



HAL
open science

Étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice

Hossam Mohamed Gamaleldin

► **To cite this version:**

Hossam Mohamed Gamaleldin. Étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français. NNT : 2014PA010301 . tel-01982190

HAL Id: tel-01982190

<https://theses.hal.science/tel-01982190v1>

Submitted on 15 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS I – PANTHEON SORBONNE
SCIENCES ECONOMIQUES, SCIENCES HUMAINES, SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

**ETUDE DES REGLES D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS
L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : VERS UNE INDEMNISATION
ADEQUATE DU PREJUDICE**

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE (PARIS I) PANTHEON-SORBONNE

Discipline : Droit privé et Sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Hossam MOHAMED GAMALELDIN

Le 31 mars 2014

Directeur de recherche

Monsieur Philippe DELEBECQUE

Professeur à l'Université (Paris I) Panthéon-Sorbonne

JURY

M. Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université de Paris I, directeur de recherche.

M. Jalal EL-AHDAB, Docteur en droit, Avocat à la Cour.

M. Michel SEJEAN, Professeur à l'Université de Vannes, rapporteur.

M. Christophe SERAGLINI, Professeur à l'Université de Paris-Sud, rapporteur.

UNIVERSITE PARIS I – PANTHEON SORBONNE
SCIENCES ECONOMIQUES, SCIENCES HUMAINES, SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

**ETUDE DES REGLES D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS
L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : VERS UNE INDEMNISATION
ADEQUATE DU PREJUDICE**

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE (PARIS I) PANTHEON-SORBONNE

Discipline : Droit privé et Sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Hossam MOHAMED GAMALELDIN

Le 31 mars 2014

Directeur de recherche

Monsieur Philippe DELEBECQUE

Professeur à l'Université (Paris I) Panthéon-Sorbonne

JURY

M. Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université de Paris I, directeur de recherche.

M. Jalal EL-AHDAB, Docteur en droit, Avocat à la Cour.

M. Michel SEJEAN, Professeur à l'Université de Vannes, rapporteur.

M. Christophe SERAGLINI, Professeur à l'Université de Paris-Sud, rapporteur.

**ETUDE DES REGLES D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS
L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : VERS UNE INDEMNISATION
ADEQUATE DU PREJUDICE**

A mes parents et ma femme

A mon beau père

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Philippe Delebecque d'avoir accepté de diriger ma thèse, ainsi que pour son attention bienveillante, sa disponibilité, son soutien et sa confiance. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma sincère gratitude.

J'adresse tous mes remerciements à mes parents dont le soutien et les encouragements furent constants. Que mon beau père reçoive également mes remerciements distingués pour les encouragements et assistances dont il m'a fait part tout au long du travail de thèse. Je remercie tout spécialement ma femme du soutien qu'elle m'a accordé. Je ne manque pas d'adresser aussi à mon frère Nabil mes remerciements chaleureux.

J'adresse de même ma sincère reconnaissance à mon cher ami Docteur Souleymane Soumaoro, ainsi qu'à Madame Sharawi pour leurs relectures attentives et leurs conseils.

Mes remerciements vont aussi, bien sûr, à tous les amis qui m'ont accompagné dans l'aventure de la thèse. Leur entourage chaleureux m'a aidé et motivé à accomplir ce travail.

L'Université (PARIS I) PANTHEON – SORBONNE n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I. LES REGLES FONDAMENTALES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	22
TITRE I. LES FACTEURS ESSENTIELS D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	23
CHAPITRE I. LES FAITS GENERATEURS D'INDEMNISATION.....	24
CHAPITRE II. L'EXIGENCE DU PREJUDICE INDEMNISABLE	78
TITRE II. LES MECANISMES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	135
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	136
CHAPITRE II. LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	197
PARTIE II. LES REGLES CONTINGENTES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	254
TITRE I. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT FAUTIF DES PARTIES.....	255
CHAPITRE I. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES INCOMBANT A LA PARTIE LESEE POUR MINIMISER LES PREJUDICES SUBIS	256
CHAPITRE II. L'INCIDENCE DE LA FRAUDE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	330
TITRE II. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT NON FAUTIF DES PARTIES	389
CHAPITRE I. LA THEORIE DE LA FORCE MAJEURE.....	390
CHAPITRE II. LES CLAUSES CONTRACTUELLES TENANT A LA DETERMINATION DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	432
CONCLUSION GENERALE	476

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
AC	Appeal Cases
Adde	Ajouter
A.J.C.L	American Journal of Comparative Law
al.	Alinéa
Arb. Int.	Arbitration International
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Boston Univ. L.R.	Boston University Law Review
Bull. CCI	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
Bull. Civ.	Bulletin Civil de la Cour de Cassation
c.	Contre
C.A.	Cour d'appel
Gazette de la C.A.M.P.	Gazette de la Chambre de l'Arbitrage Maritime de Paris
Cass.	Cour de cassation
CCI	Chambre de commerce internationale (ICC)
cf.	<i>Confer</i> (comparez)
chr.	Chronique
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ICSID)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit du commerce International (UNCITRAL)
Com.	Chambre Commerciale de la Cour de Cassation
CPC	Code de Procédure Civile
CUP	Cambridge University Press
CVIM	La Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises du 11 avril 1980.
D.	Recueil Dalloz

Def. Couns. J.	Defense Counsel Journal
dir.	Sous la direction de
DPCI	Droit et Pratique du Commerce International
Dr. & Patr.	Droit et Patrimoine
éd.	Edition, éditeur
FAA	Fédéral Arbitration Act
Finish Y.B.I.L.	Finish Yearbook of International Law
GAJC	Grands Arrêts de Jurisprudence Civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Geo. Wa. L. Rev	George Washington Law Review
Harv. I.L.J	Harvard International Law Journal
I.A.L.R	International Arbitration Law Review
<i>Ibid.</i>	Ibidem, le même en droit
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICC Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin (Paris)
ICSID Rev. - FILJ	ICSID Review, Foreign Investment Law Journal
ILM	International Legal Materials
ILR	International law Reports
In	Dans
Infra	Ci-dessous
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review
JCP	Jurisclasseur Périodique, La Semaine juridique
JCP E	Jurisclasseur Périodique, édition Entreprise
JCP G	Jurisclasseur Périodique, édition Générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
J. Marshall L. Rev.	The John Marshall Law Review
La. L.R.	Louisiana Law Review
Law & Comtemp. Probs.	Law & Contemporary Problems
LCIA	London Court of International Arbitration
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LQR	Law Quarterly Review

LUVI	La Convention de La Haye du 1 ^{re} juillet 1964 portant loi uniforme Sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels
n°	Numéro
New York L.J	New York Law Journal
Obs.	Observations
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
OUP	Oxford University Press
p.	Page
PDEC	Les Principes du Droit Européen des Contrats
préc.	Précité(e)
Préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RDC	Revue des Contrats
Rép. Déf.	Répertoire Defrénois
Resp. civ. et assur.	Responsabilité Civile et Assurances
Rev. arb.	Revue de l'Arbitrage
Rev. dr. Suisse	Revue de Droit Suisse
R.G.	Rôle Général (Belgique)
R.G.A.R.	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
RIAA	Reports of International arbitral awards
RJT	Revue Juridique Thémis
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD Com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
s.	Suivant(e)s
spéc.	Spécialement
Stetson L. Rev.	Stetson Law Review
Stockholm Arb. Rep.	Stockholm Arbitration Report
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome

TGI	Tribunal de grande instance
U.N.R.I.A.A.	Review of International Arbitral Awards (Recueil des Sentences Arbitrales)
V.	Voir
Vol.	Volume
Yale L.J.	Yale Law Journal
YBCA	Yearbook Commercial Arbitration
YB.I.L.C.	Yearbook International Law Commission

INTRODUCTION GENERALE

1. – Le concept classique de la réparation. – La question de l'indemnisation du préjudice est soumise surtout aux règles qui déterminent l'étendue de la réparation. L'indemnisation intégrale du préjudice est un principe général en la matière, régissant l'évaluation de l'indemnisation due. Ce principe tend à maintenir l'équivalence entre le préjudice subi, d'un côté, et l'indemnisation due, de l'autre¹. C'est ce que certains appellent le principe d'équivalence quantitative², qui assure que l'indemnisation allouée correspond au préjudice réellement subi³. Dès lors, ce qui compte essentiellement, c'est que l'indemnisation octroyée soit appropriée par rapport au préjudice⁴.

2. – Par suite, il s'avère que l'idée classique de l'indemnisation du préjudice consiste dans la réparation de tous les dommages réclamés et réellement subis par la partie lésée. Ainsi, on constate que le droit positif français adopte une position selon laquelle une indemnisation ne doit pas excéder⁵ ni être inférieure⁶ au préjudice subi, sans regard au degré de la faute commise par l'autre partie, ni à la nature de celle-ci. Par exemple, que la faute commise soit simple ou intentionnelle importe peu pour l'évaluation de l'indemnisation. La solution ne change pas en principe en matière d'arbitrage international. En somme, une telle réparation « intégrale » s'appuie sur l'idée de l'indemnisation du seul préjudice subi⁷. Au surplus, il est évident de considérer que seul le préjudice résultant du fait générateur d'indemnisation peut faire l'objet de la réparation. Cette conception de l'indemnisation tend essentiellement à ne pas permettre une

¹ V. G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2010, n° 57 et s., pp. 154 et s.

² V. M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Bibliothèque de droit privé, LDGJ, 1974, p. 297.

³ V. Fabrice Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 33.

⁴ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^e éd., Paris, Dalloz 2012, n° 2521 et s.

⁵ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2003, n°00-21.114, *Bull. Civ. I*, n° 89 ; Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2007, n° 06-14.174, *Bull. Civ. I*, n° 368.

⁶ V. par ex. Cass. 2^e civ., 19 juin 1968, *Bull. Civ. II*, n° 183.

⁷ V. en ce sens, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 2, Vol. I, *Les obligations, Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 588 ; G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2010, *op. cit.*, n° 57 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Paris : Dalloz 2011, n° 387.

réparation sans limite⁸. La jurisprudence française a fait preuve, à plusieurs reprises, de cette règle. On peut citer, à titre d'exemple, un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 15 décembre 2009, qui a pu constater expressément que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ». En l'espèce, la partie demanderesse, qui a subi des violences aggravées, a demandé des dommages-intérêts d'une somme de 540 000 euros en réparation de son préjudice professionnel futur. Pour la débouter de sa demande, la Cour d'appel a décidé que le demandeur profite de la pension de l'invalidité versée par la Cotorep. De plus, il ne s'agit pas de perte de gains professionnels futurs, et le demandeur n'a pas prouvé son incapacité de poursuivre la gestion de son fonds de commerce. La Cour de cassation a cassé cet arrêt précité en ses dispositions relatives au préjudice professionnel du demandeur. Dans le but de réparer intégralement le préjudice subi par le demandeur, la Cour a énoncé que la pension d'invalidité n'a pas de caractère indemnitaire ainsi qu'il résulte des constatations de la victime qu'elle est dans l'incapacité de reprendre et de gérer ses activités tout seul, dans les mêmes conditions antérieures aux faits dommageables⁹.

3. – On peut citer aussi un exemple de l'exigence d'une réparation intégrale d'après la codification de la Commission de droit international sur la responsabilité de l'Etat pour les faits internationalement illicites. L'article 31 de la *CDI* dispose que « *L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite* ». Le Tribunal arbitral, dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation*, dont la sentence a été rendue le 5 octobre 2012, s'est référé expressément au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice pour calculer le montant de l'indemnisation due en l'espèce¹⁰. L'intérêt de cet exemple réside notamment dans le montant gigantesque de l'indemnisation accordée par le Tribunal, fixé à 1 769 625 000 dollars américains. Une telle indemnisation a été accordée aux investisseurs pour réparer intégralement leurs préjudices subis à cause de la résiliation de leur contrat d'investissement conclu par l'Etat d'Equateur. Le Tribunal a considéré, en examinant les faits, qu'il s'agissait d'une violation du standard du traitement juste et équitable par l'Etat contractant,

⁸ V. Cyrille Charbonneau, *La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer*, *RLDC*, septembre 2013, pp. 19 et 20.

⁹ Cass. crim. 15 décembre 2009, n° 09-82.873, *JurisData* n° 2009-051119, *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 4, Avril 2010, comm. 69, p. 11, note Hubert Groutel.

¹⁰ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. La République d'Equateur, CIRDI*, affaire n° ARB/06/11, sentence rendue le 5 octobre 2012, *A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International*, par Dietmar W. Prager, paras 667-668.

ainsi que du standard d'expropriation, prévus dans le Traité bilatéral d'investissement "TBI" applicable. Sachant que l'indemnisation accordée en l'espèce s'est élevée à presque 2,3 milliards de dollars américains en ajoutant les intérêts moratoires¹¹.

4. – Toutefois, il faut prendre en compte que, peu importe le montant de l'indemnisation éventuellement dû, la conception restrictive de la réparation a pour effet d'écarter certains types de dommages-intérêts, comme, par exemple, les indemnisations punitives¹². Or, certains ont relevé l'invocation de la fonction punitive de la responsabilité civile. Cette tendance tente à prouver que l'aspect punitif de la sanction n'est pas contradictoire avec l'aspect indemnitaire de celle-ci en ce qui concerne la réparation du préjudice¹³. Par ailleurs, même en dehors des peines privées, une application classique du principe de l'indemnisation intégrale se voit se heurter à certaines conceptions relatives au mécanisme de l'indemnisation du préjudice et de la méthodologie de l'évaluation de celle-ci.

La philosophie de la réparation - une notion plus large de l'indemnisation :

5. – **(L'aspect moral de l'indemnisation) : l'existence d'une source tant morale que juridique de la règle de la réparation du préjudice dans le droit des obligations.** – Il est important de noter que le concept de l'indemnisation du préjudice est issu d'une règle morale, et non pas seulement purement juridique¹⁴. Conformément à cette logique, l'aspect moral doit être pris en compte dans le droit des contrats. Par conséquent, l'insertion et la défense des idées morales dans le droit des contrats sont autant importantes que la rédaction des textes de droit¹⁵. Ainsi, l'établissement des normes juridiques dans le droit des obligations est le corollaire de l'existence de la règle morale, vu que les textes juridiques sont censés sanctionner la violation de celle-ci.

6. – **(L'aspect économique dans l'indemnisation du préjudice).** – S'ajoute à cet aspect moral visé par le droit, un autre consistant dans la protection de l'économie du contrat. Cet

¹¹ *Ibid.*, paras 791-798, 848-849.

¹² V. Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, CDPPOC, 2012, p. 215.

¹³ V. sur ce sujet, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995, pp. 89 et s.

¹⁴ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 1.

¹⁵ *Ibid.*, p. 29.

aspect économique a toujours constitué un intérêt que les textes juridiques ont vocation à sanctionner. On peut constater, selon cette perspective, que la prononciation d'une sanction durant la période de la formation du contrat, malgré l'absence d'une réglementation juridique concernant cette phase précontractuelle dans le Code civil français, est toujours possible¹⁶. Certes, il s'avère que la protection de l'économie du contrat ou du marché peut tout à fait justifier la sanction de toute violation à cet égard.

7. – Sachant que la protection de l'aspect économique en droit français s'avère d'une moindre importance que la sanction de la règle morale, on peut déduire que cette tendance peut être expliquée par la volonté de respecter strictement le principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. Toutefois, cet aspect économique du droit reste indéniable en ayant, certes, un impact sur l'indemnisation du préjudice¹⁷. On verra, tout au long de notre étude sur les règles d'indemnisation du préjudice, que la prise en compte du facteur de l'utilité économique occupe une importance considérable dans les législations internes des Etats, ainsi que dans l'arbitrage international.

8. – L'indemnisation du préjudice dans le cadre de la responsabilité contractuelle. – On s'intéresse principalement, dans notre recherche, à l'étude des règles de l'indemnisation sous la responsabilité contractuelle. L'arbitrage international s'appuie toujours sur un engagement juridique conclu entre les parties. De son côté, la convention d'arbitrage a pour intérêt de mettre au clair le rapport juridique des contractants dans le cas du recours à l'arbitrage. En outre, l'arbitrage se conduit normalement soit sur la base d'un contrat conclu entre les parties soit sur la base d'un traité organisant leur rapport juridique, souvent sous la forme d'un traité bilatéral d'investissement.

9. – La prédominance de l'aspect indemnitaire des dommages-intérêts contractuels : une controverse néanmoins relevée en la matière. – Les règles de la responsabilité contractuelle relatives à la réparation dans le droit positif ne semblent pas très claires en ce qui concerne la question du rôle des dommages-intérêts sous l'aune de l'hypothèse de la violation

¹⁶ V. dans ce sens, Daniel Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, *RTD civ.* 2004.1.

¹⁷ Sébastien Pimont, *Critique des théories de la formation du contrat*, *Etude de droit civil français*, 2010, 44-3, *R.J.T.*, 121, pp. 140-142.

contractuelle. D'abord, il est bien constaté que des dommages-intérêts sont dus à la partie lésée en cas d'inexécution des obligations contractuelles de la part de son cocontractant. Alors la question qui se pose à ce stade porte sur le rôle de cette indemnisation. Une telle indemnisation a-t-elle vocation à réparer le préjudice subi par l'inexécution contractuelle, ou son rôle se borne à atteindre une exécution par équivalent dudit contrat ? Sachant que le rôle des dommages-intérêts dans ce dernier cas servirait pour assurer la bonne exécution du contrat, par opposition à la fonction indemnitaire de ceux-ci¹⁸.

10. – Une controverse doctrinale est susceptible d'être relevée dans le droit positif français sur le rôle de l'indemnisation sous le régime de la responsabilité contractuelle¹⁹. On constate qu'une partie de la doctrine est attachée à l'idée selon laquelle les dommages-intérêts en matière de la responsabilité contractuelle sont destinés à garantir l'exécution du contrat, comme étant prévus par les parties. C'est donc pour assurer l'exécution du contrat conclu, par une sorte d'exécution par équivalent, laissant à part l'idée de la réparation en elle-même²⁰. En revanche, une autre partie de la doctrine défend l'exigence de l'aspect indemnitaire en cas d'inexécution dans le droit des contrats²¹.

11. – Plusieurs théories ont été élaborées pour justifier le concept de la réparation dans la responsabilité contractuelle. Il y a parmi ces théories, celle qui invoque l'unification du régime des responsabilités. A cela, les dommages-intérêts sont susceptibles d'indemniser le préjudice subi, tant dans le régime de la responsabilité contractuelle que dans celui de la responsabilité délictuelle²². Il s'avère que la fonction indemnitaire de la réparation en matière contractuelle est largement connue. Toutefois, on constate qu'il est difficile, au sens juridique, d'approuver l'idée de l'unification totale des deux régimes des responsabilités contractuelles et délictuelles, malgré

¹⁸ Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, CDPPOC, 2012, *op. cit.*, p. 217.

¹⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris : PUF, 2004, pp. 2185-2186.

²⁰ V. par ex. Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982, n° 160, pp. 63-64 ; D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD Civ., 1994, p. 223 ; Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD Civ., 1997, p. 323.

²¹ V. en ce sens, G. Viney, *La responsabilité contractuelle en question*, Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921 ; C. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, Mél. P. Catala, Litec, 2001, p. 243 ; E. Savaux et R.-N. Schutz, *Exécution par équivalent, Responsabilité et droits subjectifs*, Mél. J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 271.

²² Sur cette théorie de l'unification du régime juridique des responsabilités, v. J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, thèse, Rennes, 1892.

son existence dans la doctrine²³. Or, cette dernière s'avère en général plutôt soucieuse de trouver un compromis, en dehors de la théorie précitée de l'extrême monisme, dans l'application des règles de ces deux régimes juridiques de responsabilités, afin de permettre l'indemnisation du préjudice en matière contractuelle²⁴. En somme, on constate qu'il est tout à fait acceptable d'envisager l'aspect indemnitare de la réparation dans le domaine de la responsabilité contractuelle, en admettant qu'il s'agit ainsi d'un régime juridique distinct de celui de la responsabilité délictuelle²⁵. Au demeurant, il s'avère que la structure du système juridique français supporte cette solution dans la codification du Code civil. Il s'agit d'une distinction explicite entre les deux régimes de responsabilités, notamment déduite des articles du Code civil cités sous la section spécifiée traitant des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation²⁶.

12. – La présomption du préjudice en matière contractuelle. – Par ailleurs, on peut relever, tant dans le droit positif français que dans l'arbitrage international, que le préjudice est parfois présumé de la faute. Or, une telle pratique ne s'avère pas cohérente avec l'application stricte du principe de l'indemnisation intégrale. A titre d'exemple, on peut constater que le juge français a considéré qu'il s'agit d'un « trouble commercial », nécessitant la réparation de la partie lésée, dans le cas de l'établissement d'un « acte de concurrence déloyale »²⁷. Ce qui signifie que le trouble commercial, initié par la faute d'une partie contractante, peut être considéré comme une présomption de la survenance du préjudice en exigeant, par la suite, l'indemnisation de celui-ci. De ce fait, la faute contractuelle consistant en la violation de l'une des obligations inscrites dans les clauses du contrat, ayant un impact sur l'engagement juridique entre les parties, peut justifier l'allocation des dommages-intérêts. Dès lors, le préjudice peut ainsi être présumé du fait de la violation contractuelle, et cela sans avoir besoin de distinguer la notion du dommage de celle du préjudice²⁸.

²³ V. par ex. Wester-Ouisse, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale*, *RTD Civ.*, 2010, p. 419.

²⁴ V. en ce sens, G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., t. I, 2008, n° 242 et s.

²⁵ Sue cette argumentation juridique, v. P. Ancel, *La responsabilité contractuelle, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Dalloz*, 2003, pp. 243 et s.

²⁶ V. Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, *Université de Savoie, CDPPOC*, 2012, *op. cit.*, pp. 218-219.

²⁷ Com. 9 octobre 2001, n° 99-16.512, *RTD Civ.* 2002, 304, note P. Jourdain.

²⁸ Sur ce point, v. Laurène Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, *RTD Civ.*, 2013, N° 2, pp. 288 et s.

13. – Par ailleurs, il est important de noter qu’il s’agit d’une différence juridique entre la présomption du préjudice du fait de l’établissement de la faute et la non-exigence de celui-ci pour la réparation. Cette dernière hypothèse se voit refusée par la majorité de la doctrine, notamment dans le système du droit civil²⁹. Et cela, par opposition à la position adoptée dans le système juridique de *common law* en matière contractuelle, où un remède est dû dans le cas de la violation du contrat afin de sanctionner l’inexécution contractuelle, et ainsi indemniser la partie lésée de cette inexécution³⁰. De là, il est simple de déduire, pour les juristes de *civil law*, que le sujet de l’indemnisation, en cas d’inexécution contractuelle, relève de la question de la preuve³¹. La raison de cette constatation réside dans l’exigence du préjudice pour la réparation d’après la tradition civiliste.

14. – L’importance de l’arbitrage dans le règlement des différends de commerce international. – Le recours à l’arbitrage revêt une importance exceptionnelle en matière de litiges commerciaux internationaux. En comparaison avec les justices étatiques, l’arbitrage se réserve une place largement dominante dans la résolution des conflits des transactions internationales. Il ne sera pas exagéré de constater que l’arbitrage international joue un rôle de substitution des juridictions internes des Etats dans ce domaine³². Ce phénomène s’avère clairement dans les clauses d’arbitrages insérées dans les contrats du commerce international dans lesquelles les parties réfèrent à l’arbitrage international la résolution de leurs litiges sur la base du contrat conclu. Toutefois, les parties sont toujours libres de choisir la *lex causae* qui leur semble la plus pertinente dans leur cas. Cette *lex causae* constitue donc la loi applicable au fond du litige que les arbitres internationaux seront tenus d’appliquer sur un tel différend³³.

15. – Il est important de relever ainsi la présence des clauses d’arbitrage dans ces contrats internationaux. Une pratique qui n’est pas vraiment récente, et incarnée depuis longtemps par les agents commerciaux en matière des transactions internationales. Une des statistiques déclarées à cet égard aux Etats-Unis en 2006 indique que ces clauses d’arbitrages choisies par les parties

²⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, 3. Le rapport d’obligation*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 198.

³⁰ D. Tallon, *L’inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD Civ., 1994, pp. 223 et s.

³¹ V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 575 et s., pp. 493 et s.

³² Horatia Muir Watt, *Economie de la justice et arbitrage international : Réflexion sur la gouvernance privée dans la globalisation*, Rev. Arb., 2008, N° 3, p. 389.

³³ V. G. Cornu, « *Vocabulaire juridique* », Association H. Capitant, PUF, 1987, p. 464.

apparaissent dans 90% des contrats internationaux³⁴. Dès lors, l'importance de l'arbitrage commercial international s'avère incontestablement primordiale sur le marché global³⁵.

16. – L'importance du traitement du préjudice dans l'arbitrage international. – Le rôle marquant de l'arbitrage international pour résoudre les conflits en matière du commerce international devient de plus en plus significatif grâce à plusieurs facteurs pratiques. L'arbitrage représente un mode de règlement judiciaire alternatif très efficace pour le marché international³⁶. Malgré le débat juridique à cet égard³⁷, les agents commerciaux ne cessent de recourir à l'arbitrage international en tant que mode privilégié pour le règlement de leurs litiges. Au demeurant, l'arbitrage commercial international représente plusieurs avantages pour ces parties aux litiges. Pour elles, l'arbitrage exprime un moyen judiciaire qui compense leur méfiance à l'égard des juridictions internes des Etats. De plus, le recours à l'arbitrage permet aux justiciables d'éviter la lourdeur des procédures, en ayant des procès judiciaires plus rapides via des arbitres internationaux³⁸.

17. – Dans le même ordre d'idées, il nous semble aussi que le mécanisme de l'indemnisation du préjudice par les arbitres représente une aussi grande importance pour les justiciables et doit proposer ainsi des solutions satisfaisantes aux parties. Solutions susceptibles de confronter les difficultés pratiques et de répondre aux attentes légitimes des acteurs du commerce international dans le cadre de l'exécution des opérations commerciales internationales. Dans ce sens, il sera plus judicieux que la méthodologie de l'indemnisation soit basée sur la réparation de l'intérêt lésé, peu importe que tous les préjudices subis soient mathématiquement évaluables ou non. Dès lors, il est important de trouver des moyens juridiques pour indemniser, voire punir, toute violation contractuelle résultant des préjudices

³⁴ Christopher R. Drahozal, *New experiences of international arbitration in the United States*, 54 *A.J.C.L.*, 2006, 233, 246-49.

³⁵ Horatia Muir Watt, *Economie de la justice et arbitrage international : Réflexion sur la gouvernance privée dans la globalisation*, *Rev. Arb.*, 2008, N° 3, *op. cit.*, p. 391.

³⁶ Sur ce point, v. H. Muir Watt, *Economie de la justice et droit international privé : une étude de politique judiciaire*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, dir. S. Chassard-Pignet et D. Hiez, *PUAM*, 2007, p. 75.

³⁷ V. par ex. Harry T. Edwards, *Alternative dispute resolution : Panacea or Anathema ?*, 99 *Harv. L. Rev.* 1986, pp. 668 et s. ; Judith Resnik, *Many doors ? Closing doors ? Alternative dispute resolution and adjudication*, 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 1995, pp. 222 et s. ; Christopher R. Drahozal, *A behavioral analysis of private judging*, 67 *Law & Contemp. Probs.* 2004, pp. 105, 129 n° 143.

³⁸ V. Horatia Muir Watt, *Economie de la justice et arbitrage international : Réflexion sur la gouvernance privée dans la globalisation*, *Rev. Arb.*, 2008, N° 3, *op. cit.*, p. 392.

envers un des contractants. Au surplus, une telle solution aura pour effet d'établir la confiance des contractants dans les transactions internationales, ainsi que de reconforter la stabilité des opérations commerciales sur le marché. Ainsi, un tel mécanisme d'indemnisation, respectant les dimensions tant juridiques qu'économiques, serait le plus approprié à être adopté par les arbitres internationaux.

18. – Formes principales de l'indemnisation du préjudice : indemnisation en nature et par équivalent. – En principe, il est connu que l'indemnisation du préjudice s'établit soit sous la forme de la réparation en nature, soit sous la forme de l'allocation des dommages-intérêts³⁹. De prime abord, la réparation en nature s'avère la solution idéale pour rétablir l'équilibre dans le rapport contractuel entre les parties contractantes. Cette solution a pour effet de remettre la partie lésée dans la situation antérieure à la survenance du préjudice, en lui restituant ce dont elle a été dépourvue⁴⁰. Toutefois, cette solution reste inenvisageable dans plusieurs cas. Il est difficile, par exemple, de concevoir une réparation en nature dans l'hypothèse des préjudices corporels, tant qu'il s'agit d'un préjudice matériel que moral ; de même qu'une telle solution devient aussi compliquée et inconcevable dans le domaine de l'indemnisation du préjudice moral en général. En somme, il faut décider sur la manière la plus appropriée de la réparation, selon l'intérêt de la partie lésée ainsi que l'objet de l'intérêt lésé.

19. – Une réparation de préjudice peut ainsi être opérée soit en nature soit par équivalent. Sachant que la réparation par équivalent peut prendre une forme pécuniaire ou non⁴¹. En suivant cette illustration sur les méthodes de la réparation, notre étude sera menée plutôt sur l'indemnisation pécuniaire du préjudice. On ne traitera que cette perspective de la réparation parce que, d'une part, elle nous permettra d'exposer les règles d'indemnisations et la manière de

³⁹ V. par ex., F. Bellivier et R. Sefton-Green, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 91-112.

⁴⁰ Sur la réparation en nature en droit positif, v. par ex. W. Jeandier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, *R.T.D.C.*, 1976, pp. 700 et s.; H.L.&J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 1^{er} Vol., 6^e éd., Paris : Montchrestien, 1983, n°2308 et s.

⁴¹ Sur la distinction entre la réparation en nature et la réparation pécuniaire, v. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, LGDJ, 2013, pp. 134 et s., n° 249 et s. ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 12^e éd., 2010, pp. 504-505, n° 696-697.

l'évaluation et du calcul de celles-ci, et d'autre part, à cause de la difficulté pratique d'ordonner une indemnisation en nature dans l'arbitrage international.

20. – Exemples des autres aspects spécifiques d'indemnisation. – Dans la même sphère, notre étude s'intéresse concrètement aux règles concernant l'évaluation d'indemnisation dans le cadre de la procédure arbitrale. Certains aspects spécifiques de l'indemnisation seront ainsi hors du cadre de cette recherche sur cette base. Ces aspects apparaissent, par exemple, dans certains cas où il s'agit de l'invocation de quelques moyens exceptionnels d'indemnisation, parmi les mécanismes de l'évaluation reconnus par les parties dans l'arbitrage international⁴². Ainsi, il est à noter qu'il n'est pas aisé de transposer théoriquement tous les mécanismes de l'indemnisation prévus par le droit positif interne dans l'arbitrage international, en raison du caractère surtout conventionnel de celui-ci⁴³. Par conséquent, la transposition de certaines procédures particulières du droit civil, relatives au processus de l'indemnisation, dans l'arbitrage international, s'avère douteuse et très ambiguë.

