Clay, thèse préc., n° 952-954.

13 Par ex., Cass. com., 27 avr. 1993, Bull. civ. IV, n° 157, RTD civ. 1994, p. 128, et les obs.(commissaires-priseurs/sociétés de ventes volontaires de meubles) ; ou 4 févr. 2004, D. 2004, Jur. p. 2330, note C. Bloud-Rey ; RTD civ. 2004, p. 310, et les obs., et p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004, p. 587, obs. B. Bouloc ; Rev. sociétés 2004, p. 863, obs. J. Moury ; JCP 2004, II, 10087, note C. Castets-Renard ; Contrats, conc. consom. 2004, Comm. n° 56, note L. Leveneur (experts sur la détermination du prix).

14 Rapp. T. Clay, art. préc., p. 555 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4e éd., Litec, 2004, n° 1333.

15 Par ex., la sentence annulée avait octroyé 100 000 euros à la victime contre son adversaire ; elle fait condamner l'arbitre pour une somme avoisinante ; puis une nouvelle sentence condamne le cocontractant à

un montant équivalent. Certes, les cas de responsabilité et les parties sont différents, mais il y a tout de même un problème.

16 V. T. Clay, D. 2005, Pan. p. 3050, spéc. p. 3061 : « *la bonne marche de l'instance arbitrale dépend aussi de la collaboration loyale des parties et de leurs conseils* ».

17 Sur la commutativité des obligations des parties dans le contrat d'arbitrage, ainsi que sur le devoir de respect dû à l'arbitre, V. M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Joly, 1990, n° 728.

18 Par ex. : « *les arbitres pourront décider d'une prorogation de la procédure d'un délai de 6 mois supplémentaires, dont ils useront en cas de complications pour quelque cause que ce soit qui ne leur est pas imputable, après en avoir informé les parties* ». Une telle stipulation est préférable au jeu de la prorogation tacite, jamais sûre, souvent équivoque.

- Fin du document -