21. – Tel est le cas, par exemple, dans l'hypothèse du recours à la compensation par les arbitres internationaux⁴⁴. Une telle pratique est déjà incertaine en générale⁴⁵, notamment à cause de sa nature juridique controversée et imprécise⁴⁶. Le recours à la compensation est déjà considéré dans le système juridique français comme un moyen atypique⁴⁷, alors que le problème s'accroît certes encore en matière d'arbitrage international. La mise en œuvre d'une telle procédure dans l'arbitrage montre l'existence de beaucoup de difficultés, tant juridiques que pratiques. S'ajoute aussi la méfiance des arbitres à l'appliquer, notant qu'il s'agit d'une compensation conventionnelle ou judiciaire, à cause des équivoques par rapport à sa nature et à ses conséquences juridiques⁴⁸.

⁴² V. par ex. Pascal Ancel, *Arbitrage et compensation*, *Rev. Arb.*, N° 1, 2012, pp. 3 et s.

⁴³ V. par ex. E. Loquin, *Arbitrage et cautionnement* *Rev. Arb.*, 1994, p. 235 ; C. Larroumet, *Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage*, *Rev. Arb.*, 2005, p. 903.

⁴⁴ K.P. Berger, *Set-off in international economic arbitration*, *Arbitration International*, 1999, p. 53.

⁴⁵ V. en ce sens, C. Ndoko, *Les mystères de la compensation*, *RTD Civ.*, 1991, p. 661.

⁴⁶ L. Andreu, *Réflexions sur la nature juridique de la compensation*, *RTD com.*, 2009, N° 1, 655.

⁴⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, *Thémis, Paris PUF*, 3^e éd., 2012, pp. 622 et s.

⁴⁸ Pascal Ancel, *Arbitrage et compensation*, *Rev. Arb.*, N° 1, 2012, *op. cit.*, pp. 6 et 7.

22. – Un autre exemple de réclamations de dommages-intérêts, ne pouvant pas être abordé dans le cadre de cette recherche, est la demande d’indemnisation pour violation de la convention d’arbitrage⁴⁹. Là, il ne s’agit pas vraiment d’un processus d’évaluation d’indemnisation, sachant que, dans ce cas, l’allocation des dommages-intérêts par les arbitres est difficilement justifiable. Au demeurant, une autre sanction, parfois réclamée par la partie lésée dans cette hypothèse consistant en la demande de la prononciation d’injonction *anti-suit*, est considérée comme inconcevable avec la compétence des arbitres internationaux⁵⁰. Une hypothèse qui a suscité un débat dans la doctrine⁵¹, notamment en ce qui concerne l’allocation des indemnités pour cette violation des clauses de la convention d’arbitrage⁵². En tout cas, cette hypothèse s’avère inacceptable et incohérente en matière d’arbitrage international. La solution est similaire concernant les juridictions étatiques des pays de droit civil, à l’opposition des pays de *common law*, vu que l’injonction *anti suit* se voit incompatible avec le principe de confiance mutuelle, ainsi qu’elle porte atteinte au droit du plaideur de saisir son juge⁵³. Et plus particulièrement, l’indemnisation pour violation de la convention d’arbitrage sort du cadre de notre étude qui tente de mettre plutôt la lumière sur les règles d’indemnités pratiquées par les arbitres, afin d’analyser et de montrer le droit propre, et notamment le plus approprié, au préjudice dans l’arbitrage international.

23. – De là, une autre question sort du cadre de notre étude, celle de la responsabilité des arbitres. Il est connu que l’arbitre dispose d’un statut de juge privé. La différence entre le statut d’un arbitre et d’un juge national réside dans le fondement juridique sur lequel chacun exerce ses pouvoirs. L’arbitre exerce ses pouvoirs sur le fondement d’un contrat privé, alors que le juge les exerce au nom de l’Etat pour défendre ce que l’on appelle le contrat social⁵⁴. Dès lors, il s’agit d’un lien contractuel entre l’arbitre et les parties. Par conséquent, la sentence arbitrale peut être

⁴⁹ V. en ce sens, S. Bollée, *L’arbitre peut-il octroyer des dommages-intérêts pour violation de la convention d’arbitrage ?*, note sous *England and Wales High Court of Justice (Comm. Court)*, 4 avril 2012, *Rev. Arb.*, N° 4, 2012, pp. 819 et s.

⁵⁰ S. Bollée, *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale*, *Rev. Arb.*, 2007, p. 223.

⁵¹ V. H. Muir Watt, note sous la décision de *High Court of Justice (Comm. Court)*, 4 avril 2012, *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 636 et s.

⁵² S. Bollée, *L’arbitre peut-il octroyer des dommages-intérêts pour violation de la convention d’arbitrage*, *Rev. arb.*, N° 4, 2012, *op. cit.*, pp. 838 et s.

⁵³ Philippe Delebecque, *Injonction « anti-suit »*, *La jurisprudence hésite encore entre leur condamnation et leur reconnaissance*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 5.

⁵⁴ V. Jean-Yves Sorrente, *La responsabilité de l’arbitre*, Yves Reinhard (dir.), thèse, *Lyon III*, 2007, p. 50.

considérée comme le fruit de ce contrat. C'est notamment ce cadre contractuel d'arbitrage qui permet la possibilité de condamner l'arbitre à des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. La responsabilité de l'arbitre est celle à laquelle il s'est alors soumise lors de son acceptation de sa mission⁵⁵. Une telle responsabilité peut être fondée, à juste titre, sur l'article 1142 du Code civil français⁵⁶.

24. – Dans cet ordre d'idées, il est important de distinguer une action contre l'arbitre d'une action contre la sentence arbitrale. Dans le cadre d'un régime contractuel qui régit la relation entre l'arbitre et les parties, les clauses limitatives de responsabilité jouent aussi un rôle important. L'arbitre peut voir alors sa responsabilité restreinte en vertu de telles clauses contractuelles afin d'encadrer les actions éventuellement encourues contre lui⁵⁷. Ce type de clause relative à la responsabilité des arbitres peut être aussi trouvé au sein des règlements d'arbitrage⁵⁸.

25. – La distinction entre la réparation et la peine privée dans le cadre de l'indemnisation du préjudice. – Afin de sanctionner le débiteur à qui la survenance du préjudice est imputable, les arbitres recourent principalement à la réparation de celui-ci selon les règles classiques juridiquement reconnues de l'indemnisation. Une telle sanction peut aussi être traduite parfois dans la prononciation des peines privées⁵⁹. Malgré l'hostilité des arbitres à recourir à des peines privées dans le cadre de l'indemnisation du préjudice, un tel moyen reste

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 192, 233.

⁵⁶ V. par ex. TGI Paris, 12 mai 1993, *Société Raoul Duval c. V.*, *Rev. arb.*, 1996, pp. 414-416. En l'espèce, l'arbitre a été condamné d'avoir des liens d'intérêts avec la partie qui l'a nommé. Une telle opposition d'intérêts qui a été dissimulée à l'autre partie du litige avait pour effet d'engager la responsabilité de cet arbitre sous le fondement de l'article 1142 du Code civil. Ce dernier a été condamné à des dommages-intérêts d'une somme de 22 500 francs au titre de frais d'arbitrage, et 25 000 francs à titre de réparation complémentaire du préjudice de la partie lésée, ainsi que 8 000 francs au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

⁵⁷ Thomas Clay, *L'arbitre*, thèse, *Dalloz*, 2001, pp. 715-718.

⁵⁸ V. par ex. l'art. 40 du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International "CCI", entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, intitulé "*Limitation de responsabilité*", qui prévoit que « *Les arbitres, les personnes nommées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence, la Cour et ses membres, la CCI et son personnel, les comités nationaux et groupes de la CCI 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* » ; L'article IX du règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, entré en vigueur le 31 mai 2012, intitulé "*Exemption de responsabilité*", dispose que « *Ni les arbitres, ni la Chambre ou ses membres, ni le Comité ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage* ».

⁵⁹ Sur le concept des peines privées dans le droit privé, v. G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., *op. cit.*, 2010, n° 6 et s., pp. 8 et s.

néanmoins fort utilisé pour sanctionner la faute du débiteur. La différence entre l'indemnisation du préjudice, par le biais des règles classiques de la réparation dans le droit privé, et l'allocation des peines privées réside dans le fondement de la sanction.

26. – La réparation proprement dite exige forcément l'existence d'un préjudice indemnisable. La survenance d'un préjudice constitue ainsi le fondement de la réparation. Par contre, l'allocation des peines privées dépend de l'établissement d'une faute. Dans ce cas, le fondement juridique de la sanction réside essentiellement dans la faute du débiteur, peu importe qu'un préjudice soit subi par la partie lésée en conséquence de cette faute⁶⁰.

27. – Ces deux types de sanctions précités peuvent être néanmoins employés concomitamment pour indemniser un préjudice quelconque. L'indemnisation punitive reste pratiquement indéniable, malgré les controverses juridiques là-dessus, ainsi que l'hostilité des arbitres internationaux à y recourir dans plusieurs cas. Cette approche nous conduira à inclure les peines privées parmi les règles de l'indemnisation du préjudice, à côté des règles classiques de la réparation conformément au principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. En effet, l'intérêt de la réparation se cristallise non seulement dans la compensation des préjudices subis *stricto sensu*, mais aussi dans la proportionnalité entre les indemnisations allouées et l'intérêt lésé. Une hypothèse qui amènerait ainsi à une indemnisation plus adéquate au sens juridique, qui aurait pour effet de prévenir et de punir toute violation contractuelle entre les parties selon une perspective plutôt économique. Cette méthodologie de la réparation prend en compte non seulement la compensation du préjudice subi au sens purement mathématique, mais elle veille aussi à ce que l'indemnisation octroyée soit proportionnelle avec l'intérêt réellement lésé. L'adoption d'une telle approche nous amène certes à une indemnisation plutôt adéquate.

28. – Le besoin d'une indemnisation adéquate du préjudice : un élément important pour renforcer la confiance des agents commerciaux dans l'arbitrage international. – L'allocation d'une indemnisation honorant les besoins de la pratique dans le cadre de la mise en œuvre des règles générales d'indemnisation, sans que celles-ci soient seulement liées strictement

⁶⁰ V. en ce sens, D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 223, LGDJ, 1992, p. 315, n° 544.

par les théories classiques de l'indemnisation, doit être la plus recherchée. Dans ce sens, cette méthodologie de l'indemnisation n'exclut pas vraiment le principe général de l'indemnisation intégrale, mais tend plutôt à l'appliquer avec une certaine flexibilité, et en tentant d'atteindre la justice optimale via une réparation proportionnelle aux intérêts lésés. Ce qui aboutit certes à une indemnisation plus appropriée du préjudice.

29. – Cette conception est plus facile à concevoir dans l'arbitrage international que dans la justice étatique. Pour les arbitres internationaux, en tant que juges privés, leur but essentiel est de rendre une sentence qui soit capable « de répondre aux besoins et intérêts spécifiques du cas ». Par contre, l'objectif de la justice étatique est plutôt d'appliquer et d'adapter les règles juridiques générales sur les cas qui lui sont soumis afin d'individualiser ces règles au cas par cas⁶¹. Ainsi, un concept d'indemnisation adéquate du préjudice paraît plus accessible et adapté dans l'arbitrage international.

30. – Le concept de l'indemnisation adéquate n'est pas étranger au droit traitant le préjudice. Il est vrai que les arbitres internationaux tendent plutôt à régler la matière de l'indemnisation du préjudice conformément au principe général de l'indemnisation intégrale. Un principe qui intéresse essentiellement à l'équivalence quantitative de la réparation, celle qui s'établit entre le préjudice subi et le *quantum* de l'indemnisation. Toutefois, cette tendance ne peut pas négliger d'ailleurs une autre équivalence qualitative à cet égard⁶². Nous pensons que la méthodologie de l'indemnisation reposant sur ces deux concepts cumulativement devient plus apte à réaliser une indemnisation adéquate. Il est important de rappeler ainsi l'importance d'aboutir à une indemnisation adéquate par rapport à l'intérêt lésé du créancier.

31. – Le droit de l'arbitrage doit révéler alors une pensée juridique tant pratique que moderne pour satisfaire aux besoins des agents commerciaux qui recourent à l'arbitrage international privé en tant que mode juridique efficace pour résoudre leurs litiges. Il est constaté

⁶¹ *Ibid.*, p. 395.

⁶² Sur la notion de « l'équivalence qualitative » de la réparation, v. par ex. M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Bibliothèque de droit privé, LDGJ, 1974, *op. cit.*, p. 272.

que le droit est « un construit de l'esprit avant même que d'être une pratique »⁶³. Le besoin de mettre le droit dans le préjudice en matière d'arbitrage international intéresse toujours les praticiens, ainsi que les arbitres internationaux eux-mêmes. Ainsi, l'indemnisation du préjudice doit être effectuée sur la base d'un droit qui prend en compte les besoins de la pratique de la réparation et les objectifs de celle-ci, selon les intérêts de la partie lésée, et sans être disproportionnelle avec le préjudice subi et la faute du débiteur. Cette conception de la réparation peut refléter parfaitement la volonté d'aboutir à une indemnisation adéquate en matière d'arbitrage international.

32. – La souveraineté des arbitres internationaux dans l'évaluation de l'indemnisation du préjudice. – Un élément capital facilitant l'établissement d'une indemnisation adéquate dans l'arbitrage est le pouvoir souverain dont disposent les arbitres internationaux. Dès lors, il est bien constaté d'admettre l'autonomie de la source de la juridicité de l'arbitrage. Conformément à cette perspective, les arbitres du commerce international peuvent appliquer « des règles morales ou un droit naturel du commerce international fondé sur l'équité et la raison »⁶⁴. La réflexion de cette idée de l'autonomie en matière de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage exige que la réparation doive aussi satisfaire à ces dimensions pratiques sans être seulement liée par une simple réparation mathématique du préjudice. Par conséquent, l'indemnisation allouée par les arbitres doit être raisonnable et correspondre effectivement à la gravité de l'intérêt lésé. Une telle justification philosophique peut expliquer ainsi l'importance d'une indemnisation adéquate en prenant en compte cet aspect pragmatique de la réparation.

33. – L'autonomie de l'arbitrage international peut permettre d'accepter l'idée que les arbitres internationaux ont le pouvoir de choisir les normes les plus adéquates à être appliquées en matière de transactions internationales⁶⁵. Ils peuvent trier ainsi les règles matérielles les plus aptes à satisfaire aux besoins du commerce international. L'introduction de cette interprétation de l'autonomie de l'arbitrage international en matière d'indemnisation du préjudice a pour effet

⁶³ E. Loquin, *A propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *Rev. Arb.*, 2009, N° 2, p. 318.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 320.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 323.

de nous conduire à accepter toute règle d'indemnisation tendant à réparer effectivement la partie lésée. Le besoin d'admettre une indemnisation plus adéquate s'accroît, notamment, dans les cas où certains préjudices ne sont pas susceptibles d'être mathématiquement évalués. Là il s'agit des intérêts lésés dont la raison exige qu'ils soient réparés dans le but d'atteindre une indemnisation la plus appropriée. Dès lors, les arbitres du commerce international sont censés être libres dans la mise en place des règles juridiques les plus appropriées en matière d'indemnisation, sous réserve surtout de respecter l'ordre public applicable selon les droits internes des Etats concernés⁶⁶.

34. – Cette liberté des arbitres internationaux représente une différence importante entre ceux-ci et les juges étatiques. Ces derniers sont considérés comme organes d'un ordre juridique interne. Par contre, l'arbitre international exerce sa mission indépendamment de tout ordre juridique interne. Il est vrai que l'arbitre est normalement tenu d'appliquer un droit interne choisi par les parties, notamment en ce qui concerne la loi du fond, néanmoins il ne peut pas être soumis à aucun ordre juridique interne⁶⁷. Dès lors, l'arbitre est censé voir le litige arbitral d'une manière indépendante et libre vu qu'il ne représente que lui-même et non pas, en tout état de cause, un Etat quelconque. Au demeurant, on constate, par exemple, dans l'arbitrage d'investissement, qu'il est expressément constaté que les arbitres ne sont même pas liés par la jurisprudence antérieure. Ainsi, les règles juridiques appliquées par des sentences précédemment rendues, dans des cas similaires à un autre soumis à un Tribunal arbitral ultérieurement, ne peuvent pas être imposées aux arbitres⁶⁸. Ce constat est bien établi et déclaré dans plusieurs sentences arbitrales, en notant néanmoins l'importance de prendre en considération les décisions antérieures adoptant des solutions convergentes dans des cas similaires. Cette tendance ne servirait pas peut-être à établir une jurisprudence arbitrale cohérente⁶⁹. Pourtant, on estime que cette position juridique reste positive, dans le sens qu'elle accorde aux arbitres une marge de

⁶⁶ Sur le concept du respect de l'ordre public étatique par les arbitres internationaux, v. Jean Baptiste-Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Préf. Philippe Fouchard, thèse, Paris, LGDJ, 1999, pp. 237 et s.

⁶⁷ Pierre Mayer, *La liberté de l'arbitre*, *Rev. Arb.*, N° 2, 2013, pp. 340 et s.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁹ V. par ex. *Burlington Resources c. République d'Equateur*, CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision sur la compétence, sentence rendue le 2 juin 2010, publiée au site officiel du CIRDI « *The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. The majority believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases ...* ».

liberté pour trouver les solutions les plus opportunes selon chaque cas, ce qui aura un impact positif sur l'évaluation de l'indemnisation permettant de se prononcer sur une allocation des dommages-intérêts adéquats, sans inciter les arbitres à recourir à l'individualisation des normes générales, comme c'est le cas pour les juges étatiques.

35. – Une perspective particulière sur l'arbitrage CCI et CIRDI. – Dans la mesure de traiter le préjudice dans l'arbitrage international, on tient à mettre l'accent particulièrement sur l'arbitrage commercial international, notamment à partir des sentences rendues sous l'égide des Tribunaux de la Chambre du commerce international « CCI », et de l'arbitrage d'investissement, dont le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements « CIRDI » nous montre une jurisprudence bien précieuse et cohérente en la matière. L'importance des transactions internationales et la stabilité du marché global du commerce international exigent d'appliquer un droit pour le préjudice. Par conséquent, la confiance dans le recours à l'arbitrage doit être renforcée chez les acteurs de commerces. Dans ce sens, l'arbitrage du commerce international joue un rôle très remarquable dont il est important de l'exposer et de l'analyser, notamment dans les arbitrages soutenus sous l'égide de la CCI. On peut relever aussi un autre rôle nécessaire, voire complémentaire, joué à cet égard par la jurisprudence de l'arbitrage d'investissement. Plus particulièrement, l'arbitrage CIRDI représente une importance majeure dans la résolution des litiges des investisseurs étrangers, dont un nombre remarquable et élevé d'affaires lui sont soumis chaque année⁷⁰.

36. – Au niveau international, il est donc intéressant de soulever les règles d'indemnisations pratiquées dans le cadre de ces deux types d'arbitrages internationaux. Surtout, il sera judicieux alors d'établir une méthodologie d'indemnisation ainsi qu'une perspective bien déterminée de celle-ci à partir des règles d'indemnisation du préjudice reconnues en droit international et dans les différents systèmes juridiques internes. Ce qui peut aussi certes renforcer cette tendance, c'est la souveraineté des arbitres internationaux exerçant leurs missions, comme déjà mentionnée, en recommandant ainsi la nécessité d'aller plus loin. Dès lors, un résultat

⁷⁰ V. Sophie Lemaire (dir.) avec la contribution de Malik Laazouzi, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, *Rev. Arb.*, N° 2, 2013, p. 477.

optimal sera recherché dans notre étude pour aboutir à une indemnisation la plus appropriée du préjudice.

37. – Problématique. – Pour conclure, l'illustration précédente sur les règles de la réparation montre que le respect strict du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice signifie que la réparation allouée à la victime doit être équivalente à son préjudice subi. Conformément à ce principe, l'étendue de la réparation ne doit pas être ni supérieure ni inférieure au préjudice réellement subi. C'est la raison pour laquelle l'exigence du préjudice est indispensable pour le fonctionnement d'un tel principe⁷¹. En outre, ce principe s'appuie sur l'aspect de l'équivalence quantitative de la réparation. D'où la logique du principe de l'indemnisation intégrale qui est de replacer la partie lésée dans la situation où elle aurait été si le contrat avait été bien exécuté et que le préjudice n'était pas survenu⁷². On peut relever aussi l'existence d'une application constante de ce principe dans le système juridique français, notamment en matière contractuelle⁷³. La Cour de cassation française a ainsi introduit le principe de l'indemnisation intégrale par la réparation qui n'entraîne ni perte ni profit pour la partie lésée⁷⁴. Cette approche mathématique de la réparation exclue l'indemnisation de tout préjudice hypothétique ou incertain. Quant à l'indemnisation, elle ne doit pas être symbolique ou arbitraire.

38. – On estime que cette conception rigoureuse du droit de l'indemnisation du préjudice doit être susceptible d'une relecture juridique afin d'aboutir à une indemnisation plutôt adéquate pour la partie lésée⁷⁵. Dans ce sens, il s'agit d'autres techniques reconnues, autres que celles de la réparation proprement dite dans le cadre de l'indemnisation du préjudice. Ceci étant le cas, par exemple, de l'allocation des indemnisations punitives. Certains reprochent à cette approche plus large de l'indemnisation qu'elle puisse aboutir parfois à ce que la victime soit indemnisée d'un montant qui excède celui qui correspond à son préjudice réellement subi. Une telle indemnisation s'avère difficile à admettre afin de ne pas ouvrir la porte aux dommages-intérêts excessifs. En

⁷¹ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations, Montchrestien*, 12^e éd., 2010, *op. cit.*, p. 503, n° 695.

⁷² Cette position est consacrée dans la jurisprudence française, v. par ex. Cass. Soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826, *Bull. Civ. V*, n° 332.

⁷³ V. par ex. Cass. 3^e Civ., 8 juin 2009, n° 08-10.869, *Bull. Civ. III*, n° 170.

⁷⁴ Cass. 2^e civ., 23 janvier 2003, n° 01-100.200, *Bull. Civ. II*, n° 20 ; Cass. 2^e civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829, *Bull. Civ. II*, n° 131.

⁷⁵ V. Eric Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, pp. 43 et s.

tout cas, une application même raisonnable de cette indemnisation contredit certes au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice⁷⁶. En outre, une évaluation arbitraire de l'indemnisation est parfois inévitable dans le but de réparer adéquatement l'intérêt lésé du créancier. Dans ce sens, le terme de l'indemnisation intégrale paraît insuffisant en tant que base de réparation. L'indemnisation du préjudice moral représente un exemple clair de cette situation juridique⁷⁷.

39. – Par ailleurs, on peut relever des aspects significatifs du concept de l'indemnisation adéquate dans le fonctionnement même du principe de l'indemnisation intégrale. Ceux qui contredisent l'idée de l'équivalence quantitative de la réparation. Dans ce cadre, on verra, par exemple, que les dommages-intérêts alloués pour la réparation du préjudice se présentent souvent sous la forme d'indemnisations compensatoires et moratoires par les arbitres internationaux. Alors que l'allocation des indemnisations moratoires repose sur la présomption du préjudice ultérieurement dans le cas de non-paiement. Cette non exigence de preuve contredit ainsi la nécessité de l'établissement d'un préjudice certain, pour la réparation de celui-ci, en tant que règle essentielle pour l'application du principe de l'indemnisation intégrale. Une telle indemnisation constitue toutefois une partie intégrale de la réparation de sorte que la demande des dommages-intérêts moratoires est considérée souvent, notamment pour ceux réclamés antérieurement au prononcé de la sentence arbitrale, comme une question de fond, et non pas de forme⁷⁸. Ce qui implique aussi que l'allocation de telles indemnisations ressort, dans ce cas, de la seule compétence du tribunal arbitral⁷⁹.

40. – D'une manière plus générale, la mise en œuvre du principe de l'indemnisation intégrale est aussi critiquée par la doctrine. Une application classique de celui-ci s'avère très compliquée. D'une part, afin de limiter l'indemnisation au seul préjudice certainement établi, il ne faut réparer ainsi que ce qui s'avère nécessaire. On estime qu'une telle pratique risque de permettre l'allocation d'une indemnisation inférieure aux intérêts véritablement lésés. D'autre part, dans le cadre de l'indemnisation de toutes les conséquences dommageables conformément au principe de l'indemnisation intégrale, il apparaît difficile d'encadrer cette conception. Plus

⁷⁶ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 900, p. 962.

⁷⁷ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^e éd., Paris, Dalloz 2012, *op. cit.*, n° 2523.

⁷⁸ Sur la loi applicable sur les dommages-intérêts moratoires, v. *infra* n° 325 et s.

⁷⁹ Romain Dupeyré, *La demande d'intérêts moratoires est une question de fond qui relève de la compétence des arbitres*, *Rev. arb.*, 2011, N° 2, pp. 474 et s.

particulièrement dans le cas de l'adoption d'une interprétation restrictive de l'obligation de la minimisation du dommage par la partie lésée pour l'appliquer dans le seul cas de la faute de celle-ci⁸⁰. Dans cette hypothèse, on risque cette fois-ci d'avoir une indemnisation étalée sans avoir de bornes juridiques bien définies à cet égard⁸¹. Ainsi, on doit répondre à l'interrogation concernant la méthodologie ou la conception optimale à suivre dans le processus de l'indemnisation du préjudice. Dès lors, il est important de chercher le concept le plus approprié à adopter pour l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international ; le concept de l'indemnisation adéquate s'imposerait-il alors dans le souci d'atteindre cet objectif ?

41. – Plan général. – Notre étude sur l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international s'appuie essentiellement sur la recherche de la conception de la réparation la plus appropriée. Et cela sans être préalablement limité par des principes quelconques déjà établis dans le droit international, comme celui de l'indemnisation intégrale, mais en recourant aux règles d'indemnisation du préjudice bien reconnues, en faisant attention qu'une telle perspective reste toujours juridiquement cohérente et valable. Une notion d'une indemnisation adéquate nous semble ainsi la plus juste et adaptée à être appliquée dans l'arbitrage international, notamment en matière des transactions internationales.

42. – Afin d'atteindre cet objectif, il est nécessaire d'amener une analyse juridique en la matière sur les règles primordiales gouvernant le sujet de l'indemnisation. En premier lieu, on abordera les règles fondamentales de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international (première partie). Dans le cadre de ces règles, une fonction positive du processus de l'évaluation de l'indemnisation apparaît et nous permet de déterminer les traits essentiels sur la base de laquelle on peut procéder au calcul du montant de l'indemnisation due. En second lieu, un exposé des règles contingentes de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international (seconde partie) sera nécessaire pour que le processus de l'évaluation soit cohérent et mené jusqu'au bout, afin d'éviter une appréciation tronquée de l'indemnisation. En examinant les règles contingentes clés, et les plus répandues en matière d'indemnisation, on apercevra que sa fonction négative dans le processus de l'évaluation s'avère un complément essentiel pour

⁸⁰ Sur la minimisation du préjudice, v. *infra* n° 500 et s.

⁸¹ V. Cyrille Charbonneau, *La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer*, *RLDC*, septembre 2013, *op. cit.*, p. 22.

pouvoir apprécier l'exacte indemnisation due. Sur la base d'une telle démarche juridique, une indemnisation adéquate est à établir en matière d'arbitrage international.

PARTIE I. LES REGLES FONDAMENTALES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

43. – Afin d'aboutir à une étude cohérente des règles fondamentales de l'indemnisation du préjudice par les arbitres internationaux, il est important d'examiner, dans un premier lieu, les facteurs essentiels d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international (Titre I). Ces facteurs représentent le socle sur lequel les arbitres peuvent procéder à une évaluation adéquate de l'indemnisation due. Dans un second lieu, on traitera les mécanismes de l'indemnisation du préjudice (Titre II). Cette phase correspond au cadre dans lequel les arbitres calculent le montant de l'indemnisation sur la base de la réparation de tous les chefs du préjudice subi par la partie lésée, en suivant des mécanismes juridiquement reconnus à cet effet.

TITRE I. LES FACTEURS ESSENTIELS D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

44. – Afin de procéder à l'évaluation du *quantum* des dommages-intérêts, les arbitres examinent d'abord, en principe, au cas par cas, les facteurs qui auraient pour effet l'indemnisation de la partie lésée. On verra, dans ce qui suit, comment les facteurs essentiels d'indemnisation reflètent plutôt la mise en application du principe de l'indemnisation adéquate du préjudice.

45. – L'exposition des facteurs essentiels d'indemnisation du préjudice par les arbitres exige l'examen des faits générateurs d'indemnisation (Chapitre I), qui sont souvent soulevés auprès des Tribunaux arbitraux. Il faut préciser que ces faits générateurs, admis par les arbitres, dépendent de la base juridique sur laquelle le demandeur saisira le Tribunal. Ceci nous conduira à suivre une étude des faits générateurs d'indemnisation, tant dans l'arbitrage international basé sur un traité bilatéral d'investissement que dans l'arbitrage international basé sur un rapport contractuel.

46. – En outre, il est important de relever, à ce propos, l'exigence du préjudice indemnisable (Chapitre II) en tant qu'élément nécessaire à l'allocation des indemnisations par les arbitres. En effet, le fait générateur d'indemnisation est normalement la cause de la survenance du préjudice subi par la partie lésée. Ainsi, les préjudices constituent, en principe, la mesure sur laquelle se prononce l'appréciation de l'indemnisation due. D'où l'importance d'étudier le fait de l'exigence d'un préjudice, dans la jurisprudence arbitrale, qui se revêt d'un caractère indemnisable. Dès lors, l'accomplissement du fait générateur d'indemnisation, ainsi qu'un préjudice indemnisable, méritent d'être traités dans le cadre de la recherche concernant les facteurs essentiels qui permettent aux arbitres l'allocation des indemnisations adéquates à la partie lésée.

CHAPITRE I. LES FAITS GENERATEURS D'INDEMNISATION

47. – Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive comprenant les faits générateurs d'indemnisation dans l'arbitrage international. Tout simplement, un fait générateur d'indemnisation est tout acte fautif ou causant préjudice à l'autre partie contractante qui est de nature à susciter l'indemnisation de son préjudice subi.

48. – Dès lors, notre étude mettra la lumière sur l'exposition des traits principaux des faits générateurs tant dans les litiges arbitraux soumis sous l'égide d'un traité bilatéral d'investissement (Section I), que dans ceux soumis sous l'égide d'un contrat (Section II). Ceci nous permet d'ailleurs de bien illustrer, et ainsi de résoudre, le conflit entre les faits générateurs d'indemnisation dans l'arbitrage en matière contractuelle et en matière d'investissement.

SECTION I. LES FAITS GENERATEURS D'INDEMNISATION DANS LE CADRE D'UN TRAITE BILATERAL D'INVESTISSEMENT

49. – Un standard commun pour la protection des investissements dans la plupart des litiges d'arbitrage d'investissement est celui du traitement juste et équitable⁸². Ce standard représente l'une des normes les plus omniprésentes de protection des investissements. En outre, il s'agit d'une norme dont la nature est la plus fongible et adaptable des normes de protection des investissements. En effet, le principe du traitement juste et équitable se caractérise par plusieurs critères composant son identité juridique⁸³. Il s'agit notamment de l'exigence de stabilité, la prévisibilité et la cohérence du cadre juridique de l'État hôte, la protection de la confiance légitime de l'investisseur, l'interdiction du déni de justice, l'exigence de transparence des processus gouvernementaux, et l'exigence du caractère raisonnable et de la proportionnalité. Le principe du traitement a aussi été interprété pour protéger les investisseurs contre un traitement arbitraire et discriminatoire.

⁸² Alexandra Diehl, *The core standard of international investment protection*, Pays-Bas: Kluwer Law International, 2012, pp. 53 et s., spéc. pp. 174-178.

⁸³ *Bayindir Insaat Turzim Ticaret ve Sanayi A.S. c. La République Islamique de Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, sentence rendue le 27 août 2009, publiée au site officiel de ITA, para. 178.

50. – Un autre standard, qui n’est pas moins important, est celui de la défense de l’expropriation du bien objet de l’investissement par l’Etat hôte. Les investisseurs recourent souvent à ce standard afin de réclamer une indemnisation du fait de l’atteinte commise à leurs investissements.

51. – On étudiera alors, ci-après, ces deux principes primordiaux qui représentent des standards fondamentaux du fait générateur de l’indemnisation dans l’arbitrage d’investissement⁸⁴. On verra ainsi que le standard du « traitement juste et équitable » (Paragraphe I), ainsi que l’autre standard de l’expropriation (Paragraphe II) constituent des faits générateurs essentiels d’indemnisation dans les litiges arbitraux sous l’égide des traités bilatéraux d’investissement “*TBI*”.

PARAGRAPHE I. LE STANDARD DU « TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE »

52. – Le traitement juste et équitable dérive, dans un sens plus large, de l’obligation principale de traitement des investissements, y incluses les règles concernant la protection. De ce fait, un Etat contractant doit respecter les règles du traitement juste et équitable vis-à-vis de l’investisseur étranger. Or, toute violation à ce principe peut constituer un fait générateur mettant en cause la responsabilité de l’Etat qui se voit, dans ce cas, en risque, par la suite, de devoir indemniser son cocontractant.

53. – Afin de bien illustrer ledit principe en tant que fait générateur d’indemnisation par les arbitres, on étudiera, dans un premier lieu, l’origine et la nature de la violation du standard du traitement juste et équitable (A), et dans un second lieu, on abordera l’étendue et la portée dudit standard (B).

⁸⁴ Sachant que la majorité des Traités bilatéraux d’investissement accordent une protection juridique pour les investissements, et non pas les investisseurs. V. en ce sens, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 136.

A. L'origine et la nature de la violation du standard du « traitement juste et équitable »

54. – On exposera, d'abord, l'origine de la violation du standard du traitement juste et équitable (1), avant d'aborder ensuite la nature d'une telle violation (2).

1. L'origine de la violation du standard

55. – Certains auteurs ont rattaché le standard du traitement au principe général de bonne foi, qui reste un critère critiqué en la matière (a). Alors que d'autres l'ont rattaché au principe général de transparence, un critère qui montre une large application par les arbitres internationaux (b).

a. Le critère critiqué : le rapport avec le principe général de bonne foi

56. – Afin de sanctionner la violation du standard du traitement juste et équitable, la jurisprudence arbitrale a émané des contributions importantes ayant pour effet de constater si ce fait doit être justifié au regard du principe général de bonne foi ou non.

57. – **La référence à la mauvaise foi.** – Dans un premier temps, les arbitres exigeaient l'existence d'un mauvais traitement extrême pour l'allocation des dommages-intérêts sous le titre de la violation du standard du traitement juste et équitable. Ceci ne permet l'indemnisation que dans ces cas de violations extrêmes⁸⁵. Cette position est le reflexe de la prise en considération de la mauvaise foi du débiteur en tant qu'élément permettant l'indemnisation en cas de violation du standard du traitement.

58. – **Le développement de la pratique de la jurisprudence arbitrale.** – Plus tard, la jurisprudence arbitrale s'est développée pour accepter une garantie plus large. L'origine de cette application plus large de la violation du principe du traitement juste et équitable se trouve

⁸⁵ Etats-Unis (*L.-F. Neer*) c. Mexique, *RIAA*, 1926, p. 60 ; *AJIL*, 1927, p. 555.

notamment, dans la référence aux *TBI* qui prévoient une protection supérieure à celle prévue au droit international coutumier⁸⁶. Notamment, la mauvaise foi de l'Etat contractant n'est plus à démontrer. La jurisprudence arbitrale récente en fait preuve. Une telle solution a été adoptée dans l'affaire arbitrale *OEPC*⁸⁷, dont la sentence a été rendue le 1^{er} juillet 2004, qui a pu relever que l'appréciation du respect du traitement juste et équitable doit être effectuée d'une manière objective sans regard si l'Etat contractant était de bonne foi ou non. En effet, l'Etat hôte a été condamné à ce titre, ainsi que pour d'autres violations conventionnelles, à indemniser l'investisseur d'une somme de 71 533 649 dollars américains. La même position a été adoptée dans l'affaire *MTD* contre Chili, dont la sentence rendue le 25 mai 2004 a affirmé la non exigence de la référence à la bonne foi de l'Etat contractant en remplissant son obligation du traitement juste et équitable à l'égard de l'investisseur. En l'espèce, le Tribunal a évalué le montant de l'indemnisation correspondant à la violation de cette obligation à seulement 3 888 582,95 dollars américains⁸⁸. Pourtant, le Tribunal a relevé une remarque très intéressante sur la prise en considération des risques encourus par l'investisseur dans le cadre de l'évaluation d'indemnisation. Il a constaté que le *TBI* ne représente pas une assurance contre les risques acceptés par le demandeur. Par conséquent, les préjudices subis à cet égard ne peuvent pas être indemnisés et la somme de cette perte doit être, en conséquence, retranchée de la somme totale de l'indemnisation⁸⁹. De ce fait, il s'avère que l'origine du standard du traitement juste et équitable réside, d'une manière objective, dans le fait de l'Etat contractant sans avoir besoin d'examiner la bonne foi.

59. – Dans le même sens, la décision rendue en 2006 par le Tribunal arbitral, dans l'affaire *LG&E Energy Corporation* et autres contre la République d'Argentine, a apporté une précision similaire par rapport au standard du traitement juste et équitable. Elle a affirmé, et ainsi répété, qu'il s'agit d'un standard objectif. Dès lors, on n'exige pas l'existence d'une mauvaise foi

⁸⁶ Axelle Lemaire, *Traitement juste et équitable, Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, p. 43.

⁸⁷ *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur, CNUDCI / LCIA*, Affaire n° UN3467, sentence rendue le 1er juillet 2004, publiée au site officiel de *ITA*, para. 186.

⁸⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI*, Affaire n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004, publiée au site officiel de *ITA*, consulté le 2 janvier 2013, para. 240.

⁸⁹ *Ibid.*, paras. 178, 243.

de la part de l'Etat afin d'indemniser la partie lésée de ses préjudices subis en raison des actes relevés à l'encontre de cet Etat contractant⁹⁰.

60. – De ce qui précède, il s'avère que les arbitres apprécient toujours le respect du traitement juste et équitable sur une base objective, sans avoir besoin de constater la preuve d'une mauvaise foi dans l'acte objet de préjudice subi⁹¹.

61. – Une nuance dans l'application par les arbitres. – Toutefois, le respect de la bonne foi n'est pas tout à fait éliminé de sorte que les arbitres peuvent toujours affirmer une violation au principe du traitement juste et équitable du fait de la constatation de l'attitude de mauvaise foi de la part de l'Etat contractant. Et cela malgré le fait que la volonté déloyale ne soit pas toujours un élément nécessaire pour constater la violation dudit principe⁹². On peut trouver l'exemple de cette position modérée dans la sentence rendue le 22 décembre 2003 dans l'affaire *Consortium RFCC* contre le Royaume de Maroc⁹³ qui a pu constater que l'intention de l'Etat contractant de porter préjudice aux investissements est toujours prise en compte afin d'indemniser l'investisseur lésé. Or, l'absence de mauvaise foi ne sera pas une présomption suffisante pour justifier le traitement juste et équitable. Cette justification s'effectue par la seule constatation de l'absence du comportement discriminatoire de la part de l'Etat.

62. – Ainsi, il est essentiel de se baser sur un critère objectif afin de déterminer s'il s'agit d'une violation de la notion du traitement juste et équitable. Un tel critère réside dans le principe de transparence.

⁹⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International Inc. c. La République de l'Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/1, décision rendue le 3 octobre 2006, publiée au site officiel du CIRDI, paras 155-163.

⁹¹ Pour voir quelques exemples des sentences qui ont écarté l'exigence de mauvaise foi dans l'examen de la notion du traitement juste et équitable : la sentence du 11 octobre 2002 rendue dans l'affaire *Mondev c. Etats Unis*, para. 116, publiée au site officiel du CIRDI ; la sentence précitée du 1er juillet 2004 rendue dans l'affaire *LCIA, Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur*, para. 63 ; la sentence du 29 mai 2003 rendue dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, para. 15, publiée au site officiel de ITA ; la sentence rendue le 14 juillet 2006 dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, n° ARB/01/12, publiée au site officiel de ITA, para. 372.

⁹² Axelle Lemaire, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, p. 43.

⁹³ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI, Affaire n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, publiée au site officiel d'ITA, para. 108.

b. Le critère retenu : le rapport avec le principe de transparence

63. – L’invocation du principe de transparence afin de justifier la violation du standard du traitement juste et équitable est devenue une pratique fréquente de la part des arbitres internationaux⁹⁴.

64. – On peut citer, à cette occasion, l’affaire *Champion Trading Company* contre la République Arabe d’Egypte⁹⁵ dans laquelle les arbitres soutenaient que le principe de transparence est la base sur laquelle on peut apprécier le respect de l’exercice du traitement juste et équitable de la part de l’Etat contractant. La *Champion Trading Company* est une entreprise américaine qui a acheté une part du capital de l’entreprise égyptienne *National Cotton Company*. Cette entreprise américaine prétendait être privée de son investissement en raison que les autorités égyptiennes avaient entrepris des mesures discriminatoires à son encontre sans réparer les préjudices subis par une indemnisation équitable. De ce fait, une violation au *TBI* conclu entre l’Egypte et les Etats Unis en 1982 est constatée au terme qu’il assure aux investisseurs, tant égyptiens qu’américains une protection juridique dans le cadre de leurs investissements dont le principe du traitement juste et équitable fait partie. Le demandeur, en l’espèce, a fondé sa demande sur la violation du principe de transparence en invoquant qu’il ne s’agissait pas de transparence dans les actes de l’Etat égyptien concernant les conditions juridiques régissant les règles de la réparation financière. Dans la tentative de mettre en clair les formes de l’absence de transparence en l’espèce, le demandeur a invoqué que ces règles n’étaient publiées nul part, ni dans un décret ni dans une loi, et que la réparation financière a été accordée à des entreprises sans qu’il y ait de précédents de ces genres d’actes etsans être basée sur des critères objectifs. Par conséquent, le non financement, que certaines entreprises investissant dans le secteur du coton d’une telle manière clandestine, constitue, selon le demandeur, une violation du principe de transparence conformément au *TBI*⁹⁶. Dans le cas présent, le demandeur a justifié sa prétention

⁹⁴ Roland Kläger, ‘*Fair and equitable treatment*’ in *international investment law*, UK : Cambridge University Press, 2011, pp. 230 et s.

⁹⁵ *Champion Trading Company and Ameritrade International c. la république Arabe d’Egypte*, CIRDI, Affaire n° ARB/02/9, sentence rendue le 27 octobre 2006, publiée au site officiel de ITA, (consulté le 1^{er} janvier 2013).

⁹⁶ *Ibid.*, para. 108.

concernant la violation du traitement juste et équitable sur le seul fondement de l'absence de transparence, un principe reconnu dans le droit international⁹⁷.

65. – Le Tribunal arbitral n'a pas admis en l'espèce la prétention de la violation du principe de transparence selon le droit international. Le Tribunal a constaté, en justifiant sa décision, que le demandeur avait la possibilité d'avoir accès à toutes les lois et les règlements régissant son investissement objet du litige, vu qu'ils étaient accessibles et publiés. Pourtant, le Tribunal a considéré que le demandeur n'a apporté aucune preuve établissant la violation du principe de transparence de la part des autorités égyptiennes⁹⁸. Il s'avère alors que le Tribunal accepte, en principe, l'argument de transparence en tant que fondement juridique pour sanctionner l'atteinte au standard du traitement.

66. – L'obligation de transparence dans le cadre du traitement exigé envers l'investisseur est devenue de plus en plus fréquente dans la pratique arbitrale. Dans l'affaire *Metalclad* contre Mexique, le Tribunal a engagé la responsabilité de l'Etat, du fait de sa violation du principe du traitement juste et équitable, en lui opposant son échec à assurer un cadre juridique transparent et prévisible en faveur de l'investisseur⁹⁹. L'Etat hôte contractant a été condamné, en l'espèce, à des dommages-intérêts d'une somme de 16 685 000 dollars américains. La tendance à relever le principe de transparence pour justifier le traitement juste et équitable est souvent utilisée par les arbitres. Plusieurs sentences font preuve de cette exigence comme dans l'affaire *MTD* contre Chili¹⁰⁰ et *Siemens* contre Argentine¹⁰¹. Donc, il est important de noter que l'exigence du respect du principe de transparence peut être considérée comme la base sur laquelle les arbitres peuvent apprécier la mise en application du traitement juste et équitable¹⁰². Une solution similaire peut être soulevée dans la jurisprudence française. Ainsi, la Cour de cassation a considéré, dans l'arrêt

⁹⁷ *Ibid.*, para. 160.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 164.

⁹⁹ *Metalclad Corporation c. Mexique, CIRDI, Affaire n° ARB (AF)/97/1*, sentence rendue le 30 août 2000, publiée au site officiel de *ITA*, consulté le 2 janvier 2013, v. para. 99.

¹⁰⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI, affaire précitée n° ARB/01/7*, sentence rendue le 25 mai 2004, publiée au site officiel de *ITA*, consulté le 2 janvier 2013, para. 114.

¹⁰¹ *Siemens AG c. Argentine, CIRDI, Affaire n° ARB/02/8*, sentence rendue le 6 février 2007, publiée au site officiel de *ITA*, consulté le 2 janvier 2013, para. 277.

¹⁰² V. en ce sens, Julien Cazala, *Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur, Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, pp. 45-46.

rendu le 9 mars 2010¹⁰³, que les informations fausses apportées par l'un des contractants peuvent faire l'objet d'une réparation. Il a été précisé qu'il s'agit, dans ce cas, d'une réparation de perte de chance et non pas d'une réparation intégrale. La Cour a pu ainsi constater en l'espèce que « celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé »¹⁰⁴.

2. La nature de la violation du standard

67. – D'après la pratique arbitrale constante, on peut relever que la nature de la violation du standard du traitement juste et équitable réside dans le caractère discriminatoire ou arbitraire du comportement de l'Etat contractant. Dès lors, il est important de démontrer le fait de la constatation (a) et de l'interprétation (b) du caractère discriminatoire par les arbitres.

a. La constatation du caractère discriminatoire

68. – Les arbitres vérifient d'abord s'il s'agissait d'un comportement discriminatoire justifiant l'allocation d'indemnisation. Par exemple, la sentence *RFCC* précitée a pu relever que « L'article 2 de l'Accord bilatéral dispose, sous le titre “ Promotion et protection des investissements ” que :

2) *Chacune des Parties contractantes assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. Chacune des Parties contractantes assurera la gestion, le maintien, la jouissance ou l'affectation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires*¹⁰⁵ ». De ce fait, apparaît l'exigence de prouver un comportement discriminatoire de la part de l'Etat afin de justifier la violation du traitement juste et équitable, en étant ainsi un fait générateur d'indemnisation du préjudice.

¹⁰³ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21-547 et 08-21.793, *Bull. civ. IV*, n° 48, *JCP E* 2010, n° 1483, note S. Schiller.

¹⁰⁴ Julien Gasbaoui, *Abus de marché et responsabilité civile, RLDC*, décembre 2013, pp. 19-22, spéc. p. 21.

¹⁰⁵ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, para. 51, souligné par nous.

69. – Dans le même sens, la sentence arbitrale, dans l'affaire *Champion Trading Company* contre la République Arabe d'Égypte a examiné le caractère discriminatoire dans les actes entrepris par l'État avant de refuser la prétention de la violation du standard du traitement juste et équitable invoquée par le demandeur. Selon ce dernier, les autorités égyptiennes ont recouru à des actes discriminatoires contre son investissement dans le secteur de coton. Un secteur qui était mis sous contrôle étatique contre un système de réparation financière. Un système dont l'investisseur américain (le demandeur dans l'arbitrage) n'avait pas bénéficié en soulevant le fait qu'il a subi ainsi une différence de traitement vis-à-vis des autres opérateurs de marché, qui eux en ont bénéficié. Afin de refuser cette demande, le Tribunal arbitral a constaté que l'État a le droit de traiter les opérateurs commerciaux de manière différente s'ils se trouvent dans des situations juridiques différentes. Dès lors, les circonstances en l'espèce justifient un tel traitement tel que l'entreprise investisseuse n'avait pas adhéré à ce système étatique dans la période où il offrait des compensations financières¹⁰⁶. Ceci a écarté l'argument de la discrimination en l'espèce qui aurait pour effet d'ouvrir droit à des dommages-intérêts pour violation du standard de traitement juste et équitable¹⁰⁷.

70. – Le caractère discriminatoire a aussi été relevé par l'affaire précitée *LG&E* dans le cadre de la mise en œuvre des règles précises afin d'indemniser la partie lésée en cas de violation du traitement juste et équitable à son égard¹⁰⁸. Le Tribunal a jugé, en l'espèce, que la discrimination contre les compagnies de distribution de gaz vis-à-vis des autres entreprises de services publics était évidente, même si les demandeurs ne l'avaient pas démontré¹⁰⁹.

71. – Par conséquent, la nature discriminatoire de la faute s'avère essentielle afin de sanctionner la violation du standard du traitement juste et équitable. Autrement dit, il sera difficile de mettre en cause le traitement juste et équitable s'il ne s'agit pas d'une discrimination exercée à l'encontre de la partie lésée.

¹⁰⁶ *Champion Trading Company and Ameritrade International c. la République Arabe d'Égypte*, CIRDI, Affaire n° ARB/02/9, sentence rendue le 27 octobre 2006, voir en ce qui concerne le refus de l'argument de la discrimination, paras. 134, 143, 153-156.

¹⁰⁷ V. en ce sens, Julien Cazala, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International Inc. c. La République de l'Argentine*, CIRDI, décision précitée rendue le 3 octobre 2006.

¹⁰⁹ Sentence précitée, publiée au site officiel du CIRDI, paras. 147-148.

b. L'interprétation du caractère discriminatoire

72. – En prenant le même exemple de la sentence *RFCC* précitée, on verra qu'afin de donner des explications sur la définition de la discrimination prohibée en l'espèce, il est utile de citer ce que cette sentence a pu relever dans le sens où « ... *Le Tribunal rappelle que l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable interdit à l'Etat d'accueil de prendre à l'encontre d'un investisseur des mesures injustifiées ou discriminatoires (art. 2 (2) de l'Accord bilatéral). Une mesure sera discriminatoire, lorsque l'Etat traite un investissement moins favorablement qu'un autre, soit pour un motif politique, soit en l'absence de motif objectif justifiant un traitement différencié. De même, une mesure sera injustifiée, lorsqu'aucun motif objectif ne vient expliquer le comportement de l'Etat...*¹¹⁰ ». Par conséquent, un comportement est considéré injuste s'il revêt d'un caractère politique ou bien s'il ne se base sur aucun motif objectif, ce qui le rend arbitraire. Donc, un comportement qui porte préjudice à l'investisseur d'une manière injustifiée représente, ainsi, un fait générateur d'indemnisations.

73. – Il est utile de noter aussi que le comportement discriminatoire revêt souvent un certain degré de gravité. Outre que l'affaire *RFCC*, on peut citer aussi, à cette occasion, l'affaire *Waste Management*¹¹¹, dont la sentence a été rendue le 30 avril 2004, qui a constaté que le mauvais traitement exige une certaine intensité pour qu'il soit un objet d'indemnisation.

74. – **Analyse critique de l'interprétation.** – Nous ne partageons pas la position juridique qui interprète la discrimination, comme déjà illustrée, dans le fait de « l'existence d'un traitement moins favorable que le traitement réservé aux nationaux, sans examen approfondi de la similarité des situations¹¹² ». Et cela parce que, conformément au sens de la plupart des *TBI*, afin d'examiner s'il s'agit d'un traitement moins favorable, d'une manière sous-entendue, une étude approfondie en la matière doit être procédée. Donc, pour justement examiner si un traitement est moins favorable à un autre, il faut que les deux cas soient similaires au moins au sens juridique.

¹¹⁰ *Ibid.*, para. 97, souligné par nous.

¹¹¹ *Waste Management Inc. c. Mexique, Alena/CIRDI*, Affaire n° ARB (AF)/00/3, sentence rendue le 30 avril 2004, publiée au site officiel de *ITA*, cf. para. 115.

¹¹² V. Axelle LEMAIRE, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, p. 44.

75. – Conclusion. – Pour conclure, il s'avère, en principe, que la nature discriminatoire ou arbitraire du comportement de l'Etat peut ainsi justifier la violation du standard du traitement juste et équitable. Toutefois, l'interdiction de la discrimination dépend avant tout des termes du Traité bilatéral d'investissement applicable, ainsi que du degré de la gravité qui peut être varié selon les dispositions d'un Traité ou d'un autre. Dès lors, on peut penser que, s'il s'agissait d'un mauvais traitement dans un sens simple qui n'atteint pas un degré de gravité, la condamnation au titre du traitement juste et équitable ne sera pas évidente. Cependant, rien n'interdit dans ce cas, à notre avis, la réclamation d'indemnisation sur une base contractuelle et non plus conventionnelle sous l'égide du *TBI*.

B. L'étendue et la portée du standard du « traitement juste et équitable »

76. – On étudiera, dans ce qui suit, l'étendue du standard du traitement tel qu'il doit être invoqué, en principe, dans un cadre conventionnel (1). La portée de ce standard est d'ailleurs importante à relever, en mettant la lumière sur son caractère indéfini (2).

1. L'invocation de l'obligation du traitement sur une base strictement conventionnelle

77. – Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement il faut distinguer entre la faute conventionnelle du fait du manquement au traitement juste et équitable de l'Etat, en tant que fait générateur d'indemnisation, et la faute contractuelle qui n'aura pas lieu à ce stade. Par conséquent, l'examen du traitement ne peut pas être admissible sur une base contractuelle.

78. – Dans l'affaire *RFCC* contre le Maroc, les sociétés demandereses ont réclamé des indemnités d'une somme de 72 186 174,35 euros, y compris les intérêts moratoires en relevant la violation de la Société Nationale des Autoroutes du Maroc dans le cadre de la formation et l'exécution du contrat conclu en l'espèce, en alléguant une telle violation au *TBI* applicable¹¹³.

¹¹³ *Consortium RFCC* c. Royaume du Maroc, *CIRDI*, Affaire précitée n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, para. 20.

Le Tribunal a refusé l'argument avancé par le demandeur en déclarant que « *contrairement à ce que soutient le demandeur, cette stipulation n'impose pas une obligation d'assurer le maintien, l'utilisation et la jouissance des droits nés du contrat à la charge de l'Etat sur le territoire duquel se réalise un investissement de cette nature*¹¹⁴ ».

Par conséquent, le Tribunal a refusé les réclamations de la partie demanderesse en raison que la violation contractuelle ne constitue pas un fait générateur d'indemnisation en matière d'arbitrage. Les énoncés de la sentence à ce propos étaient clairs en constatant que « *Il résulte de la décision sur la compétence qu'il n'entre dans la compétence du Tribunal de statuer sur les manquements au contrat liant le demandeur à ADM que si ces manquements sont constitutifs de violations de l'Accord bilatéral italo-marocain. Or, l'examen auquel s'est livré le Tribunal a montré que les faits allégués par le demandeur, à les supposer établis, ne constituent pas des manquements à l'Accord bilatéral à la charge du défendeur*¹¹⁵ ».

79. – Le fait que la violation des obligations contractuelles ne constitue pas un fait générateur d'indemnisation, sur la base du mauvais traitement, dans l'arbitrage d'investissement, est, d'ailleurs, un principe établi en la matière. Le Tribunal arbitral, dans l'affaire *Waste management*, en 2004, a pu relever le même principe en déclarant que la violation du contrat n'est pas un argument suffisant pour invoquer le mauvais traitement de l'Etat sur la base du *TBI* applicable¹¹⁶. La même position juridique a été adoptée dans l'affaire *MTD* contre le Chili, dont la sentence a été rendue le 25 mai 2004¹¹⁷.

¹¹⁴ *Ibid.*, para. 40.

¹¹⁵ *Ibid.*, para. 110.

¹¹⁶ *Waste Management Inc. c. Mexique, Alena/CIRDI*, Affaire n° ARB (AF)/00/3, sentence précitée rendue le 30 avril 2004, publiée au site officiel de *ITA* (version anglaise), v. para. 73 “(...) *it is still necessary to prove that this conduct was a breach of the substantive standards embodied in Article 1105. Showing that it was a breach of contract is not enough*”.

¹¹⁷ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI*, Affaire n° ARB/01/7, sentence précitée rendue le 25 mai 2004, publiée au site officiel d'*ITA*, para. 187 “ (...) *The Tribunal notes the statement of the Respondent that under international law the breach of a contractual obligation is not ipso facto a breach of a treaty (...)*”.

2. La portée indécise du principe : vision critique

80. – Afin d’amener jusqu’au bout l’étude du standard du traitement juste et équitable, en tant que fait générateur d’indemnisation, il est important de relever son caractère flou¹¹⁸. Un tel caractère aura des impacts, certes, sur le champ d’application dudit standard.

81. – Il existe deux lectures possibles quant à la portée de l’obligation du traitement, ce qui aura des effets juridiques importants sur son application. La première lecture rattache le fait générateur d’indemnisation due à l’investisseur étranger à une obligation de traitement qui s’appuie sur les standards minimums reconnus au droit international. Alors que selon la seconde lecture, la portée du principe du traitement juste et équitable, qui reste toujours objective, renverse aux notions de justice et d’équité par rapport aux circonstances de fait et en se référant au Traité international applicable en l’espèce. Or, la première lecture octroie une portée plus objective et prédéterminée à l’obligation du traitement, alors que la deuxième lecture est plus subjective puisque l’application dépendra surtout des dispositions du Traité applicable et des propres faits de l’espèce¹¹⁹.

82. – La portée plus subjective de l’obligation du traitement nous paraît plus opportune et moins ambiguë. Une portée que les arbitres ont adoptée à plusieurs reprises. La sentence *MTD* contre le Chili en fait exemple en affirmant que ladite obligation doit être poursuivie conformément à l’objet indiqué au *TBI* applicable¹²⁰. La même position a été adoptée par la sentence *RFCC* contre le Maroc en relevant aussi que la portée de l’obligation du traitement dépend des circonstances de fait ainsi que du *TBI* applicable¹²¹. Sachant que même en adoptant un aspect subjectif pour déterminer l’existence ou non d’une atteinte à l’obligation du traitement juste et équitable, l’indemnisation du préjudice n’est pas toujours garantie puisqu’elle est

¹¹⁸ V. par exemple, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. République d’Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/3, sentence rendue le 22 mai 2007, publiée au site officiel de *ITA* (version anglaise), para. 256 affirme que “*The Tribunal notes that the Respondent is right in arguing that fair and equitable treatment is a standard none too clear and precise (...)*”.

¹¹⁹ V. Axelle Lemaire, *Les Cahiers de l’Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹²⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili*, CIRDI, Affaire précitée n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004, para. 104.

¹²¹ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI, Affaire précitée n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, para. 51, publiée au site officiel du CIRDI.

soumise, en tout cas au pouvoir discrétionnaire de l'arbitre. Dès lors, le caractère flou de l'obligation du traitement juste et équitable paraît clair¹²², avec, dans certains cas, une répercussion négative sur l'allocation d'indemnisation. On peut citer un exemple qui incarne ce cas en invoquant l'affaire récente de *Vannessa*¹²³, dont la sentence a été rendue le 16 janvier 2013. Dans l'espèce, le Tribunal a refusé d'indemniser l'investisseur (le demandeur dans l'arbitrage) sur la base de la violation du principe du traitement juste et équitable en justifiant sa décision sur le fait que les actes commis par l'Etat ne remontaient pas au degré d'une telle violation conformément aux dispositions du *TBI* applicable.

PARAGRAPHE II. LE STANDARD DE L'EXPROPRIATION

83. – Les formes les plus courantes de l'expropriation procédée par l'Etat hôte contre les investissements étrangers, consistent soit dans la prononciation d'une décision exécutive rendue par celui-ci (A), soit d'une décision judiciaire appartenant à cet Etat (B).

A. L'expropriation du fait d'une décision émanant de l'Etat hôte contractant

84. – On abordera d'abord, à ce stade, les effets négatifs émanant d'une telle décision exécutive remontant au degré d'expropriation, qui consiste dans le fait de porter atteinte au contrat concerné (1). Ensuite, on mettra la lumière sur le caractère toujours conventionnel sur lequel une telle obligation d'expropriation peut être invoquée (2).

¹²² V. Roland Kläger, '*Fair and equitable treatment*' in *international investment law*, UK : Cambridge University Press, 2011, *op. cit.*, pp. 45-47.

¹²³ *Vannessa Ventures Ltd c. la République de Venezuela*, CIRDI, Affaire n° ARB (AF)/04/6, résumé de la sentence est disponible sur www.internationalarbitrationcaselaw.com, (consulté le 5 mars 2013), le site officiel de IACL.

1. Les effets négatifs de la violation de l'obligation de la défense de l'expropriation sur le contrat conclu

85. – Dans l'affaire *ADC* contre la Hongrie¹²⁴, dont la sentence a été rendue le 2 octobre 2006, il s'agissait d'un contrat de construction et d'exploitation, conclu le 31 mars 1995, pour une durée de douze ans, d'un nouveau terminal de l'aéroport de Budapest. Un contrat conclu en l'espèce entre l'autorité publique chargée de la gestion de l'aéroport de Budapest "*ATAA*" et une société chypriote. Plus tard, une réforme gouvernementale de l'*ATAA* a pour conséquence de la décharger de la gestion de l'aéroport de Budapest, attribuant cette gestion à une nouvelle entité, par un décret du 21 décembre 2001. Ce dernier qui met fin par ailleurs à la gestion de la société chypriote *ADC* du nouveau terminal de l'aéroport de Budapest. Or, le Tribunal arbitral a relevé que ledit décret vaut une expropriation. Par conséquent, le Tribunal a condamné l'Etat hôte (Hongrie) à payer des indemnisations pour l'investisseur lésé d'une somme de 75 millions de dollars américains¹²⁵.

86. – Dans une autre affaire *Siemens AG* contre l'Argentine¹²⁶, dont la sentence a été rendue le 6 février 2007, la société *Siemens* a conclu un contrat avec l'Etat d'Argentine en vue de l'installation du projet de la fourniture de cartes d'identité et de gestion d'informations relatives à l'identification des personnes, à l'immigration et aux listes électorales. Plus tard, un décret gouvernemental est sorti, lors de la crise économique de 2000 et du changement de gouvernement qui a eu lieu en mars 2001, résiliant le contrat conclu en l'espèce par application de la nouvelle loi d'urgence économique promulguée en 2000. En l'occurrence, le Tribunal arbitral a relevé que les effets juridiques dudit décret remontent au niveau d'expropriation en considérant que l'Argentine a ainsi manqué à ses obligations conventionnelles conformément au *TBI* applicable. Un tel traitement est considéré injuste et capricieux, en conséquence de quoi le Tribunal a rendu une sentence favorable à l'indemnisation de l'investisseur lésé d'une somme de 220 millions de dollars américains¹²⁷.

¹²⁴ *ADC Affiliate Ltd & ADC&ADMC Management Ltd c. Hongrie*, *CIRDI*, Affaire n° ARB/03/16, sentence rendue le 2 octobre 2006, publiée au site officiel du *CIRDI*.

¹²⁵ I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, *Investissements internationaux et arbitrage*, p. 48.

¹²⁶ *Siemens AG c. Argentine*, *CIRDI*, Affaire précitée n° ARB/02/8, sentence rendue le 6 février 2007, publiée au site officiel de *ITA*.

¹²⁷ I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, *op. cit.*, pp. 48-49.

87. – À l’instar des deux affaires précitées, le Tribunal arbitral a adopté la même position juridique dans l’affaire *Vivendi* contre Argentine¹²⁸ dont la sentence a été rendue le 20 août 2007. Dans cette affaire, *Vivendi* a conclu un contrat de concession avec les autorités publiques compétentes d’Argentine, en vue de l’établissement des services d’approvisionnement en eau sur trente ans. Il s’agissait déjà d’une politique de privatisation engagée par l’Etat pendant cette période, et le climat de l’investissement est devenu plus tard inopportun pour la société *Vivendi*. Cette dernière a été critiquée au niveau de la qualité de ses services et pour ses tarifs régulièrement élevés. Ces facteurs ont aboutit à la détérioration des relations entre l’investisseur et les autorités locales, jusqu’au point que les clients ont été incités à ne pas régler leurs factures. En raison de ces difficultés survenues lors de l’exécution du contrat, les deux parties, entre 1995 et 1996, ont tenté, sans succès, d’aboutir à un accord dans le but de la révision dudit contrat. Dès lors, *Vivendi* a demandé à mettre fin audit contrat. Les autorités compétentes ont refusé cette demande, alors qu’elles ont procédé, plus tard, à la résiliation dudit contrat en prétendant que *Vivendi* avait violé ses obligations contractuelles prévues. A cela, le Tribunal arbitral a refusé les arguments avancés par l’Argentine, et a donné droit aux réclamations de *Vivendi* en lui octroyant la somme de 105 millions de dollars américains en tant qu’indemnisations de ses préjudices causés par les mesures entreprises par l’Etat hôte contractant¹²⁹.

88. – De ce qui précède, il a été démontré comment une décision exécutive rendue par le gouvernement de l’Etat hôte ou par l’une des entités publiques appartenant à celui-ci peut avoir des effets néfastes, voire mettre fin au contrat concerné en représentant ainsi un cas d’expropriation justifiant l’indemnisation des préjudices qui en découlent¹³⁰. En outre, il faut rappeler que l’invocation d’une telle obligation de la défense de l’expropriation doit être faite par les parties sur une base conventionnelle en ayant un rapport avec le *TBI* applicable.

¹²⁸ *Compania de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal c. Argentine*, CIRDI, Affaire n° ARB/97/3, sentence rendue le 20 août 2007, publiée au site officiel de ITA.

¹²⁹ I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l’Arbitrage*, N° 2007/4, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁰ V. en ce sens, Sébastien Manciaux, *Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d’autres Etats, Trente années d’activité du CIRDI*, Préface Philippe Khan, *Litec*, Vol. 24, 2004, pp. 454 et s. en ce qui concerne « les mesures étatiques exorbitantes du droit commun ayant un fondement extracontractuel ».

2. L’invocation de l’obligation de la défense de l’expropriation sur une base strictement conventionnelle

89. – Dans l’affaire *SGS contre Philippines*¹³¹, le Tribunal a refusé d’indemniser la société demanderesse sur une base conventionnelle, en relevant que le non paiement effectué par l’Etat de Philippines, voire le refus du paiement d’une partie de la créance, ne peut pas remonter au niveau d’expropriation vu que l’allégation soulevée relève d’une base contractuelle, et ne s’appuie pas sur le *TBI* applicable. En l’espèce, aucune intervention étatique n’a été approuvée, par l’intermédiaire d’une loi ou d’un décret, ayant pour effet d’annuler ou d’exproprier la créance de la demanderesse.

90. – De même, dans l’affaire *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie*¹³², dont la sentence a été rendue le 11 septembre 2007, les arbitres ont relevé que la municipalité de Vilnius a informé, le 27 janvier 2004, son cocontractant que le contrat conclu en 30 décembre 1999 a pris fin. Cependant, ils ont refusé d’indemniser le Consortium (partie demanderesse en l’espèce) sur la base des allégations de l’expropriation, ainsi que sur tous les autres arguments s’appuyant sur le *TBI* applicable, justifiant cette décision sur le fait que les violations prétendues ne sont que des violations matérielles au contrat objet du litige. En outre, la municipalité compétente ne s’est comportée que comme un contractant ordinaire, et aucune preuve n’a été apportée justifiant que l’Etat s’est comporté en tant qu’autorité souveraine dans le cadre de son rapport contractuel avec la partie demanderesse.

91. – Ainsi, une décision exécutive peut représenter une expropriation des investissements pourvu que le manquement prétendu soit basé sur les dispositions du *TBI* applicable afin de permettre l’allocation d’indemnisation dans un arbitrage d’investissement. Une telle expropriation pourrait être aussi l’effet d’une décision judiciaire appartenant à l’Etat hôte contractant.

¹³¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République de Philippines*, *CIRDI*, Affaire n° ARB/02/6, sentence rendue le 29 janvier 2004, publiée au site officiel de *ITA*, (consulté le 13 novembre 2012), para. 161.

¹³² *Parkerings-Compagniet AS contre République de la Lituanie*, *CIRDI*, Affaire n° ARB/05/8, sentence rendue le 11 septembre 2007, publié au site officiel du *CIRDI*, (consulté le 13 novembre 2012), para. 445.

B. L'expropriation du fait d'une décision judiciaire appartenant à l'Etat hôte contractant

92. – On verra alors comment on peut déterminer l'existence d'une expropriation en vertu d'une décision judiciaire interne (1). Ensuite, pour la bonne application de la reconnaissance d'une telle expropriation, on se posera la question de savoir si l'épuisement des voies de recours internes est-elle une condition de l'invocation d'une telle expropriation dite indirecte, fait générateur d'indemnisation, en vertu d'une décision judiciaire interne (2).

1. La détermination d'une expropriation en vertu d'une décision judiciaire interne

93. – Dans l'affaire *Saipem*, il s'agissait d'un contrat de la construction d'un pipeline pour le besoin de la transportation de gaz, conclu en 1990, entre *Petrobangla* - une entreprise publique bangladaise – et la société italienne *Saipem*. A cause d'un manquement de paiement de la part de la société bangladaise, *Saipem* a saisi la *CCI* pour se prévaloir de ses droits et être indemnisée de ce fait. Lors de la procédure arbitrale, *Petrobangla* a eu recours aux juridictions internes pour contester le fait que le Tribunal arbitral ait refusé des objections procédurales qu'elle avait invoquées. Par la suite, *Petrobangla* a obtenu la révocation dudit Tribunal, et une injonction a été adressée à *Saipem* afin de la prévenir de ne pas poursuivre l'arbitrage. Toutefois, le Tribunal arbitral a poursuivi les procédures et rendu une sentence le 9 mai 2003 en indemnisant *Saipem* de plus de 100 millions d'euros en tant que dommages-intérêts. Un recours en annulation a été intenté par la société bangladaise auprès des juridictions nationales contre ladite sentence rendue, en se prévalant de la décision de la révocation du Tribunal. Les juges internes saisis se sont déclarés non compétents sur la base de l'inexistence légale de la sentence¹³³.

94. – Or, la société italienne a saisi, ensuite, le *CIRDI* en tant qu'investisseur étranger sur la base de l'expropriation indirecte de son investissement par l'intermédiaire des juridictions bangladaises, et cela sur le fondement du *TBI* conclu entre l'Italie et le Bangladesh en 1990. En

¹³³ I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, op. cit., p. 51.

l'espèce, c'est la sentence arbitrale qui était l'objet d'une expropriation selon la partie demanderesse. Le Tribunal a apporté de très importantes contributions sur l'admissibilité du fait de l'expropriation en révoquant un tribunal arbitral par des juridictions nationales comme il suit :

95. – Dans un premier temps, le Tribunal arbitral a indiqué, dans sa décision sur la compétence en 2007, qu'il n'y a aucune raison qui empêche le fait qu'une décision judiciaire interne peut faire l'objet d'une expropriation, notamment parce qu'une telle limite n'existe pas dans le *TBI* applicable¹³⁴.

96. – Dans un deuxième temps, le Tribunal a fait des constatations intéressantes à l'occasion de la sentence rendue sur le fond en 2009. D'une part, le Tribunal a déclaré qu'en principe il est incontestable de considérer le comportement illicite de l'Etat, fait générateur de responsabilité, comme une expropriation, lorsqu'il est l'objet d'un acte gouvernemental. Par ailleurs, afin de décider s'il s'agit d'une expropriation dans le cas en l'espèce, le Tribunal s'est prévalu d'abord du principe bien admis par la jurisprudence selon lequel, pour reconnaître l'établissement d'une expropriation, il faut qu'il s'agisse d'une « privation substantielle ». Alors qu'il n'est pas admis de considérer la non jouissance, en elle-même, de la sentence arbitrale *CCI* par la partie en faveur de laquelle cette sentence a été rendue (*Saipem*) comme une raison suffisante justifiant l'établissement d'une privation substantielle de ses droits en vertu de la décision judiciaire interne du Bangladesh¹³⁵. D'autre part, il est communément admis par les parties que l'agissement reprochable à l'Etat du Bangladesh doit être illégal pour donner naissance à l'action d'expropriation¹³⁶. Par conséquent, le Tribunal a examiné d'abord la compétence des juridictions internes de se saisir sur la révocation du Tribunal *CCI* conformément à la loi interne applicable du Bangladesh, en aboutissant au fait que le Tribunal *CCI* n'a pas de compétence exclusive pour se saisir sur la question de révocation selon la loi applicable du Bangladesh¹³⁷. Ensuite, après avoir accepté la compétence des juridictions internes de se prononcer sur la révocation du Tribunal *CCI*, la sentence s'est mise à examiner les faits qui

¹³⁴ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire n° ARB/05/7, décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisoires, sentence rendue le 21 mars 2007, publiée au site officiel du *CIRDI*, (consulté le 17 novembre 2012), para. 132.

¹³⁵ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire n° ARB/05/7, sentence rendue le 30 juin 2009, publiée au site officiel du *CIRDI*, (consulté le 17 novembre 2012), paras. 131-133.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 134.

¹³⁷ *Ibid.*, paras. 137-144.

peuvent rendre cette décision judiciaire équivalente à une expropriation, et cela, d'après le Tribunal en l'espèce, si la décision interne rendue était contraire aux règles universellement établies dans l'arbitrage international, les dispositions de la Convention de New York ou des principes de droit international. En procédant à cet examen au fond, le Tribunal a considéré que la décision judiciaire interne sur la révocation du Tribunal *CCI* vaut une expropriation en vertu de la violation des principes de droit international, particulièrement le principe de l'abus de droit et la Convention de New York¹³⁸.

97. – En somme, on peut relever ainsi qu'une décision judiciaire interne peut faire l'objet d'une expropriation¹³⁹, sauf qu'il faut prendre en compte les éléments suivants ; le simple fait de la mise en cause d'une sentence arbitrale par des juridictions internes ne peut pas remonter tout seul à un acte d'expropriation. Afin de décider s'il s'agit d'une expropriation ou non dans ce cas, le Tribunal saisi d'une telle affaire peut procéder d'abord à l'examen sur la compétence de la juridiction interne mettant en cause la sentence rendue. Ensuite, même en cas de la constatation de la compétence de ladite juridiction, le Tribunal peut toujours procéder à un autre examen dans le but de vérifier que la décision interne n'a pas violé l'une des règles internationalement établies¹⁴⁰.

2. L'épuisement des voies de recours internes est-elle une condition de l'invocation de l'expropriation indirecte, fait générateur d'indemnisation, en vertu d'une décision judiciaire interne ?

98. – Dans l'affaire *Saipem*, une autre problématique a été soulevée concernant la validité de l'invocation de l'expropriation indirecte du fait d'une décision judiciaire interne. Selon le défendeur, *Saipem* ne pouvait pas invoquer l'argument de l'expropriation en raison d'une décision judiciaire interne autant que cette dernière n'a pas épuisé les voies de recours internes,

¹³⁸ *Ibid.*, paras. 145-170. Notamment sur les arguments de l'abus de droit, v. paras. 149-161.

¹³⁹ V. en ce sens, Sébastien Manciaux, *Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Trente années d'activité du CIRDI, op. cit.*, 2004, pp. 457 et s.

¹⁴⁰ V. en ce sens, Mathieu Raux, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), Charles Leben (dir.), 2010, pp. 39 et s.

condition nécessaire à l'invocation de déni de justice¹⁴¹. Afin de refuser un tel argument, le Tribunal arbitral, en l'occurrence, a relevé d'une part, que conformément à l'article 26 de la Convention de Washington¹⁴², la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas applicable aux investisseurs¹⁴³. D'autre part, le Tribunal a pu constater la distinction légale entre les deux arguments en prononçant que la demande de *Saipem* est recevable tandis qu'elle n'a pas invoqué le déni de justice mais l'expropriation, un argument dont l'invocation n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes¹⁴⁴. Le Tribunal, lors de sa sentence rendue au fond, a considéré que l'épuisement des voies de recours n'est pas une condition substantielle pour statuer sur l'expropriation effectuée par l'effet d'une décision judiciaire interne¹⁴⁵.

99. – Dès lors, on peut relever ainsi que l'invocation de l'expropriation indirecte, fait générateur d'indemnisation, du fait d'une décision judiciaire interne ne peut pas être assimilée à l'argument du déni de justice. Par conséquent, une telle expropriation peut être toujours l'objet d'indemnisation, même si la partie qui l'invoque n'a pas épuisé les voies de recours internes exigées par la loi applicable au fond du litige.

100. – Conclusion. – Cette étude des faits générateurs d'indemnisation dans l'arbitrage en matière d'investissement a été menée dans le but d'illustrer les standards les plus réputés, voire en commun, sur lesquels les parties se réfèrent souvent, dont les mieux établis sont les standards du traitement juste et équitable et la défense d'expropriation¹⁴⁶. Ces standards représentent une figure importante de la spécificité des faits générateurs d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement. Ceci nous conduit, en ce qui suit, à illustrer d'ailleurs les traits

¹⁴¹ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/05/7, décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisoires, sentence rendue le 21 mars 2007, para. 150.

¹⁴² L'article 26 de la Convention de Washington, conclue le 18 mars 1965, dispose que : « *Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés* ».

¹⁴³ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/05/7, décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisoires, sentence rendue le 21 mars 2007, para. 151.

¹⁴⁴ I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁵ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/05/7, sentence rendue le 30 juin 2009, para. 181.

¹⁴⁶ Sur la différence de la réparation en cas d'expropriation légale et illégale, v. Irmgard Marboe, *Calculation of compensation and damages in international investment law*, Oxford University Press, 2009, pp. 12-13.

principaux des faits générateurs d'indemnisation dans l'arbitrage intenté sous l'égide du rapport contractuel entre les parties, et non pas sur la base d'un traité quelconque.

SECTION II. LE FAIT GENERATEUR D'INDEMNISATION DANS LE CADRE DU RAPPORT CONTRACTUEL

101. – Dans cette section, on va tenter de résoudre le conflit juridique entre les obligations contractuelles et conventionnelles, dans le sens de la validité d'invoquer les unes ou les autres selon que l'arbitrage soit soumis sous l'égide d'un contrat ou d'un Traité d'investissement. Afin d'atteindre cet objectif, il est important de mettre au clair le fait de la violation de nature contractuelle servant aussi comme fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement (Paragraphe I). A cette occasion, on verra comment on peut se prévaloir des allégations contractuelles en matière d'investissement, ce qui engendre des nuances sur le principe bien établi de la non assimilation entre les obligations contractuelles et conventionnelles par les arbitres. Afin de bien illustrer l'invocation des allégations contractuelles en matière d'investissement, il est important de démontrer comment les parties peuvent se prévaloir des violations des dispositions du contrat au titre des obligations relevées du *TBI* applicable. Pour exposer le fonctionnement juridique de ces allégations de base contractuelle, il sera utile d'illustrer ce fait aux mêmes titres du standard du traitement juste et équitable, et de celui de l'expropriation.

102. – Après l'illustration des violations de nature contractuelle ayant un effet générateur d'indemnisation, même en matière d'investissement, on étudiera le fait de l'inexécution du contrat en tant que fait générateur primordial d'indemnisation dans le cadre d'un rapport purement contractuel (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. L'INVOCATION DE LA VIOLATION CONTRACTUELLE COMME FAIT GÉNÉRATEUR D'INDEMNISATION DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

103. – On exposera d'abord les formes les plus courantes de l'allégation de la violation contractuelle en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement (A), avant d'apporter une analyse critique portant sur la mise en cause de l'argument de la violation contractuelle dans ce contexte (B).

A. Les formes les plus courantes de l'allégation de la violation contractuelle en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement

104. – Le contrat ne perd pas toute valeur malgré le principe de l'inadmissibilité de la violation contractuelle en tant que fait générateur dans l'arbitrage d'investissement sous l'égide d'un traité international, dans lequel l'invocation de la violation des dispositions contractuelles ne peut pas servir l'investisseur. Pourtant, une telle violation peut servir en tant que fondement juridique des autres allégations, sous le traité bilatéral d'investissement applicable, y compris essentiellement le principe du traitement juste et équitable (1) et celui de la défense de se livrer à une expropriation illégale (2). Or, les Tribunaux ont généralement imposé des exigences très élevées aux investisseurs qui cherchent à traduire une rupture de contrat en violation des normes conventionnelles indirectement liées.

1. Le traitement juste et équitable

105. – Il existe de nombreux cas dans lesquels l'Etat hôte peut commettre une faute dans le cadre de son engagement contractuel, alors qu'il n'est pas évident qu'on puisse lui reprocher une faute simple dans chacun de ces cas en tant que comportement illicite exigeant réparation aux termes du *TBI*. Toutefois, les Tribunaux arbitraux acceptent le plus souvent les violations commises dans le cadre de l'engagement contractuel en tant que fait générateur d'indemnisation

imputable à l'Etat dans un litige d'investissement¹⁴⁷. La sentence *Toto* contre le Liban, rendue en 2009 sur la compétence, en fait exemple¹⁴⁸. En l'espèce, le Tribunal a constaté qu'une violation du Traité est possible dans le fait où le Liban n'a pas réussi à exproprier des terres nécessaires à *Toto* pour exécuter le contrat de construction routière pour le besoin de son investissement conformément aux termes du contrat conclu. Le Tribunal a jugé ainsi que cet échec de se conformer à ses engagements contractuels peut constituer, s'il a été établi, une violation de l'obligation du Liban sous l'égide du *TBI* applicable. Une violation à l'égard de l'article 2 du Traité qui a prévu l'obligation pour l'Etat de créer et de maintenir des conditions économiques et juridiques favorables permettant aux investisseurs de réaliser leurs obligations et exercer leurs droits sans entraves, et de protéger les investissements et de s'abstenir de tout comportement déraisonnable et discriminatoire qui porterait atteinte à ces investissements¹⁴⁹.

106. – Il a été encore souligné à maintes reprises que, dans certaines circonstances, une violation substantielle du contrat pourrait constituer une violation d'un standard conventionnel, conformément au *TBI* applicable, comme celui du traitement juste et équitable¹⁵⁰.

107. – Afin de bien illustrer ce fait, il est important de relever le critère retenu pour l'admissibilité de ce manquement contractuel en tant que violation conventionnelle, qui est celui de l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'Etat contractant (a). Par contre,

¹⁴⁷ V. en ce sens, *Saluka Investments B.V. c. la République Tchèque*, *CNUDCI*, Sentence partielle, rendue le 17 mars 2006, publiée au site officiel de *ITA*, (consulté le 14 janvier 2013), para. 442 (dans la version anglaise) qui prévoit que “ *the Treaty cannot be interpreted so as to penalize each and every breach by the Government of the Rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State.* ”.

¹⁴⁸ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, *CIRDI*, affaire n° ARB/07/12, décision sur la juridiction, rendue le 11 septembre 2009, publiée au site officiel de *CIRDI*, (version anglaise) paras. 102-109.

¹⁴⁹ *Ibid.*, v. notamment para. 102.

¹⁵⁰ *Parkerings-Compagniet A.S. c. République de Lituanie*, *CIRDI*, affaire n° ARB/05/8, sentence rendue le 11 septembre 2007, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 14 janvier 2013) para. 316 ; *Mondev International Ltd. c. les Etats Unis*, *CIRDI*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence rendue le 11 octobre 2002, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 14 janvier 2013) para. 134, “ *a governmental prerogative to violate investment contracts would appear to be inconsistent with the principles embodied in Article 1105 and with contemporary standards of national and international law concerning governmental liability for contractual performance* ” ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République de Philippines*, *CIRDI*, affaire n° ARB/02/6, décision sur la juridiction, rendue le 29 janvier 2004, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 14 janvier 2013), para. 162 ; *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, *CIRDI*, affaire n° ARB/01/11, sentence rendue le 12 octobre 2005, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 14 janvier 2013), para. 182.

l'existence d'un autre critère relevé relatif à l'intensité de la violation contractuelle alléguée s'avère plus critiqué (b).

a. Le critère retenu pour l'admissibilité de ce manquement contractuel en tant que violation conventionnelle : l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'Etat contractant

108. – Il n'est pas concevable, rappelons-le, d'assimiler une obligation contractuelle à une obligation conventionnelle de traitement. Cependant, les allégations de nature contractuelles peuvent être accueillies dans l'arbitrage d'investissement dans le cas où l'Etat se comportait en sa qualité de puissance publique et non plus en tant qu'agent de commerce. La sentence *RFCC* nous présente des arguments convaincants relatifs à ce sujet, d'où l'intérêt de citer ses énoncés pertinents à ce propos :

« Plus précisément, dans le cas qui occupe le présent Tribunal, à savoir quand l'investissement a pour origine la conclusion d'un contrat, il est possible pour l'Etat d'accueil de faire usage, dans sa relation contractuelle avec l'investisseur, de pouvoirs que lui seul détient en vertu de sa qualité de puissance publique. Seul l'usage de tels pouvoirs sera examiné par le Tribunal qui y trouvera ou non une violation de l'obligation de traitement juste et équitable, et cela soit au regard de la coutume internationale soit au regard des exigences de justice et d'équité qu'imposaient les circonstances de fait.

L'Etat, ou son émanation, peuvent s'être comportés comme des cocontractants ordinaires ayant une divergence d'approche, en fait ou en droit, avec l'investisseur. Pour que la violation alléguée du contrat constitue un traitement injuste ou inéquitable au sens de l'Accord bilatéral, il faut qu'elle résulte d'un comportement exorbitant de celui qu'un contractant ordinaire pourrait adopter. Seul l'Etat, en tant que puissance publique, et non comme contractant, a assumé des obligations au titre de l'Accord bilatéral¹⁵¹ ».

¹⁵¹ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, CIRDI, affaire précitée n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, para. 51, (souligné par nous).*

109. – Dans le but d’analyser les données précitées du Tribunal, on verra, d’une part, que le Tribunal a précisé un critère essentiel, pour admettre d’examiner la violation du traitement juste et équitable relevé sous le fondement des allégations contractuelles, qu’est celui de l’exercice de l’Etat d’une prérogative de puissance publique en violant les dispositions du contrat conclu. Donc, c’est quand l’Etat sort de l’envergure d’un contractant ordinaire pour se comporter en tant que puissance publique. D’autre part, les conséquences juridiques qui en découlent pour statuer sur l’indemnisation due se reposeront essentiellement sur les dispositions de droit international. Ainsi, le Tribunal a pu faire référence à la coutume internationale ou les exigences de justices et d’équité selon les circonstances en l’espèce, et non plus aux dispositions prévues au contrat conclu. Par conséquent, le Tribunal a refusé ainsi de considérer le simple refus des autorités locales de reconnaître des droits contractuels de l’investisseur comme une violation du Traité au titre du standard du traitement juste et équitable¹⁵².

110. – Même encore, comme l’a jugé le Tribunal dans l’affaire *Parkerings* contre Lituanie, à ce stade, une violation substantielle du contrat pourrait constituer, dans certains cas, une violation du traité conclu¹⁵³. Le Tribunal *Waste Management* a estimé que la violation des dispositions contractuelles ne constituerait pas une violation de la norme internationale minimale de traitement (qui est l’équivalent du principe du traitement juste et équitable), pourvu que cette violation n’équivaille pas à un rejet pur et simple de la transaction¹⁵⁴. Le demandeur a ainsi été débouté de toutes ses réclamations en l’espèce. Par contre, est constant, dans la jurisprudence arbitrale, le fait que pour que la violation alléguée du contrat puisse constituer un traitement injuste ou inéquitable au sens de l’accord bilatéral, elle doit résulter d’un comportement exorbitant par opposition à ce qu’un contractant ordinaire aurait pu adopter. Cette position a été reprise par le Tribunal de *Impreglio* contre Pakistan¹⁵⁵, qui a jugé qu’une réclamation fondée sur un traité doit soulever des questions au-delà de la simple application du contrat. La violation alléguée, dans ce cas, n’aurait pas pu être commise par un contractant normal.

¹⁵² *Ibid.*, para. 95.

¹⁵³ *Parkerings-Compagniet A.S. c. République de Lituanie*, affaire précitée, para. 136 prévoit que (dans la version anglaise) : “ *Under certain limited circumstances, a substantial breach of a contract could constitute a violation of a treaty. So far, case law has offered very few illustrations of such a situation (...)*”.

¹⁵⁴ *Waste Management, Inc. c. Mexique* (No. II), *CIRDI*, affaire précitée n° ARB (AF)/00/3, sentence rendue le 30 avril 2004, para. 115.

¹⁵⁵ *Impreglio c. la République Islamique de Pakistan*, *CIRDI*, affaire n° ARB/03/3, décision sur la juridiction, rendue le 22 avril 2005, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 14 janvier 2013), paras. 260-285.

111. – Dès lors, les arbitres exigent l'exercice des prérogatives de puissance publique par le défendeur afin de considérer la violation contractuelle commise en tant que violation du principe du traitement juste et équitable en vertu du Traité applicable¹⁵⁶. Dans le même sens, l'affaire *Bayindir*, dans la sentence rendue sur la juridiction en 2005¹⁵⁷, a confirmé le fait que l'investisseur doit établir qu'il ne s'agissait pas d'une simple violation du contrat, et que la violation prétendue, bien qu'elle ait été une violation des dispositions contractuelles, relève de l'exercice du pouvoir souverain de l'Etat¹⁵⁸. Cette distinction importante a été relevée aussi par la sentence *Duke Energy*¹⁵⁹ dont la sentence a été rendue le 18 août 2008. De ce fait, il est clair que la violation du contrat peut toujours servir en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement, tout en respectant la distinction entre la violation contractuelle en exerçant une prérogative de puissance publique et une simple violation émanant d'un agent de commerce ordinaire¹⁶⁰.

112. – Conclusion : une mise en application conformément au TBI dudit critère. – Par ailleurs, il est utile de noter que le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique n'est pas souvent relevé par les arbitres pour caractériser la violation du traitement juste et équitable, ce qui dépend toujours du TBI applicable dans chaque cas. Par exemple, un tel critère n'a pas été relevé par le Tribunal dans l'affaire *Waste Management*, ni dans l'affaire *MTD* précitées¹⁶¹. Il reste, néanmoins, à confirmer que la violation du traitement juste et équitable ne peut être invoquée, en tout cas, contre un Etat tant que celui-ci se comporte en tant que contractant ordinaire.

¹⁵⁶ V. en ce sens, *RCCF c. Maroc*, sentence précitée, para. 51; *Waste Management c. Mexique (II)*, sentence précitée, para. 115; *Impreglio c. Pakistan*, sentence précitée, para. 266.

¹⁵⁷ *Bayindir Insaat Turizim Ve Sanayi A.S. c. la République Islamique de Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, décision sur la juridiction, rendue le 14 novembre 2005, publiée au site officiel de CIRDI, (consulté le 14 janvier 2013), para. 180.

¹⁵⁸ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 271.

¹⁵⁹ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. la République d'Equateur*, CIRDI, affaire n° ARB/04/19, sentence rendue le 18 août 2008, publiée au site officiel de CIRDI, (consulté le 14 janvier 2013), para. 348.

¹⁶⁰ V. Michael Blyschak, *Arbitrating overseas oil and gas disputes : Breaches of contracts versus breaches of Treaty*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, 2010, N° 6, p. 626.

¹⁶¹ V. Axelle Lemaire, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, p. 41.

***b. Un autre critère relevé relatif à l'intensité de la violation contractuelle alléguée :
vision critique***

113. – Certains auteurs ont pu relever un second critère, afin de permettre d'invoquer la violation contractuelle en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement, qui repose sur le degré de la gravité de la violation en l'espèce¹⁶². En fait, nous ne partageons pas l'idée de prévoir un deuxième critère juridique concernant l'intensité de la violation pour qu'un différend de nature contractuelle se transforme en une violation du Traité international.

114. – D'une part, le seul critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'Etat suffit en tant que fait générateur basé sur le principe du traitement juste et équitable pour rendre un tribunal *CIRDI* compétent pour voir l'affaire arbitrale. Un autre critère, à ce propos, ne peut être un critère complémentaire.

115. – D'autre part, dans ce contexte, l'invocation de l'intensité de la violation contractuelle pour justifier le mauvais traitement en tant que violation du Traité international, n'est pas juridiquement convaincante, ni même vraie dans tous les cas. En premier lieu, il s'agit plutôt d'un travail de consécration du principe juridique afin d'atteindre une qualification correcte du fait générateur d'indemnisation en l'occurrence. De ce fait, la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement ne peut pas considérer qu'une violation contractuelle, ayant pour effet de porter atteinte au standard du traitement, peut être considérée en tant que violation du traitement juste et équitable imputable à l'Etat si ce dernier se comportait dans le cadre d'un contractant ordinaire, et cela sans regard au degré de la violation commise. En deuxième lieu, une violation de nature pure contractuelle peut engendrer des conséquences plus graves que celles qui peuvent être engendrées par le fait de la violation du principe du traitement juste et équitable fondée sur le Traité international applicable.

¹⁶² *Ibid.*, p. 41 (deux critères ont été relevés par l'auteur pour qu'un différend de nature contractuelle se transforme en une violation du Traité international, qui sont : l'exercice par l'Etat d'une prérogative de puissance publique et l'intensité de la violation contractuelle alléguée).

116. – La jurisprudence arbitrale a imposé des exigences similaires en vue de tenir compte des violations contractuelles atteignant le degré d’une expropriation dans le sens du *TBI* applicable.

2. L’expropriation

117. – On exposera, en premier lieu, la mise en œuvre de l’allégation contractuelle sous l’égide du *TBI* (a), et en second lieu, on abordera toujours le critère juridique retenu par les arbitres pour considérer une telle violation du contrat en tant que fait générateur d’indemnisation dans l’arbitrage d’investissement (b).

a. La mise en œuvre de l’allégation contractuelle sous l’égide du TBI

118. – La jurisprudence arbitrale admet les allégations d’expropriation sur la base de la violation contractuelle. En ce sens, M. Schreuer a pu relever qu’il est généralement admis que l’expropriation indirecte peut se produire sous la forme d’une violation substantielle ou de la rupture du contrat¹⁶³, ce qui est aussi la position depuis longtemps adoptée par la jurisprudence arbitrale¹⁶⁴. Ainsi, la violation contractuelle commise par un Etat peut atteindre le niveau d’une expropriation selon le Traité bilatéral applicable¹⁶⁵.

¹⁶³ Christophe Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler, éd. 2005, p. 296.

¹⁶⁴ Pour les sentences arbitrales admettant que les droits contractuels soient un objet d’expropriation, v. *Amco c. Indonésie*, CIRDI, sentence rendue le 20 novembre 1984, *ICSID Reports I*, Cambridge University Press, pp. 454 et s. ; *LETCO c. Liberia*, CIRDI, sentence rendue le 31 mars 1986, *ICSID Reports II*, Cambridge University Press, p. 366.

¹⁶⁵ Christophe Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims*, *op. cit.*, p. 296, l’auteur a affirmé que (dans un extrait en anglais) “*International courts and tribunals have held repeatedly that measures by a state, affecting rights under a contract, may amount to an expropriation*”.

119. – La jurisprudence arbitrale a déjà constaté cette position à plusieurs reprises¹⁶⁶. Dans une célèbre affaire relativement récente, la sentence *Waste Management*, en 2004, avait examiné si la défaillance d'un État à s'acquitter de ses obligations en vertu d'un contrat pouvait s'élever à une expropriation directe ou indirecte¹⁶⁷. Et le Tribunal conclut que ce pourrait être le cas dans certaines circonstances¹⁶⁸. Il était de point de vue qu'il faut, en tout cas, apporter des critères de distinction entre la demande contractuelle et l'autre conventionnelle, sinon il n'y aura plus de sens de distinguer entre la violation contractuelle et celle conventionnelle¹⁶⁹. Cette solution a principalement une répercussion sur le fait générateur à relever dans chaque cas afin de réclamer l'indemnisation du préjudice¹⁷⁰.

b. Le critère juridique retenu par les arbitres pour considérer une telle violation du contrat en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement

120. – Il est important d'aborder, à ce stade, la qualification juridique sur laquelle s'appuient les arbitres pour considérer les violations affectant le contrat dans les cas arbitraux ci-avant étudiés en tant que fait générateur d'indemnisation sur une base conventionnelle et non contractuelle. En effet, les arbitres ont retenu dans ce cas le même argument avancé concernant le traitement juste et équitable ; qui est celui de la nature du comportement de l'Etat hôte, de

¹⁶⁶ *SPP c. Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, *ICSID Reports II*, pp. 228-229 ; *Azinian c. Mexique, CIRDI*, sentence rendue le 1^{er} novembre 1999, 39 *ILM* 537, 2000, paras. 87-92 ; *Mondev c. Etats Unis, CIRDI*, sentence rendue le 11 octobre 2002, 42 *ILM* 85, 2003, para. 98 ; *Waste Management c. Mexique*, sentence rendue le 30 avril 2004, précitée, paras. 163-176.

¹⁶⁷ *Waste Management (II) c. Mexique*, sentence rendue le 30 avril 2004, précitée, para. 165 (version anglaise) “ (...) *Thus the present case does raise the question whether a persistent and serious breach of a contract by a State organ can constitute expropriation of the right in question, or at least conduct tantamount to expropriation of that right, for the purposes of Article 1110* ”.

¹⁶⁸ *Ibid.*, para. 168 “ *In the Tribunal's view, the outright refusal by a State to honour a money order or similar instrument payable under its own law may well constitute either an actual expropriation or at least a measure tantamount to an expropriation of the value of the order* ”.

¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 171 “ (...) *But some distinction must be made: if certain cases of contractual non-performance may amount to expropriation, it must be possible to say, in principle, which ones, otherwise the distinction between contractual and treaty claims disappears* ”.

¹⁷⁰ V. par exemple, *Occidental Exploration & Production Co. c. Equateur, LCIA*, affaire précitée n° U.N. 3467, sentence rendue le 1^{er} juillet 2004, para. 57. Là où le Tribunal arbitral a reconnu l'allégation contractuelle invoquée en tant qu'une violation conventionnelle. Par contre, dans une autre affaire arbitrale, le Tribunal a refusé de considérer la violation contractuelle alléguée en l'espèce en tant que violation conventionnelle en vertu du *TBI* applicable. V. en ce sens, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique de Pakistan, CIRDI*, affaire n° ARB/01/13, décision sur la juridiction, rendue le 6 août 2003, publiée au site officiel de *CIRDI*, (consulté le 15 janvier 2013), paras. 161-162.

sorte que si un tel comportement était hors du cadre d'un contractant ordinaire, en recourant à l'exercice des prérogatives de puissance publique, ce dernier sera considéré comme violant ses engagements conventionnels découlant du *TBI* applicable. On peut relever une illustration concrète de ce fait dans ce qui suit.

121. – Dans l'affaire *Siemens*, le Tribunal a invoqué la différence entre les allégations contractuelles et celles conventionnelles basées sur le *TBI* applicable. En adoptant la même position, le Tribunal a relevé que le critère retenu, en vue de considérer la faute contractuelle de l'Etat en l'espèce comme une violation de ses obligations découlant du *TBI*, est que le comportement exercé à cet égard soit considéré comme une intervention étatique au contrat et non comme un comportement d'un contractant ordinaire. A cela, le Tribunal a fait référence aussi aux contributions juridiques en la matière faites dans les sentences *Consortium RFCC* contre Maroc et *Waste Management* contre Mexique, afin de confirmer le critère juridique susmentionné pour statuer sur l'expropriation du fait de l'Etat comme fait générateur d'indemnisation¹⁷¹. Une autre référence a été faite aux contributions de l'affaire *Salini* contre Jordanie¹⁷², dont la sentence a été rendue le 31 janvier 2006, confirmant le fait que pour se prévaloir de la protection de l'investissement de la part de l'investisseur, la faute de l'Etat doit être commise dans le cadre de son exercice des prérogatives de puissance publique et non comme un contractant ordinaire. Or, c'est dans ce seul cas que la faute de l'Etat, même si elle était de nature à affecter le contrat, peut être considérée en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement. Ce qui était effectivement le cas en l'espèce, et le Tribunal a décidé d'accorder à *Siemens* une indemnisation d'une somme de 219 899 dollars américains pour les préjudices subis à cause de l'atteinte à son investissement.

¹⁷¹ *Siemens AG c. Argentine, CIRDI*, Affaire précitée n° ARB/02/8, sentence rendue le 6 février 2007. Pour les arguments avancés par le Tribunal afin de justifier la faute commise par l'Etat en tant que fait générateur d'indemnisation basé sur le *TBI* applicable v. paras. 246-260.

¹⁷² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume Hachémite de Jordanie, CIRDI*, affaire n° ARB/02/13, sentence rendue le 31 janvier 2006, publiée au site officiel de *ITA*. La sentence a relevé le même critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique afin de considérer la violation affectant le contractant comme une expropriation en violant ainsi les obligations conventionnelles découlant du *TBI* applicable, v. para. 155 de la sentence – dans sa version anglaise – qui déclare que : “(...) *Only the State, in the exercise of its sovereign authority (puissance publique), and not as a contracting party, has assumed obligations under the bilateral agreement. (ibid., para. 51). In other words, an investment protection treaty cannot be used to compensate an investor deceived by the financial results of the operation undertaken, unless he proves that his deception was a consequence of the behaviour of the receiving State acting in breach of the obligations which it had assumed under the treaty*”.

122. – Selon la même logique juridique, les arbitres, dans l'affaire *Vivendi*, ont relevé que le comportement de l'Argentine dans le cadre du contrat de concession, objet du litige, n'était pas de nature d'un simple acte commercial émanant d'un contractant ordinaire. Au contraire cet acte de l'Etat était fait dans le cadre de son exercice de ses prérogatives de puissance publique. D'où, la constatation de la violation aux obligations conventionnelles découlant du *TBI* applicable¹⁷³. Sur ce fondement, une indemnisation a été accordée à *Vivendi* en l'espèce, au titre du standard du traitement juste et équitable et de celui de l'expropriation, d'une somme de 99 120 000 dollars américains.

123. – Même encore, d'après l'affaire *Parkerings-Compagniet*¹⁷⁴, afin de considérer la violation contractuelle en l'espèce en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement, le Tribunal a constaté qu'il ne suffit pas que l'Etat se comporte en tant que pouvoir souverain en exerçant la puissance publique afin de considérer la résiliation du contrat comme un fait qui remonte à une expropriation au sens du *TBI* applicable. Une autre condition doit s'ajouter, qui consiste dans le fait, que la violation commise doit être constitutive d'un manquement contractuel¹⁷⁵. En s'appuyant sur le même fondement relevé dans l'affaire *Vivendi*, le Tribunal en l'espèce a débouté l'investisseur cette fois-ci de ses demandes puisque les violations alléguées ne remontent pas au degré des violations conventionnelles¹⁷⁶.

124. – Conclusion. – Afin de reconnaître si la violation contractuelle peut servir en tant que fait générateur dans le cas d'expropriation sous l'égide du *TBI* applicable, la sentence *Waste Management* rendue en 2004 a prévu les hypothèses. La première consiste dans le fait où les opérations d'investissement sont résiliées ou perturbées par l'intermédiaire d'une décision

¹⁷³ *Compania de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal c. Argentine*, CIRDI, Affaire précitée n° ARB/97/3, sentence rendue le 20 août 2007, para. 7.5.8. (version anglaise) "However, the measures identified at 7.4 herein, which constituted the Province's destructive campaign against CAA and CGE / Vivendi cannot in any circumstance be cast as simple commercial acts of or relating to non-performance by a contracting counter-party. Here we have illegitimate sovereign acts, taken by the Province in its official capacity, backed by the force of law and with all the authoritative powers of public office".

¹⁷⁴ *V. Parkerings-Compagniet AS contre République de la Lituanie*, CIRDI, Affaire précitée, n° ARB/05/8, sentence rendue le 11 septembre 2007, publié au site officiel du CIRDI, (consulté le 13 novembre 2012), para. 448.

¹⁷⁵ V. I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷⁶ V. aussi en ce sens, *Vannessa Ventures Ltd c. Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/04/6, sentence rendue le 16 janvier 2013, publiée au site officiel du CIRDI, paras. 214, 321-322.

exécutive ou un décret¹⁷⁷. La deuxième consiste dans le fait où certains droits contractuels sont affectés là où ils sont reliés ou associés aux biens qui ont été pris par l'Etat¹⁷⁸. La troisième hypothèse réside en une simple inexécution d'une obligation contractuelle¹⁷⁹. C'est seulement dans ce cadre de cette troisième hypothèse que le Tribunal a jugé qu'il ne suffisait pas simplement d'affirmer les droits contractuels en tant que base d'une demande d'expropriation. En tant que tel, le Tribunal a jugé que c'est une chose d'exproprier un droit en vertu d'un contrat et une autre de ne pas se conformer au contrat¹⁸⁰. Autrement dit, la simple violation des dispositions contractuelles, proprement dite, ne peut pas être une cause suffisante pour l'invoquer en tant que fait générateur d'indemnisation en matière d'investissement¹⁸¹. Dès lors, quand l'investisseur allègue une violation d'une obligation au contrat de la part d'Etat, comme une violation aussi conventionnelle, il doit prouver que l'Etat ne s'est pas comporté en tant que simple contractant, mais en tant que pouvoir souverain, en causant dommages à ses droits.

B. Analyse critique : la mise en cause de l'argument de la violation contractuelle dans ce contexte

125. – Les reproches soulevés dans ce sens consistent, d'une part, dans le fait de l'inutilité de la distinction entre violation contractuelle et conventionnelle dans certains cas (1), et d'autre part, dans l'inutilité en pratique de l'invocation de la violation contractuelle en matière d'investissement (2).

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 172, v. aussi en ce sens, *Libyan American Oil Co. c. Libye*, Arbitrage *ad hoc*, sentence rendue le 12 avril 1977, 62 *ILR* 141, pp. 189–90.

¹⁷⁸ *Waste Management (II) c. Mexique*, sentence précitée, para. 173.

¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 174. Sachant que le Tribunal arbitral a constaté que les cas où il s'agit d'une simple violation contractuelle, qui ne remonte pas à une expropriation sous le *TBI* applicable, sont les cas les moins nombreux. Le fait qui signifie que, pratiquement, la violation contractuelle peut bien servir en tant que fait générateur même dans l'arbitrage d'investissement basé sur le *TBI* et non pas sur le contrat conclu.

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 175.

¹⁸¹ V. Michael Blyschak, *Arbitrating overseas oil and gas disputes : Breaches of contracts versus breaches of Treaty*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, 2010, N° 6, *op. cit.*, pp. 624-625.

1. L'inutilité de la distinction entre violation contractuelle et conventionnelle dans certains cas

126. – La distinction entre la violation contractuelle et celle conventionnelle en tant que fait générateur d'indemnisation peut disparaître si la compétence attribuée au Tribunal dans un litige en matière d'investissement est une compétence large. Une telle situation sera possible si la compétence du Tribunal arbitral est basée sur tout conflit relatif à l'investissement et non pas sur le *TBI* applicable précisément. Dans ce cas, les arbitres peuvent prendre en considération une violation de nature pure contractuelle en tant que fait générateur d'indemnisation en matière d'investissement. Rien n'empêche l'adoption d'une telle position une fois que la violation commise ait eu une répercussion négative sur l'opération d'investissement objet du litige¹⁸².

127. – La jurisprudence arbitrale nous a présenté une illustration de cette situation. On peut citer, en ce sens, l'affaire *Salini* contre Maroc en 2001¹⁸³. En l'espèce, on trouve que, afin de préciser la compétence du tribunal arbitral, l'article 8 du *TBI* applicable prévoit que le Tribunal se voit compétent de « tous les différends ou divergences...concernant un investissement »¹⁸⁴. Le Tribunal a conclu que les dispositions du traité sont tellement larges qu'elles permettent l'accueil des violations purement contractuelles comme une violation conventionnelle¹⁸⁵. Cette position juridique a pour effet de mettre en cause la distinction entre ces deux catégories de violations en tant que fait générateur d'indemnisation en matière d'investissement. La même position a été suivie dans l'affaire *Vivendi I* en 2002¹⁸⁶. Telles que les dispositions du *TBI* applicable, en l'espèce, attribuaient la compétence du tribunal pour tous litiges relatifs aux investissements¹⁸⁷. Dès lors, il est suffisant que la violation soit relative à

¹⁸² V. Christophe Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁸³ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, décision sur la juridiction, sentence rendue le 23 juillet 2001, publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 15 janvier 2013), *Journal de Droit International "JDI"*, 2002, p. 196, 42 *ILM* 609, 2003.

¹⁸⁴ Article 8 du Traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Italie et le Maroc.

¹⁸⁵ Christophe Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁸⁶ *Vivendi Universal and Compania De Aguas Del Aconquija c. République d'Argentine* affaire n° ARB/97/03, sentence rendue le 3 juillet 2002, publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 15 janvier 2013), para. 60.

¹⁸⁷ Christophe Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims*, *op. cit.*, p. 297.

l'opération d'investissement objet du litige, même s'il s'agit d'une simple violation du contrat, pour qu'elle soit considérée en tant que fait générateur d'indemnisation en l'espèce¹⁸⁸.

2. L'inutilité en pratique de l'invocation de la violation contractuelle en matière d'investissement

128. – Il est bien établi, rappelons-le, que la violation des dispositions contractuelles commise par un Etat en tant que pouvoir souverain, et non pas en tant qu'un contractant ordinaire, est censée être considérée comme un fait générateur d'indemnisation en matière d'investissement au titre du traitement injuste et inéquitable ou d'expropriation illégale.

Toutefois, lorsque c'est le cas, la violation du contrat lui-même n'est plus le fondement de la réclamation. Au contraire, la base fondamentale de la demande est la caractérisation de l'action de l'État comme une violation d'une ou deux de ces autres normes. Donc, la violation de la norme du traitement juste et équitable ou de l'expropriation illégale pouvant aussi être considérée comme une rupture du contrat n'est pas essentielle à la réussite de la réclamation. La violation contractuelle, à ce stade, devient secondaire à celle conventionnelle. Par conséquent, il est en quelque sorte inutile de construire la demande du point de vue de la rupture du contrat en soulevant que la violation est d'une gravité telle qu'elle constitue une violation du traitement ou d'une expropriation des droits contractuels de l'investisseur. Il est plus pratique alors de se concentrer simplement dès le début sur l'action commise par l'État, en tant que puissance publique, affectant les droits contractuels de son cocontractant à un degré tel qu'elle constitue une violation au titre du standard du traitement juste et équitable ou de l'expropriation¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Il est à noter que des autres Tribunaux arbitraux ont adopté une position différente, dans la même situation où d'autres Tribunaux ont considéré qu'il ne s'agit pas de distinction entre violation contractuelle et celle conventionnelle en vertu des dispositions large du *TBI* applicable, en distinguant toujours entre les deux catégories de violations en tant que fait générateur d'indemnisation. V. pour les sentences adoptant la position contraire, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique de Pakistan, CIRDI*, affaire n° ARB/01/13, décision sur la juridiction, rendue le 6 août 2003, précitée, para. 161.

¹⁸⁹ Michael Blyschak, *Arbitrating overseas oil and gas disputes : Breaches of contracts versus breaches of Treaty*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, 2010, N° 6, *op. cit.*, p. 625.

129. – Par ailleurs, il est tout à fait possible que la violation au nom du standard du traitement ou de l'expropriation illégale sera incapable d'être bien caractérisée comme une rupture de contrat, même si un tel accord est à la base de l'investissement. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque la violation commise par l'État hôte porte sur le cadre original d'un contrat d'une manière indirecte par l'intermédiaire d'une nouvelle législation qui aurait une incidence négative sur les conditions de sa performance¹⁹⁰.

130. – On peut trouver dans la jurisprudence arbitrale ce qui fait preuve de l'utilité pratique de baser la demande en arbitrage d'investissement directement sur des allégations conventionnelles, qui sont en rapport avec la violation du *TBI* applicable, même s'il s'agit concomitamment d'une violation de nature contractuelle. Dans l'affaire *OEPC* contre Équateur, par exemple, le demandeur ne s'est pas prévalu de la violation contractuelle en tant que fait générateur d'indemnisation de ses préjudices, même si un accord de production était à la base de son investissement¹⁹¹. La société demanderesse avait conclu un contrat de production avec *Petroecuador*, une société publique appartenant à l'Etat, en domaine de la découverte et d'exploitation du pétrole en Equateur. Le différend a surgi lorsque le demandeur a fait valoir qu'il était dû au remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée, et a déposé sa demande ainsi auprès de la *London Court International Arbitration "LCIA"* en alléguant les diverses violations commises à l'égard des obligations prévues au *TBI* applicable, y compris le traitement juste et équitable. Le Tribunal lui a donné droit en estimant que la mise en œuvre de l'Equateur du régime de TVA, en l'espèce, avait manqué à son obligation de fournir un climat des affaires stable, transparent et prévisible¹⁹². Dans le même sens, les arbitres trouvent souvent le fait générateur d'indemnisation dans certaines violations non-contractuelles, au titre du *TBI* applicable, même s'il s'agit d'un contrat faisant la base de l'investissement. Dans le même sens, une autre affaire récente¹⁹³ de *RDC* contre Guatemala, dont la sentence a été rendue le 29 juin 2012, en fait preuve. Le Tribunal a indemnisé l'investisseur lésé en l'espèce sur la base du

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Equateur, CNUDCI / LCIA*, affaire n° UN3467, sentence rendue le 1er juillet 2004, précitée, para. 55.

¹⁹² *Ibid.*, paras. 183-187.

¹⁹³ *Railroad Development Corporation (RDC) c. la République de Guatemala, CIRDI*, affaire n° ARB/07/23, sentence rendue le 29 juin 2012, publiée au site officiel de *CIRDI* (consulté le 21 janvier 2013), paras. 156 et s.

standard du traitement juste et équitable¹⁹⁴. En outre, comme l'a jugé le tribunal dans l'affaire *Vivendi* (II) en 2004¹⁹⁵, même dans le cas où il ne s'agit pas de pure violation du contrat à invoquer par un investisseur, les traités de protection des investissements ne permettront pas généralement aux États d'accueil, notamment au titre du principe du traitement juste et équitable, de porter atteinte ou d'exproprier une concession qui a été accordée à bon droit¹⁹⁶.

131. – Conclusion. – Après l'analyse engagée sur la violation contractuelle en tant que fait générateur reconnu en matière d'investissement, on étudiera le fait de l'inexécution du contrat, dans un contexte purement contractuel cette fois, en tant que fait générateur primordial d'indemnisation.

PARAGRAPHE II. L'INEXECUTION CONTRACTUELLE EN TANT QUE FAIT GENERATEUR PRIMORDIAL D'INDEMNISATION DANS LE CADRE D'UN RAPPORT PUREMENT CONTRACTUEL

132. – Il est important de relever, à ce stade, l'inexécution contractuelle par le débiteur en tant que fait générateur justifiant l'allocation d'une indemnisation intégrale par les arbitres (A), avant d'aborder les incidences restreignant l'allocation d'une telle indemnisation intégrale dans ce contexte (B).

A. L'inexécution contractuelle par le débiteur : un fait générateur justifiant l'allocation d'une indemnisation intégrale par les arbitres

133. – Cette position connaît une consécration (1), ainsi qu'une large application (2) par les arbitres du commerce international.

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 283.

¹⁹⁵ *Compania de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal c. Argentine* (II), *CIRDI*, affaire n° ARB/97/3, sentence rendue le 20 août 2007, précitée, para. 7.4.39.

¹⁹⁶ V. Michael Blyschak, *Arbitrating overseas oil and gas disputes : Breaches of contracts versus breaches of Treaty*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, 2010, N° 6, *op. cit.*, p. 628.

1. La consécration du principe

134. – En principe, l'inexécution contractuelle est sanctionnée par le versement des dommages-intérêts qui sont de nature à indemniser tous les préjudices, subis par la partie lésée, qui en découlent. Les arbitres du commerce international peuvent aussi aller jusqu'à décider la résolution du contrat ou approuver la résiliation faite par la partie lésée¹⁹⁷.

135. – Il est reconnu qu'en présence d'une faute du débiteur, la partie lésée peut demander la résolution du contrat pour inexécution, selon les dispositions de l'article 1184 du Code civil, avec des dommages-intérêts¹⁹⁸. Cela afin de rendre la partie lésée dans la situation où le contrat aurait été effectivement exécuté¹⁹⁹. Les arbitres du commerce international font recours souvent à la résolution contractuelle en amont de l'indemnisation du préjudice. Dès lors, la jurisprudence arbitrale accueille l'idée du cumul de la résolution avec l'allocation des dommages-intérêts. Le but de la constatation de ce fait est de démontrer que l'inexécution contractuelle constitue toujours un fait générateur d'indemnisation, même dans le cas de la résolution du contrat pour la même raison d'inexécution.

136. – **Le principe du cumul de la résolution contractuelle avec l'allocation des dommages-intérêts dans les instruments de droit uniforme.** – Une telle solution trouve sa source dans sa consécration dans les instruments de droit uniforme, tel que dans l'article 81 de la Convention de Vienne pour la vente internationale de marchandises²⁰⁰. De même, les Principes du droit européen des contrats l'ont évoqué dans l'article 8 : 102²⁰¹, ainsi que dans l'article 7.3.5

¹⁹⁷ Voir en ce sens, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse, LGDJ, 2009, n° 1266, p. 174.

¹⁹⁸ Yves Tassel, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée. Application à la restitution anticipée du navire par l'affrètement à temps*, *Droit français-Droit anglais*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 30, 2013, p. 2.

¹⁹⁹ V. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, LGDJ, 1952, n° 317 ; J. Deprez, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux H. Capitant*, *Dalloz*, 1968, p. 59.

²⁰⁰ L'article 81 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises dispose que : « 1. La résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations, sous réserve des dommages-intérêts qui peuvent être dus (...) ».

²⁰¹ L'article 8 : 102 des Principes du Droit Européen des Contrats dispose que : « Les moyens qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés. En particulier, une partie ne perd pas le droit de demander des dommages et intérêts en exerçant son droit de recourir à tout autre moyen. ».

(2) des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international²⁰². Par conséquent, la résolution du contrat pour inexécution ne signifie certes pas la privation d'indemnisation de la partie lésée.

137. – Le principe du cumul de la résolution contractuelle avec l'allocation des dommages-intérêts en droit comparé. – On peut trouver aussi la consécration de ce cumul dans le droit comparé. Le droit français reconnaît l'allocation des dommages-intérêts même en cas de la résolution du contrat, ce qui signifie que le fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle aboutira, en principe, à l'exigence d'indemniser en tout cas la partie lésée de cette inexécution. Le Code civil français, dans l'article 1184 alinéa deuxième²⁰³, a donné le droit à la partie lésée de l'inexécution de son engagement contractuel de demander la résolution avec dommages-intérêts. Pareillement, le droit anglais permet, en cas d'inexécution du contrat, l'indemnisation du préjudice si le contrat a été résolu²⁰⁴. Une telle solution est bien reconnue en droit portugais²⁰⁵, ainsi qu'elle a été accueillie en droit allemand lors de la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002²⁰⁶.

Comme encore M. le doyen Tallon a précisé, l'inexécution contractuelle exige l'allocation des dommages-intérêts même en combinaison avec la résolution du contrat²⁰⁷. L'évaluation des indemnisations dues reste une question de fait soumise au pouvoir discrétionnaire d'appréciation. A ce stade, il était important d'illustrer la question de l'indemnisation du préjudice en cas d'inexécution, sans regard à la question de l'évaluation elle-même notamment en cas de résolution, pour calculer le *quantum* de l'indemnisation, afin de

²⁰² L'article 7.3.5 (2), situé sous le titre de "Effets de la résolution", des Principes d'*Unidroit* dispose que : « Elle n'exclut pas le droit de demander des dommages-intérêts pour inexécution ».

²⁰³ L'article 1184 du Code civil français dispose que : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts (...) ».

²⁰⁴ V. G. H. Treitel, *The law of contract*, éd. 12, *Sweet & Maxwell*, 2007, n° 20-001 et s.

²⁰⁵ L'article 801 para. 2 du Code civil portugais.

²⁰⁶ Le cumul de la résolution contractuelle avec l'allocation des dommages-intérêts a été récemment introduit en droit allemand par la réforme du *BGB* entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, dans le nouveau § 325 du *BGB*.

²⁰⁷ D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, *RTD civ.*, 1994, p. 223.

démontrer le droit aux dommages-intérêts dans ce cas même à l'existence d'une résolution contractuelle²⁰⁸.

138. – Conclusion. – De ce qui précède, il s'avère clairement que l'inexécution des obligations contractuelles constitue un fait générateur d'indemnisation, même en cas de la résolution pour inexécution. Cette analyse a suscité la démonstration précédente afin de prouver que la résolution, en cas d'inexécution, n'affecte pas l'indemnisation due pour la même raison, ce qui nous montre que ces deux sanctions jouent un rôle plutôt complémentaire. L'arbitrage commercial international nous a présenté, à plusieurs reprises, cette solution.

2. La mise en application par les arbitres du commerce international

139. – On exposera, dans ce qui suit, la pratique arbitrale (a) avant d'apporter notre analyse critique en la matière (b).

a. La pratique arbitrale

140. – Tant que le principe de bonne foi régit tout le cadre juridique des engagements contractuels de chacun des contractants, les arbitres du commerce international peuvent toujours sanctionner fermement le dénouement intentionnel de l'une des parties de ses obligations contractuelles. Autrement dit, la mauvaise foi ici est de nature à intensifier la sanction de la simple inexécution contractuelle, ce qui permet aux arbitres de prononcer la résolution même du contrat. Il s'agit là de ce qu'on appelle l'« inexécution essentielle »²⁰⁹. La convention de Vienne a adopté une solution similaire en admettant la résolution du contrat en cas d'« une contravention essentielle ». Prenons, par exemple, l'article 49 al. 1 (a)²¹⁰ de la convention qui a donné à l'acheteur le droit de déclarer le contrat résolu si la violation contractuelle commise par

²⁰⁸ V. Philippe Rémy, *Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat*, Mélange 137, in *Mélanges offerts à P. Couvrat, La sanction du droit*, PUF, N° 16, Paris, 2001, p. 122.

²⁰⁹ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 266, p. 175.

²¹⁰ L'article 49 al. 1 de la convention de Vienne dispose que « L'acheteur peut déclarer le contrat résolu : (a) Si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente convention constitue une contravention essentielle au contrat (...) ».

le vendeur constitue une contravention essentielle au contrat. Pareillement, le même droit a été reconnu pour le vendeur dans l'article 64 al. 1 (a)²¹¹ de ladite convention.

141. – La sentence arbitrale n° 76/1998 rendue en 1999, sous l'égide de l'Association italienne de l'arbitrage,²¹² présente une illustration sur l'allocation d'indemnisation en cas d'inexécution contractuelle en décidant simultanément la résolution du contrat objet du litige. Il s'agissait d'un contrat de distribution exclusive conclu en 1995, alors que le distributeur, en 1998, a fait recours à l'arbitrage afin de résoudre le contrat pour inexécution et d'être indemnisé des préjudices subis. Afin de justifier sa demande, le demandeur a invoqué tous les éléments du manquement contractuel de la part de son cocontractant depuis 1997 comme les livraisons tardives, l'échec de la protection de la marque concédée et la récusation de recevoir les marchandises défectueuses rendues. Notons que le Tribunal arbitral s'est basé sur le fait de l'inexécution intentionnelle, ou la mauvaise foi dans l'exécution du contrat, en accueillant le seul argument de la non protection de la marque ouvrant la possibilité de la résolution dudit contrat conformément au droit italien applicable en l'espèce²¹³. Et cela parce que le débiteur est supposé coopérer avec son cocontractant dans le but de la protection de la marque concédée²¹⁴.

142. – Dans la même logique juridique, la sentence n° 273/1995 rendue en 1996, sous l'égide de la Chambre de commerce de Zurich²¹⁵ a adopté une position similaire. Il s'agissait, cette fois, d'un fournisseur russe (le défendeur dans l'arbitrage) engagé à fournir de la matière première aux deux entreprises demanderesses, hongroise et argentine, dont il est détenteur d'actions. En 1994, le défendeur a été privatisé, et le second demandeur et son partenaire coréen l'ont repris lors des enchères. Ensuite, le défendeur ne livrait plus de matière première aux demandeurs. Par conséquent, les demandeurs ont fait recours à l'arbitrage en demandant

²¹¹ L'article 64 al. 1 de la convention de Vienne dispose que « *Le vendeur peut déclarer le contrat résolu : (a) Si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente convention constitue une contravention essentielle au contrat (...)* ».

²¹² Sentence n° 76/1998 rendue le 28 novembre 1999, *Italian Arbitration Association, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 2000, p. 368.

²¹³ Le Tribunal arbitral s'est basé sur l'article 1375 du Code civil italien qui exige l'exécution de bonne foi des contrats.

²¹⁴ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, n° 279, p. 180.

²¹⁵ Sentence n° 273/1995 rendue le 31 mai 1996, *Zurich Chamber of Commerce- Switzerland, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1998, p. 128.

l'exécution en nature du contrat et subsidiairement des indemnisations des préjudices subis en raison de l'inexécution de l'obligation contractuelle en l'espèce. Le Tribunal arbitral a refusé l'exécution en nature, par contre, il a décidé de mettre fin au contrat en accueillant la demande d'indemnisation du préjudice²¹⁶.

b. Analyse critique

143. – D'après l'illustration précédente sur l'inexécution des obligations contractuelles en tant que fait générateur d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage commercial international, il est important de relever ce qui suit :

144. – Dans une première hypothèse, où il s'agit d'une simple inexécution contractuelle, la réponse ne serait pas compliquée. L'allocation des dommages-intérêts en tant que contrepartie de cette faute contractuelle paraît être une solution évidente.

145. – Alors que dans une deuxième hypothèse, où il s'agit d'une inexécution essentielle, le problème s'accroît. Là, on se trouve dans une situation d'une inexécution grave ou intentionnelle avec laquelle le sort de l'engagement contractuel sera en danger. Dans ce cas, il est très important d'envisager les deux solutions juridiques suivantes :

La première solution consiste en l'exécution forcée du contrat par le Tribunal arbitral, comme ce fut le cas dans l'affaire 273/1995 précitée²¹⁷, afin de maintenir l'engagement contractuel existant en prenant en compte toutes les mesures nécessaires pour réparer les préjudices de la partie lésée en vertu de l'inexécution contractuelle.

D'un côté, cette solution paraît, de prime abord, juste et adéquate tant sur le plan juridique qu'économique. Sur le plan juridique, cette solution pourrait être satisfaisante pour les parties contractantes aux litiges, notamment parce qu'elle est prise, en principe, dans l'intérêt de la partie lésée de poursuivre le contrat tout en respectant les engagements contractuels prévus.

²¹⁶ Mireille Taok, 2009, *op. cit.*, n° 280, pp. 180-181.

²¹⁷ Sentence 273/1995 rendue le 31 mai 1996, précitée.

Sur le plan économique, une telle solution s'avère intéressante puisqu'elle encourage la stabilité des relations contractuelles, ce qui influence positivement l'économie du marché et rend fiable les transactions du commerce international afin de ne pas les rendre inintéressantes pour les agents du commerce.

De l'autre côté, cette solution s'avère toutefois difficile à adopter. D'une part, quand l'inexécution contractuelle atteint un certain degré de gravité, il ne sera pratiquement pas possible de maintenir le contrat, notamment quand il s'agit d'un défaut de loyauté ou de confiance entre les parties contractantes. D'autre part, les arbitres de commerce international se méfient souvent de prononcer l'exécution forcée du contrat puisqu'une telle solution risque de voir la sentence arbitrale ne pas être exécutée dans le pays de l'exécution de ladite sentence. Ce qui fait de l'exécution forcée du contrat une solution rarement prévue par les arbitres²¹⁸. Donc, le sujet de l'exécution de la sentence arbitrale préoccupe les arbitres en premier lieu afin de rendre une sentence efficace²¹⁹, ce qui rend les arbitres plus favorables envers l'allocation des dommages-intérêts avec la résolution du contrat.

La seconde solution consiste en la prononciation par le Tribunal arbitral de la résolution du contrat ou l'approbation de la résolution effectuée par la partie lésée de l'inexécution, en considérant que la rupture du contrat a été bien fondée. Dans ce cas, comme déjà indiqué, rien n'empêche l'allocation des dommages-intérêts avec la résolution contractuelle.

²¹⁸ Pour un exemple pratique de la non prononciation de l'exécution forcée par les arbitres de commerce international, v. la l'affaire 273/1995 précitée. Dans laquelle le Tribunal n'a pas décidé l'exécution forcée du contrat malgré qu'elle était la demande principale de la partie demanderesse, et, plus particulièrement, nonobstant la tendance arbitrale en faveur de la sauvegarde de la relation contractuelle d'un côté, et la possibilité juridique de décider l'exécution forcée du contrat en l'espèce puisque le droit russe applicable le permet en vertu de la Convention de Vienne, faisant partie dudit droit, qui permet au Tribunal d'imposer l'exécution forcée du contrat. A ce propos, l'article 46 de la Convention de Vienne prévoit que : « l'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence ». V. dans ce sens, Mireille Taok, 2009, *op. cit.*, n° 281, p. 181.

²¹⁹ V. par exemple les sentences : CCI n° 8365/1996, *JDI*, 1997, p. 1078, obs. J.-J. Arnaldez ; CCI n° 8501/1996, *JDI*, 2001, pp. 1164-1171, spéc. pp. 1170-1171, obs. E. Jolivet ; Sentence n° 2455, rendue le 9 février 1988, *Society of Maritime Arbitrators, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1990, p. 103 ; CCI n° 4761/1987, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, pp. 302, 519, *JDI*, 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin.

146. – De tout ce qui précède, il est ainsi clair que l’inexécution contractuelle est un fait générateur principal d’indemnisation du préjudice, quelle que soit la gravité de l’inexécution établie.

147. – Conclusion. – Il était important de soulever le fait de la résolution du contrat par la partie lésée puisqu’il est bien attaché au sujet de l’indemnisation du préjudice dans le cas de l’inexécution contractuelle. Plus particulièrement, parce que la résolution du contrat mal exécutée nous conduira à mettre la lumière sur d’autres règles à respecter par ailleurs, de la part de la partie lésée mettant fin au contrat, et dont le non respect affecterait l’indemnisation intégrale de ses préjudices.

B. Les incidences restreignant l’allocation d’une indemnisation intégrale en cas d’inexécution contractuelle

148. – On mettra la lumière, à ce propos, au fait de la rupture abusive du contrat (1), ainsi qu’à l’obligation de renégociation (2).

1. La rupture abusive du contrat

149. – Le cas de l’inexécution des obligations contractuelle ne donne pas toujours le droit à la partie lésée de résoudre le contrat en cause. D’après la pratique arbitrale établie, les Tribunaux n’admettent la résolution qu’en cas d’inexécution grave ou essentielle²²⁰, comme déjà démontré, de la part du débiteur. En ce sens, les arbitres n’ont pas manqué de constater des cas où la rupture du contrat s’était établie d’une manière abusive.

150. – Dans la sentence n° 1250/1964 rendue en 1964, sous l’égide de la Chambre du commerce international “CCI”²²¹ dont le droit applicable était le droit libanais, il s’agissait d’un contrat de distribution opposant d’une part la société *Western European Car Manufacturer*, et

²²⁰ Voir *supra* n° 140.

²²¹ Sentence n° 1250/1964, CCI, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 30.

d'autre part le distributeur libanais. Ce dernier devait remplir plusieurs obligations conformément aux termes du contrat conclu, comme garantir la vente des voitures, le service après-vente et construire un garage afin de conserver le dépôt d'accessoires. Le distributeur a eu, plus tard, un souci pour construire le garage dans le temps indiqué, et le créancier a ainsi procédé à la résiliation du contrat en raison de ce retard. Par conséquent, le distributeur a fait recours à l'arbitrage en invoquant le caractère abusif de la résolution en l'espèce, ainsi qu'en demandant des dommages-intérêts de ce fait. Le Tribunal a fait droit à sa demande en soulevant d'une part, le fait que le créancier a pris une décision hâtive quand il a résolu le contrat en ne donnant pas à son cocontractant une occasion de remédier au défaut de l'inexécution. D'autre part, le débiteur (le demandeur) avait l'intention d'honorer ses obligations contractuelles en invoquant le fait qu'il avait déjà les plans de construction et tendait à construire le garage. Dès lors, le manquement contractuel n'était pas intentionnel et l'inexécution, par la suite, ne peut pas être considérée comme essentielle selon le Tribunal. Par conséquent, il a jugé, en l'espèce, la résolution contractuelle comme abusive.

151. – Il paraît évident alors que la pratique arbitrale n'admet la résolution du contrat qu'en cas d'inexécution grave ou intentionnelle. Or, l'inexécution contractuelle doit être toujours indemnisée, néanmoins elle ne peut se voir encore sanctionnée par la résolution du contrat qu'en cas d'inexécution essentielle.

152. – La sentence n° 7181/1992 rendue sous l'égide de la *CCI* en fait preuve²²². Le Tribunal arbitral devait examiner si la résolution du contrat de *joint venture* en l'espèce était justifiée ou non selon le droit belge applicable. En l'occurrence, le Tribunal a constaté que l'inexécution contractuelle de la part du débiteur n'était pas intentionnelle, et ce manquement était plutôt en raison d'un malentendu de la part de ce dernier sur l'étendue de son engagement. Dès lors, le Tribunal a jugé que la résolution du contrat effectuée par le créancier était infondée parce que l'inexécution contractuelle n'était pas assez grave selon l'article 1184 du Code civil belge, ainsi qu'au regard du principe transnational de bonne foi vu que l'inexécution n'était pas intentionnelle²²³. De ce fait, la rupture abusive du contrat par la partie lésée peut ainsi se

²²² Sentence n° 7181/1992, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1996, p. 99.

²²³ V. Mireille Taok, 2009, *op. cit.*, pp. 175-176.

répercuter négativement sur l'indemnisation du préjudice à laquelle elle aurait droit. Dans ce sens, la sanction de la rupture abusive du contrat au titre de bonne foi a été affirmée par la Cour de cassation française dans un arrêt récent, rendu le 8 octobre 2013, pour consacrer l'obligation de la coopération entre les parties contractantes²²⁴.

2. L'obligation de renégociation

153. – L'obligation de renégociation est déjà consacrée au titre de la *lex mercatoria* (a), ainsi qu'elle reconnaît une application large par les arbitres (b) en ayant toujours des incidences sur l'indemnisation intégrale en cas d'inexécution contractuelle.

a. La consécration de l'obligation de renégociation au titre de la lex mercatoria

154. – En principe, la jurisprudence arbitrale est en faveur du maintien de la relation contractuelle et de son exécution de bonne foi, c'est la raison principale pour laquelle les arbitres sanctionnent le refus de renégociation de la part de la partie lésée. Autrement dit, si la renégociation avait pour effet de maintenir les engagements contractuels d'une manière satisfaisante vis-à-vis des parties contractantes, la partie lésée aura alors l'obligation de négocier les offres de son débiteur dans ce cas. Par contre, le refus d'une renégociation raisonnable, dans le cadre de l'exécution contractuelle de bonne foi, en mettant fin au contrat, pourrait être considéré comme une rupture abusive dudit contrat²²⁵. Dès lors, les arbitres exigent que la partie lésée adopte un comportement actif par rapport à l'inexécution établie, sous peine de voir diminuer ses indemnisations dues.

²²⁴ Cécile Le Gallou, *Rupture brutale : le respect d'un délai n'exclut pas la mauvaise foi* "Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, P+B", *RLDC*, décembre 2013, Act. 5303, pp. 16-17.

²²⁵ V. en ce sens notamment en cas de « contrats d'État » (*State contract*), W. Peter, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, 2^e éd., *La Haye, Kluwer*, 1995, pp. 129 et s.

i. La consécration dans les instruments internationaux du droit uniforme

155. – Une solution consacrée par les Principes du droit européen des contrats. – Les Principes du droit européen des contrats dans l'article 6.111 (3) ont soulevé l'obligation de négocier en vue de maintenir les engagements contractuels sous le fondement du principe général de bonne foi²²⁶. Par conséquent, le refus injustifié de la négociation de la part de l'une des parties contractantes peut être l'objet d'indemnisation à l'égard de son cocontractant lésé de ce fait.

156. – Une solution consacrée par les Principes d'*Unidroit*. – Les Principes d'*Unidroit* ont consacré aussi le concept de la négociation, bien qu'il ne soit pas invoqué en tant qu'obligation dans l'article 6.2.3 des Principes²²⁷. D'une part, la négociation a été mentionnée en tant qu'une possibilité offerte à la partie lésée, et non pas comme une obligation incombant sur les parties contractantes, comme ce qui est prévu dans les dispositions des Principes du droit européen des contrats susmentionnées. Et d'autre part, l'article 6.2.3 des Principes d'*Unidroit* a prévu que le Tribunal peut soit mettre fin au contrat, soit l'adapter afin de rétablir l'équilibre entre les engagements des parties contractantes. Toutefois, on peut toujours déduire de cette disposition l'importance accordée à la négociation de bonne foi en cas d'inexécution contractuelle et sa priorité, en tant que moyen pour résoudre le litige, sur l'établissement de la résolution du contrat.

²²⁶ L'article 6.111 des Principes du droit européen des contrats dispose que : « (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, (b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. » (Souligné par nous).

²²⁷ L'article 6.2.3 des Principes *Unidroit* dispose que : « (1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. (2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. (3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. (4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut, s'il estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. ».

*ii. La consécration dans la jurisprudence arbitrale*²²⁸

157. – Les arbitres du commerce international ont exigé, à plusieurs reprises, le respect de l’obligation de renégociation dans le cas où les dispositions contractuelles existantes ne peuvent plus résoudre les difficultés d’exécution survenues après la conclusion du contrat²²⁹. Dans les cas similaires, les arbitres appliquent l’obligation de renégociation au titre de la *lex mercatoria*, en respectant néanmoins les clauses contractuelles à cet égard.

158. – Un des exemples peut apparaître dans la sentence n° 2508/1976 rendue sous l’égide de la CCI²³⁰, dans laquelle le Tribunal arbitral, afin de condamner le vendeur (le débiteur) en l’espèce, a constaté que celui-ci aurait pu tenter de réadapter les dispositions du contrat conclu en augmentant le prix du produit fixé dans le contrat puisque les circonstances économiques le justifient, notamment avec la hausse du prix de ce produit contractuel. En suivant la même logique juridique, une autre sentence CCI n° 2540/1976²³¹ a décidé que chacune des parties contractantes peut, au titre du respect du principe de bonne foi en cas du renversement de l’équilibre de l’économie du contrat, tenter d’aboutir à une réadaptation des dispositions contractuelles en vue de surmonter les obstacles dans l’exécution du contrat. De même, les arbitres, dans la sentence CCI n° 2291/1975²³², ont soulevé l’application d’une vraie obligation de renégociation, sous le fondement de bonne foi et de loyauté, ayant une valeur transnationale en tant qu’une règle de la *lex mercatoria*. Dès lors, la consécration de l’obligation de renégociation a pour effet de sauvegarder l’équilibre du contrat²³³ et ainsi d’assurer sa mise en œuvre²³⁴, en cas de difficulté de son exécution et dont la violation influence négativement sur l’indemnisation du préjudice due en vertu de l’inexécution dudit contrat.

²²⁸ Sur la définition du terme de « jurisprudence arbitrale » en droit international, v. Olivier Pomiès, *Dictionnaire de l’arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes “PUR”, 2011, pp. 117-118.

²²⁹ V. par exemple, sentence CCI n° 2291/1975, *JDI*, 1976, p. 989, obs. Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 274.

²³⁰ Sentence n° 2508/1976, *JDI*, 1977, p. 939.

²³¹ Sentence n° 2540/1976, *CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 296.

²³² Sentence précitée.

²³³ B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux : réalités et perspectives*, *JDI*, 1979, p. 494.

²³⁴ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l’exécution des contrats*, Thèse, *LGDJ*, 1989, p. 213.

b. La mise en application de l'obligation de renégociation par les arbitres

i. L'effet négatif du refus de renégociation sur l'indemnisation du préjudice

159. – Le non respect de l'obligation de renégociation dans l'arbitrage du commerce international aurait pour effet d'influencer négativement sur l'indemnisation du préjudice dû. La sentence SG 103/74²³⁵ en fait exemple. Cette sentence nous présente une illustration importante sur le rôle et l'effet juridique de la violation de l'obligation de renégociation. En effet, la sentence affirme que l'obligation de renégociation a pour effet de sauvegarder l'équilibre dans les engagements contractuels et d'assurer une protection juridique contre la prononciation d'une rupture abusive du contrat. En outre, afin d'amener les conséquences juridiques jusqu'au bout, la sentence envisage la solution de la réparation du préjudice en cas de violation de l'obligation de renégociation dans la jurisprudence arbitrale. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un contrat de licence exclusive d'un équipement en vertu duquel le demandeur a octroyé la licence au défendeur contre le versement d'une redevance minimale à partir du début de l'année 1971. Le contrat a exigé un délai minimal de six mois avant la résiliation du contrat pour sa mise en demeure, vu que le contrat peut être résilié le 21 décembre 1973. Toutefois, le défendeur a résolu le contrat le 23 novembre 1973 après qu'il n'ait pas réussi à réaliser les profits attendus de la vente de l'équipement. Le demandeur a saisi le Tribunal arbitral pour réclamer son droit aux redevances minimales pour les années 1972 à 1974, avec 10% d'intérêts moratoires comme prévu dans le contrat. Le Tribunal a approuvé, d'une part, la résolution du contrat. Et d'autre part, il a alloué des indemnisations pour des redevances minimales prévues jusqu'à fin 1973, et non pas 1974 comme réclamé par le demandeur dans sa demande initiale²³⁶.

160. – Il est important de relever, en ce qui concerne l'obligation de renégociation soulevée par le Tribunal en l'espèce, que cette sentence précitée a principalement fondé la validation de la résolution du contrat, entre autres raisons avancées par le Tribunal, sur le fait du refus de la négociation, de la part du demandeur, initiée par le débiteur afin d'éviter les risques

²³⁵ Sentence n° SG 103/74, rendue le 28 janvier 1976, *Court of arbitration attached to the Chamber of Foreign Trade, Berlin, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1979, p. 197.

²³⁶ V. Mireille Taok, 2009, *op. cit.*, n° 291, p. 186.

déraisonnables. Et c'est ce refus de la négociation qui a amené le Tribunal à diminuer les indemnités dues au demandeur. Notons que cette décision a été basée, pour condamner le refus de renégociation, sur le fondement de la violation de bonne foi.

161. – Dans la même année, une autre célèbre sentence n° 2478/1974 rendue sous l'égide de la *CCI*²³⁷ a condamné le refus de la renégociation proposée par le vendeur en vue de sauvegarder le contrat. En l'espèce, le Tribunal arbitral a refusé d'allouer à l'acheteur (le demandeur) l'intégralité de l'indemnisation due à cause de son refus de négocier la proposition raisonnable de la part du vendeur (le défendeur). Selon le Tribunal, il est vrai que le nouveau prix proposé était supérieur au prix initialement convenu dans le contrat, mais reste toujours inférieur au prix du marché. Par conséquent, le Tribunal n'a alloué au demandeur que des indemnités égales à la différence entre le prix contractuel et le prix proposé par le vendeur. Ce qui nous montre que le non respect de l'obligation de renégociation, dans le cas de l'inexécution contractuelle, pourrait engendrer des effets négatifs sur l'allocation des dommages-intérêts dus.

ii. Les limites juridiques

162. – Rappel du principe. – En principe, l'obligation de renégociation trouve sa source, comme nous l'avons indiqué, dans le respect du principe de bonne foi dont la violation se répercuterait négativement sur l'indemnisation due en raison de l'inexécution contractuelle.

163. – La limite. – Toutefois, cette règle connaît sa limite. En effet, dans l'idée générale selon laquelle le but de cette obligation est de trouver une solution raisonnable de l'inexécution contractuelle ; une fois que les parties contractantes ont employé les moyens raisonnables à cette fin, elles ne sont pas forcées de réadapter leur engagement contractuel²³⁸. Dès lors, l'obligation

²³⁷ Sentence n° 2478/1974, *JDI*, 1975, obs. Y. Derains, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1978, p. 222, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 233.

²³⁸ V. F. Osman, *Les principes généraux de la les mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, Préface E. Loquin, *LGDJ*, 1992, pp. 162 et s. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, thèse, *LGDJ*, 1989, *op. cit.*, pp. 212 et s.

de renégociation trouve son fondement dans le principe de bonne foi et, au même titre sa limite²³⁹.

164. – Critères de la limite dans la jurisprudence arbitrale. – En outre, la jurisprudence arbitrale a illustré les limites juridiques de l'obligation de renégociation. D'une part, la négociation, dans le cadre de l'inexécution contractuelle doit, conformément au principe de bonne foi, être amenée sur la base des propositions raisonnables. D'autre part, l'objet de la négociation doit comprendre seulement ce qui est essentiel afin de protéger l'équilibre contractuel prévu par l'intermédiaire de son exécution²⁴⁰.

Là réside le compromis juridique entre le principe *pacta sunt servanda*, qui a pour effet de maintenir les engagements contractuels prévus par les parties, et l'obligation de renégociation qui tend principalement à maintenir la relation contractuelle au lieu d'y mettre fin²⁴¹. Autrement dit, le rôle de l'obligation de renégociation est de tenter de dépasser les difficultés causant l'inexécution du contrat, et non pas de mettre en cause les obligations contractuelles. De ce fait, on peut déduire plus clairement la non contradiction entre l'obligation de renégociation d'un côté, et le respect des engagements contractuels d'autre côté²⁴². Fait qui explique la raison pour laquelle la violation de l'obligation de renégociation aurait des effets négatifs sur l'appréciation de l'indemnisation du préjudice.

165. – Conclusion. – De tout ce qui précède, il s'avère qu'afin d'aboutir à une indemnisation intégrale du préjudice en raison de l'inexécution contractuelle, la partie lésée doit aussi, de sa part, respecter certaines règles juridiques pour qu'elle soit intégralement indemnisée à juste titre.

Il est important de respecter, notamment à cet égard le fait de ne pas mettre fin au contrat de manière abusive, ainsi que de respecter l'obligation de renégociation. Et cela dans le but, d'une part, de coopérer de bonne foi, qui est déjà un principe général de droit qui est censé régir

²³⁹ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, thèse précitée, p. 200.

²⁴⁰ V. en ce sens par exemple, sentence précitée n° 2508/1976, *JDI*, 1977, p. 939.

²⁴¹ V. en ce sens, Y. Derains, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, *JDI*, 1993, p. 851.

²⁴² V. en ce sens, B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives*, *JDI*, 1979, *op. cit.*, p. 494.

toute la relation contractuelle, et d'autre part, de tenter de faire survivre les engagements contractuels tel que le maintien du contrat dispose d'une valeur juridique supérieure qui découle d'un autre principe général de droit, qui est celui du *pacta sunt servanda*.

CONCLUSION DU CHAPITRE

166. – L’indemnisation du préjudice par les arbitres exige, tout d’abord, l’établissement d’un fait générateur justifiant l’allocation des dommages-intérêts. Les faits générateurs admis par les arbitres dépendent de la nature de l’arbitrage soulevé. Dans l’arbitrage international, en matière d’investissement, les parties doivent fonder leur litige sur des faits générateurs d’indemnisation relevés du Traité bilatéral d’investissement applicable en tant que base du litige. Par contre, dans l’arbitrage commercial international, basé sur le rapport contractuel conclu entre les parties, les faits générateurs d’indemnisation à relever devront être rattachés aux dispositions du contrat conclu.

167. – Les standards communs d’indemnisation, et les plus soulevés par les parties, en matière d’investissement consistent dans le traitement juste et équitable et l’expropriation exercée par l’Etat hôte contractant. L’étude suivie, à ce propos, nous montre la mise en application large de ces deux standards en tant que faits générateurs d’indemnisation. Une tendance qui aboutirait à la protection des investisseurs, et surtout des investissements, dans le but de garantir l’établissement d’un marché stable et attirant des nouveaux investissements. D’une part, il faut admettre que cette protection trouve sa source dans les *TBI* applicables en premier lieu. D’autre part, les développements précités nous conduisent à déduire aussi l’application toujours large par les arbitres des faits générateurs d’indemnisation issus du *TBI*. Il est judicieux alors de constater l’attention des arbitres à appliquer et à suivre les objectifs d’introduire ces standards dans les *TBI*, qui tend toujours vers la protection des investissements.

168. – Dans la même logique, la jurisprudence arbitrale montre une protection juridique importante afin de maintenir les rapports contractuels entre les agents du commerce, ainsi d’y sanctionner toute violation. Le but est toujours d’indemniser la partie lésée de tout préjudice subi, ainsi que de promettre les relations contractuelles. C’est pour cette raison que l’on a traité le fait de l’inexécution contractuelle en tant que fait générateur primordial d’indemnisation, après avoir démontré comment les violations de nature contractuelle peuvent toujours servir en tant que faits générateurs d’indemnisation en matière d’investissement. L’inexécution du contrat est

alors sanctionnée par les arbitres dans le même but de garantir la stabilité des relations contractuelles.

169. – En somme, d’après l’étude des principes constituant les traits principaux des faits générateurs d’indemnisation, on peut déduire l’association des considérations économiques avec celles juridiques dans le cadre de l’indemnisation du préjudice par les arbitres internationaux, en justifiant ainsi une réparation adéquate des intérêts lésés du créancier.

CHAPITRE II. L'EXIGENCE DU PREJUDICE INDEMNISABLE

170. – La recherche sur le préjudice subi pour l'allocation des dommages-intérêts mérite une étude distincte puisqu'il représente un facteur essentiel pour l'indemnisation par les arbitres internationaux. Dans un premier lieu, il est important d'avoir une réponse à la question suivante : l'exigence du préjudice est-elle toujours nécessaire pour l'allocation d'indemnisation ? (Section I). Pourtant, le préjudice reste toujours un facteur nécessaire d'indemnisation dont les arbitres doivent procéder à un examen juridique rigoureux avant l'allocation des dommages-intérêts. D'où l'intérêt à étudier les caractéristiques du préjudice indemnisable (Section II).

SECTION I. L'EXIGENCE DU PREJUDICE EST-ELLE TOUJOURS NECESSAIRE POUR L'ALLOCATION D'INDEMNISATION ?

171. – L'exigence d'un préjudice justifiant l'allocation d'indemnisation par les arbitres internationaux reste une problématique importante. De prime abord, il paraît bien évident que le préjudice est la condition essentielle de l'indemnisation, sans lequel aucune réparation n'est possible²⁴³. Cependant, en traitant ce sujet de manière plus approfondie, on verra qu'il s'agit d'une controverse sur le fait de l'exigence du préjudice afin de permettre l'allocation d'indemnisation. Plus particulièrement, on verra, dans ce qui suit, l'hypothèse de la non exigence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts, dans le cas de l'obligation de ne pas faire, dans les articles 1142 à 1145 du Code civil. Les arbitres du commerce international, en s'engageant à appliquer des différents systèmes juridiques dans le cadre des affaires arbitrales variées qui leurs sont soumises, peuvent octroyer parfois des indemnités même en l'absence d'un vrai préjudice. Une telle indemnité a une fonction plutôt punitive qu'indemnitaire.

172. – Cette polémique mérite alors d'être illustrée dans la perspective d'une recherche, afin de mettre l'accent sur les arguments essentiels de cette controverse, et cela dans le but d'atteindre une réponse juridique sur l'exigence du préjudice ou non pour l'allocation des

²⁴³ En ce sens, un auteur français a conclu que « les dommages et intérêts supposent le dommage, comme la nuit l'obscurité », v. Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ, 2004, p. 114.

dommages-intérêts. A cette occasion, on mettra la lumière, hormis le cas de l'indemnisation punitive, sur le fondement principal de l'indemnisation exigée par les arbitres. Dès lors, on verra s'il s'agit toujours de la survenance du préjudice en tant que seul fondement principal pour justifier l'indemnisation, ou bien s'agit-il d'autres fondements qui sont capables de justifier l'indemnisation ? Dans ce cadre, on abordera, dans ce qui suit, le cas de l'inexécution du contrat (Paragraphe I) et l'hypothèse de l'atteinte à l'attente légitime de la partie lésée (Paragraphe II) afin de vérifier si chacune des deux thèses peut constituer, en remplaçant la survenance du préjudice en tant que seule condition préalable à l'octroi des dommages-intérêts, une justification suffisante de l'indemnisation.

PARAGRAPHE I. LE CAS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

173. – On se pose la question de savoir si le cas de l'inexécution du contrat par l'une des parties peut, même sans établir le préjudice subi, suffisamment justifier l'indemnisation de l'autre cocontractant du fait de ce manquement contractuel. Pour répondre à cette question, on traitera, d'abord, la position juridique adoptée en droit français (A), avant d'aborder la position de la pratique arbitrale à cet égard (B).

A. La position juridique adoptée en droit français

174. – On verra, en premier lieu, le courant juridique majoritaire hostile à l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice (1), et en second lieu, l'autre courant juridique minoritaire accueillant le fait de l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice (2) en cas d'inexécution contractuelle.

1. Le courant juridique majoritaire hostile à l'allocation d'indemnisation hors l'existence du préjudice

175. – L'exigence du préjudice pour l'indemnisation en droit français. – En matière de droit contractuel, la majeure partie de la doctrine exige l'existence d'un préjudice en tant que une condition d'indemnisation²⁴⁴. En ce sens, le préjudice est ce que le créancier subit en vertu du manquement aux obligations contractuelles de son cocontractant²⁴⁵. Dans le même ordre d'idées, M. Jourdain a constaté l'exigence de l'association du préjudice avec les dommages-intérêts, vu que c'est sur la base du premier que l'on peut évaluer l'indemnisation²⁴⁶.

176. – La jurisprudence défavorable à l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice. – Cette logique juridique nous conduit à admettre que, même dans le cas où un débiteur fautif, ne remplissant pas certaines de ses obligations contractuelles, mais que cette faute n'a pas causé effectivement de préjudices à son cocontractant, ce dernier n'aura pas droit à des dommages-intérêts du fait de cette violation contractuelle. Une telle solution a été adoptée par la jurisprudence française à plusieurs reprises²⁴⁷.

Ainsi, plusieurs décisions judiciaires ont présenté une réponse négative concernant l'hypothèse où la faute contractuelle n'avait pas engendré de préjudices alors qu'il fallait toujours indemniser le contractant à l'égard duquel cette faute avait été commise, sur le fondement qu'elle l'a privé de ses droits contractuels. Dans la même logique, un arrêt rendu en 2003, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a relevé expressément le fait que la nécessité d'un préjudice est nettement exigée afin de pouvoir allouer une indemnisation²⁴⁸. Dans un autre arrêt plus récent, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en 2008²⁴⁹, a

²⁴⁴ V. par ex. sur l'exigence du préjudice pour la mise en cause de la responsabilité tant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 1^{re} éd., PUF, 2003, pp. 29-30.

²⁴⁵ Christophe Radé, *Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage, Juris-cl. Responsabilité civile*, Fasc. 10, 1999, para. 1.

²⁴⁶ P. Jourdain, *Responsabilité civile, RTD Civ.*, 1998, p. 124.

²⁴⁷ V. par exemple, Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 317 ; Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Bull. civ. I*, n° 127. Citées par Marianne Faure Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, thèse, préf. Philippe Remy, Collection de la Faculté de Droit et de Sciences sociales de Poitiers, *LGDJ*, 2003, p. 202.

²⁴⁸ V. en ce sens, Civ. 3^{ème}, 3 décembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 221, *JCP*, 2004, I, 163, obs. Viney, *RTD. Civ.* 2004, 295, obs. Jourdain, *RJDA* 2004, 359, rapp. Betoulle, *RDC* 2004, 280, obs. Stoffel-Munck.

²⁴⁹ Civ. 2^{ème}, 11 septembre 2008, *Bull. civ. II*, n° 191, *RDC* 2009/1, 77, note Deshayes.

confirmé le fait que la non survenance de préjudices à la partie lésée, malgré la constatation d'une faute contractuelle, permet aux juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir souverain, de ne pas octroyer d'indemnisation²⁵⁰.

Il apparaît alors que la jurisprudence majoritaire française reste toujours hostile au principe de la non exigence de l'existence d'un préjudice pour l'allocation d'indemnisation²⁵¹. Toutefois, le courant de la jurisprudence inverse mérite d'être relevé. Cette jurisprudence soulève, de son côté, des justifications juridiques intéressantes pour l'indemnisation en l'absence du préjudice.

2. Le courant juridique minoritaire accueillant le fait de l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice

177. – On présentera d'abord une démonstration de la controverse illustrant la position de ce courant minoritaire (a), avant d'apporter une analyse critique sur cette controverse existante (b).

a. La démonstration de la controverse

178. – **L'indemnisation en l'absence du préjudice en droit français.** – Selon un deuxième courant doctrinal, la responsabilité peut s'établir par le seul fait de l'inexécution contractuelle par le débiteur. Il ne sera pas nécessaire d'établir en plus l'existence du préjudice, du fait que l'élément du préjudice se considère déjà inclus dans l'inexécution²⁵².

²⁵⁰ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 198.

²⁵¹ Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 406 ; Cass. Civ. 3^e, 5 mai 1976, *JCP*, IV, 211 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 26 février 2002, *Bull. civ.* I, n° 68 ; *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. Mestre, B. Fages.

²⁵² J. Carbonnier, *Droit civil, Paris : PUF*, 2004, p. 2187 ; Ch. Radé, *Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage, Juris-cl. Responsabilité civile, op. cit.*, para. 7 ; Marianne Faure Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, 2003, *op. cit.*, p. 203.

Par ailleurs, le Code civil français n'as pas fait une référence explicite à l'exigence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts. L'article 1147 du Code civil²⁵³ ne prévoit pas la survenance d'un préjudice comme condition de la réparation dans le cadre de sa disposition concernant les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation. En outre, la doctrine en faveur de la non exigence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts se prévaut aussi des dispositions de l'article 1145 du Code civil qui aborde l'obligation de ne pas faire, en disposant que : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention »²⁵⁴.

179. – La jurisprudence favorable à l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice. – L'arrêt *Balmont* fait un exemple exprès de la non exigence du préjudice pour octroyer indemnisation. L'inexécution contractuelle est suffisante en elle même pour justifier le droit à la partie lésée d'être indemnisée. Dans cet arrêt, le propriétaire a formé une demande reconventionnelle contre ses locataires pour l'inexécution de leurs obligations contractuelles consistant dans le fait des réparations locatives. La Cour de cassation lui a donné droit de sa demande malgré la constatation d'aucun préjudice subi de ce fait, notamment après la vente de l'immeuble, en disposant que : « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations, ni à la justification d'un préjudice »²⁵⁵. Il est patent alors, d'après cet arrêt remarquable de la Cour de cassation, que le préjudice n'est pas exigé afin de décider sur les dommages-intérêts.

La Cour de cassation a réaffirmé la même position dans un arrêt rendu en 2005 en constatant que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention »²⁵⁶. Encore suivant la même logique juridique, l'arrêt

²⁵³ L'article 1147 du Code civil français dispose que : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

²⁵⁴ Ch. Radé, *Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage, Juris-cl. Responsabilité civile, op. cit.*, para. 7.

²⁵⁵ Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2002, *Bull. civ. III*, n° 17 ; *Les Petites Affiches*, 18 novembre 2002, n° 230, p. 10 ; *RTD Civ.*, 2002, p. 321, obs. P.-Y. Gautier, et 816, obs. Jourdain, *Dr. et patrimoine*, 2003, n° 111, obs. F. Chabas.

²⁵⁶ Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 201, *RTD civ.* 2005, 594, obs. Mestre et Fages, 600, obs. Jourdain, *JCP*, 2006, I, 111, obs. Stoffel-Munck. Par contre, il est à noter que la même chambre civile avait adopté une position

rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2007²⁵⁷ vient casser un arrêt rendu par la Cour d'appel qui a constaté l'existence de faute, mais elle a refusé l'allocation des dommages-intérêts, en violation de l'article 1145 du Code civil, en raison que la faute commise n'avait pas engendré un préjudice en l'espèce. De ce fait, la Cour de cassation a cassé cette décision²⁵⁸. Dans le même ordre d'idées, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans l'arrêt rendu le 3 juin 2010, a pu constater que « le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé »²⁵⁹. Une telle position juridique a été néanmoins critiquée pour éviter une allocation des dommages-intérêts automatiques en cas d'une obligation de ne pas faire. Selon cette opinion juridique, il est important d'appliquer les règles de la responsabilité civile avec souplesse. Pourtant, l'exclusion de la condition de l'exigence du préjudice pour la réparation doit être examinée selon divers facteurs, comme la gravité de la faute du débiteur ou la difficulté d'établir le préjudice par la partie lésée²⁶⁰.

b. Analyse critique sur la controverse existant

180. – La résidence de la controverse dans l'élément de preuve. – Il est important de noter que la divergence sur l'exigence du préjudice afin de procéder à l'indemnisation est, d'après certains auteurs, une question de forme et non pas de fond. Dans cette logique, la controverse consiste alors dans le fait soit d'apporter la preuve du préjudice en sus de l'inexécution contractuelle pour les auteurs qui sont favorables à l'exigence du préjudice pour la réparation²⁶¹, soit de considérer le préjudice comme étant déjà impliqué dans l'inexécution selon leurs adversaires. Ce qui a amené certains auteurs à constater que la vérité de la controverse consiste dans l'élément de preuve. En somme, le préjudice reste alors un élément essentiel de

contraire sur la même question dans un arrêt rendu trois ans plus tôt : Civ. 1^{re}, 26 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 68, *RTD civ.* 2002, 809, obs. Gautier.

²⁵⁷ Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 212, *D.* 2007, 2784, note Lisanti et Pan, 2974, obs. Fauvarque-Cosson, *RTD civ.* 568, obs. Fages, et 776, obs. Jourdain, *JCP* 2007, I, 185, obs. Stoffel-Munck.

²⁵⁸ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. *Dalloz*, 2011, *op. cit.*, p. 197.

²⁵⁹ Cass civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. Civ.* 2010 I, n° 128 ; *RTD Civ.* 2010, pp. 571-575, obs. Patrice Jourdain ; *D.* 2010, pp. 1522 et s., note Pierre Sargos.

²⁶⁰ Suzanne Carval, *Contrats et responsabilité. Violation d'une obligation de ne pas faire et dommages-intérêts "automatiques"* – Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-69928, *RDC*, 2011/2, pp. 452-454.

²⁶¹ V. par exemple, P.- Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, *RTD Civ.*, 1997, p. 156.

l'indemnisation, peu importe qu'il soit présumé par l'inexécution ou qu'il ait besoin d'être prouvé séparément²⁶².

181. – Vision critique. – Après l'illustration des positions discordantes adoptées par la jurisprudence française concernant le sujet de l'exigence ou non du préjudice pour l'allocation d'indemnisation, on peut relever ce qui suit :

En partageant la logique juridique suivie par la jurisprudence accueillante de l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice, notamment la position du célèbre arrêt *Balmont*²⁶³, il nous paraît que cette décision démonte la solution adoptée par certains auteurs qui constatent que le préjudice est exigé dans tous les cas. Nous pensons qu'il est toujours important de sanctionner la violation contractuelle dans le but de défendre le droit, et cela sans entrer dans le débat vif tentant de justifier l'exigence ou non du préjudice pour l'indemnisation sur le fondement de l'article 1145 du Code civil²⁶⁴. De ce fait, la partie lésée de l'inexécution du contrat de la part de son cocontractant ou du manquement de ce dernier à ses obligations contractuelles aura toujours le droit d'être indemnisée de la perte de certains droits qui leurs étaient acquis.

Pour conclure, la responsabilité peut s'établir, en principe, par la faute du débiteur qui avait causé un préjudice à son cocontractant. Toutefois, dans le cas de l'inexécution contractuelle le préjudice subi peut toujours être présumé du fait de la violation du droit de la partie lésée.

²⁶² V. parmi autres, Marianne Faure Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, 2003, *op. cit.*, p. 203.

²⁶³ Arrêt précité.

²⁶⁴ En ce qui concerne le sujet de l'exigence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts, le conflit peut être résolu en se référant à l'article 1145 du Code civil qui aborde *l'obligation de ne pas faire*. A cela, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire conformément à l'article 1145 précitée, la partie lésée de l'inexécution contractuelle peut être indemnisée du seul fait de l'inexécution. (Par exemple, Civ. 1^{re}, 14 octobre 2010, *RTD civ.* 2010, 781, obs. Fages) En revanche, s'il ne s'agit pas d'une obligation de ne pas faire, la partie lésée ne peut être indemnisée qu'en prouvant un préjudice subi. V. en ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 198.

B. La pratique arbitrale

182. – Il apparaît que la jurisprudence arbitrale est, en principe, toujours attachée à la position juridique traditionnelle qui exige l’existence du préjudice afin de justifier l’allocation des dommages-intérêts. On verra alors, dans ce qui suit, l’exigence du préjudice pour la réparation, en cas d’inexécution contractuelle, par la jurisprudence arbitrale du commerce international (1), ainsi que par les instruments internationaux du droit uniforme (2).

1. L’exigence du préjudice en cas d’inexécution pour l’allocation d’indemnisation par la jurisprudence arbitrale du commerce international

183. – La doctrine en matière d’arbitrage commercial international a relevé à plusieurs reprises que la survenance du préjudice est considérée comme un élément essentiel pour l’indemnisation en cas d’inexécution contractuelle ou de la résolution du contrat. L’analyse des sentences arbitrales traitant ce sujet a pu soulever l’appartenance de cette règle à la *lex mercatoria*²⁶⁵.

184. – Plusieurs sentences arbitrales ont abordé le sujet de l’exigence du préjudice en cas d’inexécution contractuelle pour l’allocation d’indemnisation. On trouve, par exemple, les sentences *CIRDI* de *AAPL* contre Sri Lanka en 1990²⁶⁶, *SPP* contre Egypte en 1992²⁶⁷ et la sentence *CCI* n° 3099/3100 en 1979²⁶⁸, qui ont dégagé l’exigence que le préjudice indemnisable soit certain. Aussi les sentences *CCI* n° 3131/1979 et 5904/1989 ont relevé expressément que le préjudice, en sus qu’il soit certain, doit vraiment exister en vue de l’allocation des indemnisations²⁶⁹.

²⁶⁵ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, p.127 ; J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international*, thèse précitée, pp. 21 et s.

²⁶⁶ Société *Asian Agriculture Product Ltd. (A.A.P.L.)* c. Sri Lanka, *CIRDI*, Affaire n° ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, p. 323.

²⁶⁷ *Southern Pacific Properties (Meddle East) Limited “SPP Ltd”* c. La République Arabe d’Egypte, *CIRDI*, Affaire N° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit, p. 347.

²⁶⁸ Sentence *CCI* n° 3099/3100, 1979, *JDI*, 1980, p. 951, obs. Y. Derains ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, pp. 67 et s.

²⁶⁹ Les arrêts précités en-dessus sont cités par Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, thèse précitée, *LGDJ*, 2009, pp. 127-128. Ces arrêts constatent en premier lieu la règle de la certitude du préjudice, sur cette règle v. *infra* n° 207 et s.

185. – Il est important de signaler aussi que les Tribunaux arbitraux ont toujours maintenu cette solution. On peut trouver un exemple exprès dans l'affaire *Merill*, dont la sentence a été rendue le 31 mars 2010, dans laquelle les arbitres ont procédé à l'examen de l'existence du préjudice au stade même de l'engagement de la responsabilité²⁷⁰. Pour refuser d'admettre la responsabilité du Canada sur la base de l'ALENA, le Tribunal a relevé, sans avoir besoin d'examiner l'existence d'une violation de l'obligation du traitement juste et équitable en l'espèce, qu'il ne s'agit pas d'un préjudice établi justifiant la réparation. Un rapport juridique entre le préjudice et l'indemnisation est ainsi exigé par les arbitres²⁷¹.

186. – Cette question porte une vraie subtilité juridique méritant ainsi d'être soulevée. Il nous semble que l'indemnisation peut être allouée à juste titre à la partie lésée dans le cas où l'acte illicite commis par son cocontractant l'a juridiquement affecté. On peut invoquer, dans ce sens, l'opinion dissidente de l'arbitre G. Borne dans l'affaire *Biwater* en 2008 qui a abouti à la même solution en n'exigeant pas un dommage monétaire afin de permettre l'indemnisation²⁷². Pourtant, la pratique arbitrale en la matière montre que « la notion de préjudice juridique demeure étrangère aux arbitres majoritaires²⁷³ ».

187. – Il nous paraît important de distinguer entre deux questions juridiques différentes : la première c'est la certitude du préjudice, et l'autre est l'exigence du préjudice pour l'allocation d'indemnisation. Toutefois, la distinction reste théorique, vu que l'exigence du préjudice pour l'allocation d'indemnisation en cas d'inexécution contractuelle est déjà soulevée et approuvée à plusieurs reprises par les arbitres internationaux. Par ailleurs, cette question semble être aussi tranchée expressément par les instruments internationaux de droit uniforme.

²⁷⁰ *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada, CNUDCI/ALENA (CIRDI)*, sentence rendue le 31 mars 2010, paras 243 et s., Franck Latty, *AFDI*, Paris, 2010, pp. 635-637.

²⁷¹ V. M. Raux, *De quelques développements récents sur le dommage et sa réparation dans le cadre du contentieux investisseur-État*, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} octobre 2010, N° 4, pp. 1033 et s.

²⁷² *V. Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/22, sentence rendue le 24 juillet 2008, publiée au site officiel de *ITA*, opinion dissidente de l'arbitre G. Borne, para. 26 « *The fact that this injury does not entail monetary damage in no way implies that there was no injury; on the contrary, an injury can very readily exist even without monetary damage* ».

²⁷³ V. Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, *AFDI*, Paris, 2008, p. 498.

2. L'exigence du préjudice en cas d'inexécution pour l'allocation d'indemnisation par les instruments internationaux du droit uniforme

188. – Les Principes du droit européen des contrats, dans l'article 9 :501 (1)²⁷⁴, ont rattaché l'allocation des dommages-intérêts au préjudice résultant de l'inexécution, et non pas le fait de l'inexécution contractuelle toute seule. Dans le même ordre d'idée, les Principes *Unidroit* ont exigé aussi, dans l'article 7.4.2 (1)²⁷⁵, la survenance d'un préjudice en tant que condition de l'indemnisation. Ainsi, l'indemnisation est censée réparer le préjudice causé par l'inexécution d'après ces deux grands textes de droit uniforme.

189. – De l'illustration précédente, il s'avère que l'indemnisation en cas d'inexécution, dans la jurisprudence arbitrale du commerce international, exige en principe l'existence du préjudice. Toutefois, il nous paraît que cette solution s'avère néanmoins contestable, l'analyse de cette position juridique est néanmoins toujours utile. Dans ce sens il est important de relever, d'une part, la controverse, même dans le système juridique français, comme indiqué, relative au principe de l'exigence du préjudice comme préalable à l'indemnisation en cas d'inexécution. D'autre part, c'est surtout dû à l'adoption du système juridique de *Common Law* de la solution inverse²⁷⁶. D'où, l'existence du concept de *nominal damages* qui sert à indemniser la partie lésée sous la forme d'une somme symbolique des dommages-intérêts du fait de l'inexécution du contrat, même si aucun préjudice ne lui a été causée. Ainsi, la position arbitrale actuelle constate l'exclusion de l'allocation des dommages-intérêts symboliques en exigeant l'existence d'un préjudice pour l'indemnisation en cas d'inexécution²⁷⁷.

²⁷⁴ L'article 9 :501 (1) prévoit, en ce sens, que « le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution... ».

²⁷⁵ L'article 7.4.2 (1) des Principes *Unidroit* prévoit que « le créancier a le droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution ».

²⁷⁶ G. H. Treitel, *The law of contract*, 12th ed., *Sweet and Maxwell*, 2007, *op. cit.*, n° 20-002 : « an action for damages can succeed even though the victim has not suffered any loss : in that event it will result in an award of nominal damages ».

²⁷⁷ V. en ce sens, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, n° 186, p. 128.

190. – Conclusion. – Par ailleurs, la position de la jurisprudence arbitrale est toutefois compréhensible en exigeant l'existence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts à la partie lésée. Il nous semble que cette position, dans une grande partie, relève du fait que les arbitres tendent surtout à assurer les sentences rendues et à les rendre efficaces afin de garantir leur *exequatur* dans les pays de l'exécution de chaque sentence, ainsi que de garantir la non-susceptibilité de leur annulation ultérieurement.

Une autre hypothèse est à illustrer afin de vérifier si les arbitres peuvent allouer des indemnités sur le seul fondement de la violation de l'attente légitime de la partie lésée, ce qui est déjà un principe bien établi dans la jurisprudence arbitrale.

PARAGRAPHE II. L'ATTEINTE A L'ATTENTE LEGITIME DE LA PARTIE LESEE

191. – On traitera, d'une part, le concept d'attente légitime (A), et d'autre part, la sanction de l'atteinte à l'attente légitime par les arbitres (B).

A. Le concept d'attente légitime

192. – On exposera d'abord une démonstration d' « attente légitime » en tant que fondement suffisamment possible d'indemnisation (1), ensuite, on mettra la lumière sur la détermination de la notion d' « attente légitime » (2).

1. La démonstration d' « attente légitime » en tant que fondement suffisamment possible d'indemnisation

193. – Afin d'aboutir au stade de l'évaluation des dommages-intérêts, il est nécessaire d'établir si le préjudice subi est exigé en tant qu'élément décisif d'indemnisation. Il est constaté que l'engagement de la responsabilité peut s'établir aussi en démontrant que la faute commise

par le débiteur avait pour effet de violer les attentes légitimes du créancier²⁷⁸. A cette fin, il est essentiel de faire un examen pour vérifier l'objet des attentes légitimes raisonnablement pris en compte par le créancier. Or, « le montant de dommages-intérêts ne doit pas être évalué en fonction d'un dommage qui serait dû à la faute du débiteur mais doit être fixé en considérant les attentes légitimes du créancier »²⁷⁹. Ce qui explique que l'allocation d'indemnisation est possible en vérifiant la correspondance entre la faute commise par le débiteur et les obligations du créancier qui trouvent ses limites dans les attentes légitimes de celui-ci. Pour bien illustrer ce point « on fait référence aux attentes légitimes pour apprécier l'étendue de l'obligation du débiteur et au dommage réparable lorsque le contrat n'a pas été convenablement exécuté »²⁸⁰.

Par conséquent, les dommages-intérêts résultant de la violation contractuelle sont alloués ainsi en fonction de l'association entre le manquement aux obligations contractuelles du débiteur avec les attentes légitimes raisonnablement attendues par le créancier²⁸¹.

De ce qui précède, il reste toujours logique de songer que le débiteur, commettant une faute, doit indemniser aussi la partie lésée de la violation des attentes légitimes de cette dernière.

2. La détermination de la notion d' « attente légitime »

194. – On commence par aborder la définition de la notion d' « attente légitime » (a), avant de soulever sa consécration (b) tant par le droit comparé que par les instruments internationaux du droit uniforme.

²⁷⁸ Hélène Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse, Préf. Alain Ghazi, Presse Universitaire d'Aix-Marseille "PUAM", 2002, n° 285.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ V. en ce sens, Marianne Faure Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, 2003, *op. cit.*, p. 205.

a. La définition de la notion d' « attente légitime »

195. – Les attentes prises en compte dans le cadre contractuel. – Le créancier a toujours des perspectives déterminées ou estimées en s'engageant dans une relation contractuelle. Rappelons que la notion des attentes est en principe un état psychologique. Or, on peut tout à fait admettre qu'un contractant, lors de l'engagement contractuel, peut avoir des « motifs psychologiques » ainsi que des « mobiles psychologiques ». Les premiers consistent dans les éléments que le créancier entend, dans une phase antérieure, afin de conclure le contrat. Alors que les deuxièmes consistent dans les éléments entendus par le créancier dans le futur en tant que conséquences normales de la conclusion du contrat²⁸². L'état psychologique ne peut pas permettre l'appréciation de ces attentes légitimes, le créancier doit traduire les attentes dans des informations déterminées et objectives en ayant un rapport avec la conclusion et l'application du contrat en litige²⁸³. C'est cette matérialisation des attentes du créancier qui leur permet d'avoir une valeur juridique afin de reconnaître leur existence. Par conséquent, il est important d'examiner la violation contractuelle commise de la part du débiteur par rapport à ces attentes légitimes du créancier.

196. – Analyse critique sur la notion de l'attente. – L'attente représente une perspective interne propre à la partie lésée. Ainsi, il est difficile d'admettre, tant au niveau pratique que juridique, de justifier l'engagement de la responsabilité sur la base d'un état psychologique. C'est la raison pour laquelle il est plus exact d'aborder, au niveau juridique, le terme de l'« attente légitime »²⁸⁴.

Ici, il est utile de relever la signification du terme « légitime ». En effet, on entend par légitime tout ce qui est prévu par le droit. De ce fait, la notion des attentes légitimes des parties ne peut être interprétée *in abstracto*, et doit être considérée plutôt en tant que notion-cadre dont les bornes peuvent être fournies par la loi applicable et la jurisprudence²⁸⁵.

²⁸² H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, 2002, *op. cit.*, n° 227.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*, n° 224.

²⁸⁵ V. sur les notions-cadre, J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, n° 469.

197. – La détermination de l’aspect légitime des attentes. – Il faut rappeler alors, tout d’abord, qu’on entend par le terme légitime tout ce qui est disposé par la loi. Par conséquent, il est vain, tout du moins peu pratique, de chercher les caractéristiques nécessaires pour interpréter le terme légitime parce que, tout simplement, il est constaté qu’il signifie tout ce qui est prescrit par la loi applicable ou la jurisprudence. Or, la bonne application du terme légitime concerne « tout acte, toute attitude, tout sentiment, toute parole, (toute attente) dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit »²⁸⁶. L’attente légitime est ainsi reconnue, non seulement aux pays de droit civil, mais aussi dans le système de *common law* et les instruments internationaux de droit uniforme.

b. La consécration de la notion d’ « attente légitime »

198. – La consécration de la notion d’attente légitime ou “raisonnable” en droit comparé. – Un des piliers sur lesquels le droit anglais s’est basé est le concept de la raison et la nécessité du caractère raisonnable dans tous les actes juridiques. Or, ce caractère du raisonnable est cristallisé en droit anglais dans différentes notions juridiques comme la notion de *reasonable expectations* du créancier ou de *reasonable man*. On peut relever une similarité entre la notion des attentes légitimes et celle de *reasonable expectations* ou de la *reliance* en droit anglais. On peut entendre par la première notion de *reasonable expectations* « l’espérance de profit qu’une partie compte retirer du contrat », alors que la notion de la *reliance* « correspond au comportement du créancier qui a agi sur la foi du contrat »²⁸⁷. Il est important à préciser, à ce stade, que l’illustration précitée du *Common Law* montre l’aspect objectif de l’attente raisonnable des parties. Les résultats attendus du contrat dépendent alors de ce que les parties avaient raisonnablement prévu, *as fair and reasonable men*, en cas de conflits²⁸⁸.

Le système juridique de *common law* a prévu cette règle, comme dans le système juridique de droit civil, dans le but de respecter le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice, vu que « l’indemnisation dans ce cas, consistera selon le droit américain et le droit

²⁸⁶ Dictionnaire Larousse, 2012 : est légitime “*Qui est fondé en raison, en droit, en justice*”.

²⁸⁷ J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd’hui : Comparaison Franco-Anglaises*, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, Paris, 1987, p. 24.

²⁸⁸ R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, *LGDJ*, 1985, n° 358 et s., pp. 259 et s.

anglais, à remettre cette partie dans l'état où elle se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu »²⁸⁹.

199. – La consécration d'attente légitime par les instruments internationaux du droit uniforme. – Il est à noter, tout d'abord, que le concept des attentes légitimes du créancier est bien consacré en droit international des contrats²⁹⁰. Une telle consécration s'avère explicite en constatant qu' « il est bien évident que seule l'attente légitime des parties sera prise en compte. Pour être estimée comme telle, cette attente devra être raisonnable et non frauduleuse »²⁹¹.

Or, ce qui va être pris en compte afin de décider sur la responsabilité c'est l'attitude du débiteur qu'on pouvait attendre. Dans ce sens, on constate que l'article 79.1 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises²⁹² a reconnu, comme dans le cas de la force majeure, la notion de l'attente raisonnable ainsi que les conséquences qui en découlent. Une telle consécration a été pareillement empruntée par les Principes du droit européen des contrats dans son article 3.108 (1) en employant le même terme de l'attente raisonnable. Notant qu'il est affirmé le fait que le caractère légitime ou raisonnable de l'attente est toujours apprécié conformément à la loi applicable²⁹³.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ V. Fortier, *Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable*, *JDI*, 1996, p. 315. Des recours à la notion des attentes légitimes ont été fait, à plusieurs reprises, afin de déterminer le droit applicable au fond dans une affaire d'arbitrage international ; Y. Derains, *Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international, Droit international privé, Travaux du comité français de droit international privé*, 1984-1985, Édition Centre National de la Recherche Scientifique, 1987, p. 81.

²⁹¹ C. Ferry, *La validité des contrats en droit international privé France - U.S.A.*, 1989, thèse, dir. Bernard Teysie, *LGDJ*, n° 60 et s., v. aussi sur l'étude du respect de l'attente légitime des parties, n° 252 et s.

²⁹² L'article 79.1 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dispose que : « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

²⁹³ H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, 2002, *op. cit.*, n° 235-236.

B. La sanction de l'atteinte à l'attente légitime par les arbitres

200. – La responsabilité juridique peut être établie du fait de la violation de l'attente légitime du créancier. Une telle solution est bien reconnue dans la jurisprudence arbitrale, notamment en matière d'investissement, dans le sens où le fait de l'Etat constitue une atteinte aux investissements, objet du litige, au moment où ce fait dépasse l'attente légitime de l'autre partie investisseur²⁹⁴. Afin de respecter le concept de l'attente légitime, la sentence *Metalclad*²⁹⁵ a constaté que l'Etat doit établir un cadre transparent, dans la limite duquel l'investissement doit s'effectuer conformément au *TBI* applicable.

201. – Rappelons-le, dans l'affaire *MTD* contre Chili²⁹⁶, l'investisseur a reçu une autorisation pour réaliser son investissement de la part de la Commission chilienne pour l'investissement étranger et l'appui officiel de la municipalité de Pirque. Par conséquent, la société malaisienne (l'investisseur) a commencé à dépenser des fonds importants pour le besoin de son investissement jusqu'à l'intervention du ministère du logement et du développement urbain qui a refusé des modifications de zonage nécessaires pour l'établissement de l'investissement. Le Tribunal arbitral a constaté que l'autorisation octroyée par la Commission pour l'investissement étranger doit être considérée décisive pour le déclenchement de l'investissement. Ce qui a constitué une attente légitime chez l'investisseur, en reprochant ainsi à l'Etat chilien le fait du manque de coordination et de cohérence au niveau des décisions gouvernementales. L'indemnisation totale accordée au demandeur dans cette affaire s'est élevée à 5 871 322,42 dollars américains. Il s'avère ici que les arbitres exigent toujours que le fait de l'Etat doive s'accorder avec les attentes légitimes de l'autre partie, excepté cette fois-ci en fondant leur décision sur la non cohérence des actes de l'Etat et non pas sur l'obligation de se comporter d'une manière transparente²⁹⁷. Or, la cohérence de comportement de l'Etat peut être considérée comme l'un des éléments constitutifs de l'attente légitime chez l'autre partie, à défaut

²⁹⁴ Irmgard Marboe, *Calculation of compensation and damages in international investment law*, Oxford University Press, 2009, *op. cit.*, pp. 231-232.

²⁹⁵ *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI, affaire préc. n° ARB (AF)/97/1, sentence rendue le 30 août 2000, *JDI*, 2000, p. 239.

²⁹⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili*, CIRDI, affaire préc. n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004, paras. 162-165.

²⁹⁷ Axelle Lemaire, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, p. 42.

de laquelle cette dernière aura droit à des dommages-intérêts en conséquence de l'établissement de l'atteinte effectuée à ces attentes légitimes.

202. – En suivant la même logique juridique, dans l'affaire *OEPC* contre Equateur²⁹⁸ où une société américaine (l'investisseur) a demandé le remboursement des sommes qu'elle a versées au titre de TVA et des activités d'exploration et d'exploitation pétrolières, conformément à l'accord de participation conclu avec l'Etat d'Equateur. Sauf que l'Etat a opposé au paiement en invoquant une modification de sa législation fiscale. Le Tribunal arbitral a reproché à l'Etat d'avoir changé l'environnement principal d'investissement en vertu de la modification apportée par la législation invoquée en l'espèce. Par conséquent, cette instabilité avait pour effet de constater la responsabilité de l'Etat qui a porté atteinte ainsi à l'attente légitime de son cocontractant. Donc, l'obligation de la stabilité de l'environnement de l'investissement de la part de l'Etat est un autre élément constitutif de l'attente légitime de l'investisseur, dont le manquement aura pour effet le droit de ce dernier à l'indemnisation de ces préjudices qui en découlent. Rappelons que l'investisseur a été indemnisé, en l'espèce, d'une somme de 71 533 649 dollars américains pour les préjudices relatifs à son investissement.

203. – Conclusion. – Par conséquent, on trouve que, sans dénier l'existence du préjudice dans la majorité des cas, l'allocation des indemnisations par les arbitres, dans les cas susmentionnés, étaient fondée essentiellement sur le fait de la violation des attentes légitimes de la partie lésée, et non pas sur la survenance du préjudice en premier lieu. Toutefois, d'après l'étude de ces sentences précitées, il nous semble que la solution consiste toujours dans l'élément de preuve. Dès lors, les arbitres prennent souvent en considération l'établissement d'une atteinte à l'égard de l'attente légitime de la partie lésée en tant que présupposition de la preuve de la survenance du préjudice²⁹⁹.

²⁹⁸ *Occidental Exploration and Production Company* c. République d'Equateur, *CNUDCI/LCIA*, affaire précitée n° UN3467, sentence rendue le 1er juillet 2004, paras. 183-191.

²⁹⁹ Sur l'application de l'attente légitime en tant que principe général de droit, v. Dupuy Florian, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : Etude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, thèse, 2007, pp. 393 et s.

Dans tous les cas, le préjudice reste, comme déjà illustré, une condition décisive d'indemnisation. D'où le mérite et la nécessité, afin d'amener une étude cohérente sur les facteurs essentiels d'indemnisation, de traiter les caractéristiques principales du préjudice indemnisable.

SECTION II. LES CARACTERISTIQUES DU PREJUDICE INDEMNISABLE

204. – La survenance d'un préjudice ne constitue pas en elle-même une cause justifiant l'allocation des dommages-intérêts. Les arbitres doivent procéder en principe à un examen juridique afin de vérifier l'existence de certaines caractéristiques essentielles dans le préjudice subi, sans lesquelles le préjudice allégué ne peut pas être indemnisable. Les caractéristiques exigées sont normalement classiques, et consistent dans le caractère certain, prévisible et direct du préjudice.

205. – Par ailleurs, il est important aussi de mentionner, à ce stade, le préjudice indemnisable dans le droit des assurances. Les règles relatives aux assurances de dommages, ou l'assurance relative aux biens, disposent d'un caractère indemnitaire, conformément à l'article L. 121-1 du Code des assurances français qui dispose que « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ». Il est bien précisé, d'après les dispositions de l'article précité, que l'indemnité d'assurance ne peut couvrir que le préjudice réellement établi. Cet aspect du préjudice indemnisable interdit l'enrichissement de la partie lésée pour ne pas lui accorder des indemnisations supérieures au vrai montant du préjudice subi. Toutefois, l'article L. 121-1 du Code des assurances a prévu une tamperance à cette règle consistant dans la possibilité d'un aménagement conventionnel pour limiter les indemnisations³⁰⁰. Cette limitation d'indemnisation autorise ainsi une réparation inférieure à la valeur réelle du préjudice subi. Il s'agit là d'un plafond conventionnel de garantie stipulé dans le contrat d'assurance³⁰¹.

³⁰⁰ L'article L. 121-1 du Code des assurances dispose que « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la chose assurée au moment du sinistre. Il peut être stipulé que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme, ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre ».

³⁰¹ Muriel Chagny et Louis Perdrix, *Droit des assurances*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2013, pp. 297 et s.

D'une manière générale, la spécificité du préjudice indemnisable dans les règles relatives aux assurances de dommages réside dans son objet, qui est le risque. Un des critères essentiels d'un contrat d'assurance est l'existence d'un risque à garantir. La notion de risque admet ainsi l'indemnisation du préjudice d'une probabilité suffisante. Pourtant, il est interdit d'indemniser, en principe, les préjudices dont la survenance a été provoquée par l'une des parties au contrat. En outre, les risques, objet du contrat d'assurance, doivent être licites³⁰². En somme, les préjudices indemnissables prévus par les parties dans le cadre des assurances de dommages sont en principe incertains. Autrement dit, l'indemnisation porte sur un risque prévu par les parties contractantes.

Dès lors, les préjudices indemnissables, en matière d'assurances, doivent toujours être réels et établis, ainsi que la partie lésée ne peut pas être indemnisée, en principe, que du dommage prévisible. Il s'agit là encore, comme on le verra plus tard, d'une réparation de risque qui doit être « avéré » et non pas hypothétique.

206. – Notre recherche se portera sur les caractères certain et prévisible, puisque l'examen du préjudice direct relève surtout de l'étude du lien de causalité, ainsi qu'il peut représenter déjà un support important du caractère certain. Ainsi, le Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco*, dont la sentence a été rendue le 20 novembre 1984, a pu relever que « L'exigence du caractère direct n'est qu'une conséquence de la nécessité d'un lien causal entre la faute et le préjudice »³⁰³. Les arbitres doivent ainsi justifier le caractère certain (Paragraphe I) et prévisible (Paragraphe II) afin de considérer le préjudice subi comme indemnisable.

PARAGRAPHE I. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE CERTAIN

207. – On traitera d'abord le fait de l'établissement de la certitude du préjudice (A), avant de relever sa portée juridique (B).

³⁰² Pierre-Grégoire Marly, *Droit des assurances*, Paris : Dalloz, 2013, pp. 13-15.

³⁰³ *Amco Asia Corporation et autres c. République de l'Indonésie*, CIRDI, Affaire n° ARB/81/1, sentence rendue le 20 novembre 1984, *Clunet* 1987, p. 145.

A. L'établissement de la certitude du préjudice

208. – Dans le but de bien illustrer ce sujet, il sera utile de soulever, en premier lieu, la consécration et la fonction de l'indemnisation du préjudice certain (1), et en second lieu, on verra le fait du rattachement de la règle de la certitude du préjudice à la *lex mercatoria*³⁰⁴ (2).

1. La consécration et la fonction de l'indemnisation du préjudice certain

209. – On verra, dans ce qui suit, la consécration de la certitude du préjudice en droit français (a), et sa fonction surtout indemnitaire (b).

a. La consécration de la certitude du préjudice en droit français

210. – Le caractère certain du préjudice est évidemment exigé afin de pouvoir le réparer. Il est constaté qu'afin d'indemniser un préjudice, qu'il est nécessaire de vérifier qu'il a été certainement subi par la partie lésée³⁰⁵. En outre, cela n'empêche pas que la partie lésée puisse être indemnisée aussi de la perte de chance si cette perte a été bien établie³⁰⁶. *A contrario*, un préjudice de nature éventuelle ne peut pas être indemnisable³⁰⁷.

211. – Dans la même veine, il est à noter qu'une exigence d'actualité du préjudice a pour effet de renforcer son caractère certain. Autrement dit, l'allocation des dommages-intérêts exige que le préjudice subi soit actuel afin que le juge puisse apprécier l'indemnisation due au jour où il statue. Cependant, cela n'empêche certes pas, d'ailleurs, la possibilité d'indemniser les préjudices futurs, dans le cas où ces préjudices constituent des conséquences certaines de l'endommagement déjà subi en même temps qu'ils seront susceptibles d'être appréciés³⁰⁸.

³⁰⁴ Sur la définition de la *lex mercatoria*, v. Olivier Pomiès, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes "PUR", 2011, *op. cit.*, pp. 121-122.

³⁰⁵ V. en ce sens, Cass. Civ. 1^{er}, 7 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 121.

³⁰⁶ V. en ce sens, Cass. Civ. 1^{er}, 18 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 29 ; Civ. 1^{er}, 4 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 224, *D.* 2004, obs. J. Penneau ; Civ. 1^{er}, 9 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 116.

³⁰⁷ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 201.

³⁰⁸ *Ibid.*

212. – D’ailleurs, il est important de relever, à ce propos, que le Code civil français, dans l’article 1151, a abordé plutôt la notion du préjudice direct³⁰⁹. On trouve que cette notion emporte aussi le caractère de la certitude du préjudice. Sachant que le préjudice indirect reflète le fait de la non existence du rapport entre la faute commise avec un préjudice d’une telle certitude justifiant l’allocation d’indemnisation³¹⁰.

b. La fonction indemnitaire de la réparation du préjudice certain

213. – Dans le cas du manquement ou de la rupture d’une relation contractuelle, les arbitres tendent à indemniser la partie lésée de son préjudice certain, et de la remettre ainsi dans la situation où elle aurait été dans le cas de la bonne exécution du contrat ou de sa résolution d’une manière régulière. Cette solution explique le soin des arbitres à respecter le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice. On peut déduire alors la fonction indemnitaire de la réparation allouée par les arbitres³¹¹.

214. – La constatation de cette fonction a pour effet de répondre à la question controversable selon laquelle l’indemnisation du préjudice est une vraie réparation ou peut-être une sorte de punition. L’exigence d’un préjudice certain tranche ce point effectivement en octroyant l’indemnisation du préjudice dans l’arbitrage du commerce international une fonction purement indemnitaire. Et cela parce que cette règle ne permet pas l’indemnisation en l’absence du préjudice. Dès lors, l’indemnisation, en suivant cette logique juridique, ne sert qu’à réparer un préjudice établi.

Dans cette logique, l’analyse aboutissant à la fonction indemnitaire de la réparation du préjudice écarte toute possibilité d’octroyer certains types de dommages-intérêts spéciaux comme ceux de *nominal damages*. Cette sorte d’indemnisation, plutôt punitive, reconnaît une

³⁰⁹ L’article 1151 du Code civil français a disposé que : « Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention ».

³¹⁰ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d’obligation*, 2011, *op. cit.*, p. 201.

³¹¹ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, thèse précitée, LGDJ, 2009, n° 183, p. 127.

application large dans le système juridique de *common law*³¹², en amont de la controverse sur l'allocation de ces genres d'indemnisation même au sein du système juridique, de pure *civil law*, français. En somme, l'allocation du *nominal damages* ne peut pas être conciliée avec la fonction indemnitaire de la réparation, en exigeant son caractère certain, du simple fait que les dommages punitifs ne sont pas du tout destinés à la compensation du préjudice. Leur fonction consiste dans le simple fait de constater la violation du contrat³¹³.

2. Le rattachement de la règle de la certitude du préjudice à la *lex mercatoria*

215. – Il est bien établi dans la jurisprudence arbitrale que le caractère certain du préjudice relève de la *lex mercatoria* (a), alors qu'il est toujours important d'invoquer aussi le rôle de la preuve de l'existence du préjudice en tant qu'un aspect de l'application d'une règle de la *lex mercatoria* (b).

a. Le caractère certain du préjudice en tant que règle de la *lex mercatoria*

216. – Le professeur E. Gaillard, lors de son commentaire relatif à la sentence *AAPL* contre Sri Lanka rendue sous les auspices du *CIRDI* en 1990³¹⁴, a constaté que ladite sentence, ainsi que les autres sentences auxquelles elle fait référence, ont fait recours à l'un des principes de droit international selon lequel un préjudice futur peut être toujours indemnisable s'il est certain³¹⁵. De même, I. Seidl-Hohenveldern a pu relever expressément le fait que « le droit international n'admet pas de dommages et intérêts spéculatifs ou incertains »³¹⁶. Dans une autre affaire *CIRDI*, celle de *SPP* contre Egypte, dont la sentence a été rendue le 20 mai 1992, les

³¹² V. en ce sens, McGregor Harvey, Spencer Martin et Picton Julian, *McGregor on damages, second supplement to the eighteenth edition*, London, Sweet & Maxwell, cop. 2011, pp. 55 et s.

³¹³ V. David Pearce and Roger Halson, *Damages for breach of contract : Compensation, restitution and vindication*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N° 1, 2008, p. 76 « For nominal damages are 'not intended to compensate for anything at all' but are awarded simply 'to mark the fact that there has been a breach of contract' ».

³¹⁴ Société *Asian Agriculture Product Ltd. (A.A.P.L.)* c. Sri Lanka, *CIRDI*, Affaire n° ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, *op. cit.*, p. 323.

³¹⁵ Mireille TAOK, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, *op. cit.*, 2009, n° 184, p. 127 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Vol. I, A. Pedone, p. 342.

³¹⁶ I. Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux*, *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, Vol. 33, 1987, p. 16.

arbitres ont toujours confirmé le fait que « l'une des règles les mieux établies du droit de la responsabilité internationale est qu'aucune réparation pour des dommages hypothétiques ou incertains ne peut être accordée »³¹⁷. En outre, les arbitres dans cette sentence ne se sont pas référés au droit national applicable au fond pour relever le caractère certain du préjudice, en relevant le rattachement de sa certitude sur les règles de la *lex mercatoria*, et à cette fin ils ont fait référence à une autre affaire *CCI* n° 3099/3100 qui a adopté une démarche juridique identique³¹⁸.

Cette sentence était une contribution intéressante à soulever à ce propos. Dans ce cas, l'existence du préjudice n'était pas mise en cause expressément en elle-même, mais c'était plutôt l'évaluation des dommages subis qui n'était pas appréciée précisément par la partie demanderesse. Les arbitres ont adopté une position ferme quant à l'exigence de la justification, par la demanderesse, de la somme d'indemnisation équivalente au préjudice subi. Ce qui signifie d'ailleurs la non contestation de l'existence des conséquences néfastes, mais qu'aucune précision n'a été apportée sur la justification du montant du préjudice subi. Le Tribunal, qui n'a pas procédé, à juste titre, à une indemnisation forfaitaire dans ce cas afin de ne pas rendre une décision arbitraire, a refusé ainsi l'allocation d'indemnisation, vu qu'il n'y avait pas d'éléments susceptibles d'évaluer, même approximativement, le préjudice subi³¹⁹.

217. – Il s'avère de l'exigence du caractère certain du préjudice, par les arbitres, afin que celui-ci soit indemnisable, et de sa mise en application en dehors d'une règle étatique quelconque, notamment le droit interne applicable au fond du litige, que la certitude du préjudice relève d'une règle de la *lex mercatoria*. Une telle solution est déjà ancrée d'une manière expresse, avec des applications constantes, depuis longtemps. Les deux sentences *CCI* n° 3131/1979³²⁰ et 5904/1989³²¹ en représentent des exemples en rattachant expressément la certitude du préjudice à la règle de la *lex mercatoria*. Le Tribunal arbitral, dans la première sentence, a pris soin de vérifier si la résolution fautive du contrat en l'espèce a effectivement

³¹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited "SPP Ltd" c. La République Arabe d'Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit., p. 347.

³¹⁸ V. *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 67.

³¹⁹ Sentence *CCI* n° 3099/3100, 1979, *JDI*, 1980, p. 951, obs. Y. Derains.

³²⁰ Sentence *CCI* n° 3131, 1979, *Rev. arb.*, 1983, pp. 525-526, 531.

³²¹ Sentence *CCI* n° 5904, 1989, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 387 ; *JDI*, 1989, p. 1107, obs. G. A. Alvarez.

causé un préjudice à la partie demanderesse, afin de décider sur son allocation des indemnités, en appuyant sa position « conformément au principe de bonne foi qui inspire la *lex mercatoria* internationale »³²². Sur ce fondement, le Tribunal a considéré qu'il s'agit d'une rupture fautive du contrat. Pour l'évaluation du montant de l'indemnisation due à cet égard, le demandeur a demandé d'abord une réparation de 2 000 000 de francs français. Le Tribunal a énoncé qu'il existe des difficultés pratiques pour chiffrer avec précision l'indemnisation due à cause de l'existence des différents chefs de préjudices, comme la perte de clientèle et l'atteinte à la réputation. Par conséquent, le Tribunal a évalué l'indemnisation en équité en allouant au demandeur une réparation de ce chef de préjudice d'une somme globale de 800 000 francs français. Les arbitres, dans la deuxième sentence, ont refusé d'indemniser un préjudice incertain du fait que son existence n'a pas été établie sur la base « des principes généraux et des usages du commerce international »³²³. On note ainsi la valeur transnationale dans la mise en application de la règle de la certitude du préjudice afin qu'il soit indemnisable.

b. Le rôle de la preuve de l'existence du préjudice : l'aspect de l'application d'une règle de la *lex mercatoria*

218. – Il apparaît alors de l'illustration précédente que la vraie problématique réside dans l'exigence d'apporter la preuve afin d'établir l'existence d'un préjudice certes³²⁴, conformément d'ailleurs à la fonction indemnitaire de la réparation. Ceci rend ainsi la logique juridique bien cohérente en exigeant la présentation d'une telle preuve. Pour constater un exemple de cette pratique constamment procédée par les arbitres depuis longtemps, on peut citer la sentence *CCI* n° 1434 rendue en 1975 qui a confirmé le fait de faire supporter le demandeur la charge de la preuve de ses prétentions consistant sur le manquement à l'obligation de la bonne exécution du contrat, alors que, de l'autre côté, c'est au défendeur d'apporter la preuve que cette obligation a

³²² V. les critiques apportés contre le rattachement de la responsabilité pour faute au principe de la bonne foi par : M. Pierre Mayer, *Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive, Hebing & Lichtenhalm*, 1993, p. 554.

³²³ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 185, p. 128.

³²⁴ Sur la charge de la preuve dans l'arbitrage commercial international, v. A. Reiner, *Burden and general standard of proof*, *Arb. Intl.*, 1994, Vol. 10, N° 3, p. 328.

été exécutée³²⁵. Dans le même sens, la sentence *CCI* n° 6309 rendue en 1991 a débouté le demandeur de sa demande d'indemnisation en raison de la non présentation d'une preuve établissant la certitude de l'existence d'un préjudice³²⁶. Ainsi, le fardeau de la preuve joue un rôle important dans l'application de la règle de la certitude du préjudice en tant que composant de la *lex mercatoria*³²⁷.

Dès lors, le principe de la certitude du préjudice joue un rôle très important dans le respect de la mise en application de la règle juridique générale de l'indemnisation intégrale du préjudice, et cela en garantissant le non enrichissement sans cause de la partie lésée au détriment de son débiteur. Afin d'aboutir à cette solution il est toujours nécessaire, rappelons-le, de vérifier la vraie existence ainsi que l'étendue du préjudice.

219. – Conclusion. – Cette exigence d'apporter la preuve de l'existence du préjudice, comme indiquée par les arbitres internationaux, reflète ainsi le caractère transnational de la règle de la certitude du préjudice. Dès lors, le caractère transnational de cette règle s'avère incontestable. Il reste à développer, à ce stade, la portée juridique de cette règle. Dès lors, il est important d'aborder l'étendue de l'exigence de la preuve afin d'allouer l'indemnisation du préjudice subi. On verra que l'exigence de la preuve n'impose pas l'établissement de la certitude absolue du préjudice. On s'interroge alors, à ce stade, si on peut indemniser un préjudice éventuellement établi, ou bien si la preuve apportée doit établir un préjudice au moins probable pour permettre l'indemnisation du préjudice.

³²⁵ Sentence *CCI* n° 1343/1975, *JDI*, 1976, p. 979, qui affirme le fait qu'on « peut admettre que le principe selon lequel le demandeur à l'action contractuelle aux dommages et intérêts pour inexécution à la charge d'établir l'existence et le contenu de l'obligation, tandis qu'il revient au défendeur d'alléguer et de prouver le fait que cette obligation a été exécutée ».

³²⁶ Sentence *CCI* n° 6309/1991, *JDI*, 1991, p. 1046, obs. J.-J. Arnaldez.

³²⁷ V. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, p. 23.

B. La portée juridique de la certitude du préjudice

220. – La certitude absolue du préjudice n’a jamais été exigée par les arbitres pour l’allocation d’indemnisation. Ce qui nous conduit à étudier la portée juridique de ce caractère certain. Peut-on aller jusqu’à admettre l’indemnisation d’un préjudice éventuel ? (1). On verra que la réponse à cette question est toujours négative, ce qui n’est d’ailleurs pas le cas concernant le préjudice probable (2).

1. Peut-on indemniser un préjudice éventuel ?

221. – La non indemnisation d’un préjudice éventuel est bien établie en tant que règle transnationale (a). Pourtant, l’éventualité du préjudice ne concerne souvent que le gain manqué, ce qui permet aux arbitres d’indemniser toujours la perte éprouvée dans ce cas (b).

a. la non indemnisation d’un préjudice éventuel

222. – **La non indemnisation d’un préjudice éventuel en tant que règle de la *lex mercatoria*.** – En fait, les arbitres n’admettent pas l’indemnisation du préjudice de nature purement éventuelle. Il s’agit là d’une règle d’application constante. On peut trouver un exemple dans un arrêt *CCI* qui remonte à l’année 1981³²⁸, dans lequel le Tribunal devait statuer sur la demande d’un acheteur syrien qui réclamait une indemnisation du fait d’une livraison qu’il a reçu dans un état non conforme, dans le sens que le poids de la fourniture était inférieur à celui prévu. L’acheteur a alors réclamé le remboursement d’une somme de 224 872,40 dollars américains en déduction de la créance de son vendeur. Il a été relevé, d’ailleurs, qu’il existe un écart remarquable entre le manquant du poids réclamé par l’acheteur et celui établi par les autorités syriennes. Le Tribunal a constaté, en l’espèce, que le préjudice prétendu par l’acheteur est intégralement incertain. Dès lors, le Tribunal a refusé d’indemniser un préjudice douteux, et cela sans faire référence au droit allemand tel qu’il était applicable à ce litige.

³²⁸ Sentence *CCI* n° 3894 en 1981, *Clunet* 1982, pp. 987 et s., obs. Y. Derains.

223. – Dans le même sens, on peut citer une sentence rendue sous les auspices de la *Society of Maritime Arbitrators* en 1980³²⁹. Il s'agissait d'un retard de restitution d'un navire, alors que le Tribunal arbitral a refusé, en l'espèce, de faire droit aux indemnités réclamées par le propriétaire du navire. Le Tribunal a pris cette position sur la base que la méthode adoptée pour l'évaluation de l'indemnité avait un caractère incertain, et cela sans faire référence non plus au droit applicable pour refuser l'indemnité du préjudice éventuelle. Les affrèteurs, en l'espèce, ont notifié le propriétaire du navire que la restitution de celui-ci était prévue entre le 25 et 30 mai 1979. Le 31 mai 1979, le propriétaire a avisé l'affrèteur qu'il s'agissait d'un retard de restitution du navire de plus d'une semaine. Le premier a alors demandé le remboursement de 15 000 dollars américains par jour de retard, sur la base du prix du marché. L'affrèteur a contesté ce montant, déclarant qu'il ne devait verser que la somme prévue dans le contrat, celle de 4 625,11 dollars par jour. Vu que le propriétaire avait conclu un autre contrat de location du navire pour une somme de 5 423,17 dollars américains par jour, le Tribunal arbitral a décidé que le montant de l'indemnité devait être l'équivalent de la différence entre le prix prévu dans l'ancien contrat et celui prévu dans le nouveau contrat. Par conséquent, il a condamné l'affrèteur à verser au propriétaire du navire la somme de 7 049,50 dollars américains, plus les intérêts moratoires au taux de 13%, à compter du 3 juin 1979 jusqu'au jour de la sentence. Le Tribunal a refusé les arguments du propriétaire à cause du caractère incertain du préjudice dans ce cas, puisque ce dernier avait prétendu qu'il fallait prendre en considération le prix du marché pour l'évaluation du montant de l'indemnité, sur la base que ce prix serait le prix réel après que le nouveau contrat prenne fin. Un tel préjudice est considéré éventuel et, en conséquence, non réparable. Ainsi, répétée par les Tribunaux en tant qu'une règle bien établie, une simple vraisemblance du préjudice ne suffit pas pour l'allocation d'indemnité, comme l'a relevé l'affaire *Cassado* contre Chili en 2008³³⁰. Les arbitres ont fondé ainsi leur décision sur l'allocation des dommages-intérêts en l'espèce sur une analyse juridique portant spécifiquement sur un lien factuel entre le fait internationalement illicite de l'Etat contractant et le dommage

³²⁹ Sentence rendue le 31 Octobre 1980, affaire n° 1486-1514, sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitrators*, *YBCA*, Vol. VII, 1982, p. 150. Citée aussi par J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, *Dalloz*, 2001, p. 34.

³³⁰ *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, CIRDI, Affaire n° ARB/98/2, sentence rendue le 8 mai 2008, para. 689, Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2008, p. 497.

subi. A cela, la défenderesse a été condamnée à verser aux demanderesses l'équivalent de 10 132 690,18 dollars américains³³¹.

224. – La référence expresse aux règles transnationales. – Les arbitres se sont référés expressément, à plusieurs reprises, aux règles de la *lex mercatoria* pour refuser d'allouer des indemnités pour les préjudices de nature éventuelle. Cette position a pour but de tenter de justifier les sentences rendues, et de leur donner plus de crédibilité en prévoyant la base juridique sur laquelle sont appuyées les décisions des arbitres. On en trouve ainsi un exemple dans la célèbre affaire *SPP* contre Egypte, dont la sentence a été rendue le 20 mai 1992³³², sous les auspices du *CIRDI*. Le tribunal a clairement affirmé en l'espèce la non indemnisation de préjudices simplement éventuels au titre des règles transnationales³³³.

225. – Conclusion. – De l'illustration précédente, il paraît clair que le refus de l'indemnisation du préjudice éventuel relève d'une règle de la *lex mercatoria*. Autrement dit, il s'agit à ce propos d'une règle de nature transnationale qui a vocation à s'appliquer en dehors même du droit applicable au litige.

b. La possibilité de l'indemnisation de la seule perte éprouvée

226. – Il est important de relever le fait que le refus de l'indemnisation du préjudice éventuel ne signifie pas toujours de priver la partie lésée de toute indemnisation due. Dans beaucoup de cas, le préjudice éventuel ne concerne que le gain manqué (*lucrum cessans*)³³⁴, alors que la perte éprouvée (*damnum emergens*)³³⁵ reste toujours susceptible d'être indemnisée. On peut relever en ce sens, la sentence *Dadras International* de la Chambre trois du Tribunal

³³¹ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Vol. II, Paris : A. Pedone, 2010, p. 499.

³³² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited "SPP Ltd" c. La République Arabe d'Egypte*, CIRDI, affaire précitée n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, *JDI*, 1994, obs. E. Gaillard, p. 229.

³³³ V. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse, Dalloz, 2001, *op. cit.*, p. 36.

³³⁴ Sur la notion de *lucrum cessans*, v. *infra* n° 301.

³³⁵ Sur la notion de *damnum emergens*, v. *infra* n° 300.

statuant sur le litige irano-américains en 1995³³⁶. Le Tribunal a refusé toute indemnisation pour le préjudice éventuel, sans avoir toujours besoin de faire référence au droit applicable au litige à cet égard. L'indemnisation refusée en l'espèce était celle du gain manqué. A cela, le préjudice réellement subi et prouvé faisait toujours l'objet d'indemnisation, par opposition au préjudice prétendu découlant du gain manqué qui était de nature spéculative, selon le Tribunal.

227. – La référence expresse aux règles transnationales. – Dans l'affaire *Amco*, dont la sentence a été rendue le 31 mai 1990³³⁷, les arbitres ont réaffirmé la non indemnisation d'un préjudice hypothétique au titre des règles transnationales. Or, le préjudice non indemnisé en l'espèce était le *lucrum cessans* en raison de son caractère éventuel. Dès lors, le Tribunal a admis l'indemnisation du *damnum emergens* en considérant qu'il est toujours réparable, par contre il a refusé d'indemniser le *lucrum cessans* de nature hypothétique en raison qu'il aurait dû avoir un rapport direct avec le contrat objet du litige³³⁸.

228. – Dans la même lignée, on peut faire référence à l'affaire *AAPL* contre Sri Lanka, dont la sentence a été rendue le 27 juin 1990³³⁹, dans laquelle la société britannique *Asian Agricultural Products Ltd* avait réclamé des indemnisations de la part du gouvernement du Sri Lanka (le défendeur) à cause de l'endommagement subi à ses investissements lors d'une intervention militaire contre des installations rebelles. Le Tribunal en l'espèce, en prenant en considération le *TBI* applicable et les principes du droit international, a fait droit à la demande de la société *AAPL* pour lui octroyer des indemnisations dues à l'égard de son investissement. Par contre, le Tribunal a refusé la demande de l'allocation des indemnisations du *lucrum cessans* en raison de son caractère simplement éventuel. Dès lors, le Tribunal a admis d'allouer à l'investisseur des dommages-intérêts d'une somme de 460 000 dollars américains pour la réparation de ses actifs corporels perdus. Par contre, le Tribunal a refusé les dommages-intérêts demandés par l'investisseur d'une somme de 5 703 667 dollars américains au titre des actifs

³³⁶ *Dadras International et Per-Am Construction Corporation c. la République Islamique d'Iran et Teheran Redevelopment Company*, sentence rendue le 7 novembre 1995, *World Trade and Arbitration Materials*, Vol. 8, 1996, n° 1, p. 157 ; *Iran-US Claims Tribunals Reports*, 31, 1995, Cambridge University Press, 2001, pp. 131 et s.

³³⁷ *Amco Asia et autres c. la République d'Indonésie*, 31 mai 1990, *JDI*, 1991, p. 172, obs. E. Gaillard.

³³⁸ *V. YBCA*, 1992, pp. 98-100.

³³⁹ *Société Asian Agriculture Product Ltd. (A.A.P.L.) c. Sri Lanka*, *CIRDI*, Affaire précitée n° ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990, *JDI*, 1992, pp. 217 et s., spéc. p. 223, obs. E. Gaillard.

incorporels, au motif de l'insuffisance de preuve à cet égard, et au titre de la perte de profits futurs en estimant que ce préjudice était très douteux.

2. L'indemnisation d'un préjudice probable

229. – On envisagera, dans un premier temps, la mise en œuvre de la règle (a), avant de soulever dans un second temps, la consécration de la référence du raisonnable qui sert à justifier la mise en œuvre de cette règle (b).

a. La mise en œuvre de la règle

230. – **L'accueil du principe en droit français.** – La jurisprudence française ne s'oppose pas au concept de l'indemnisation du préjudice probable. La Cour de cassation, dans un arrêt en date de 2010³⁴⁰, a admis l'indemnisation d'un préjudice qui ne révèle pas d'une certitude stricte. En ce qui concerne l'appréciation du *lucrum cessans*, la Cour de cassation en a admis l'indemnisation en cas de la probabilité de la réalisation d'un gain³⁴¹. Dès lors, afin d'évaluer le préjudice en cas de perte d'une chance, il faut appliquer un pourcentage reflétant la probabilité que le préjudice se produise³⁴².

231. – Une autre illustration remarquable à relever d'après la Cour de cassation en l'occurrence consiste dans la méthode à poursuivre pour l'évaluation du gain manqué. Il s'agit en effet d'une double évaluation. La première porte sur le gain que la partie lésée aurait pu réaliser si le préjudice n'avait pas eu lieu. La seconde porte sur l'estimation de la survenance de la chance elle-même. En somme, l'indemnisation d'un préjudice probable est possible si la chance d'avoir du gain était réelle, ainsi que le gain soit d'une probabilité élevée³⁴³.

³⁴⁰ *Société Top Bagage International c. société Wistar Entreprise Ltd*, Cass., Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, *Rev. arb.*, (Comité Français de l'Arbitrage), 2011, N° 2, note Cécile Chainais, pp. 449-467.

³⁴¹ V. en ce sens, A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, Préface P.-Y. Gautier, LGDJ, 2007, n° 259.

³⁴² *Société Top Bagage International c. société Wistar Entreprise Ltd*, Cass., Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, *Rev. arb.*, 2011, N° 2, *op. cit.*, note Cécile Chainais.

³⁴³ *Ibid.*

232. – Dans ce sens, le préjudice probable ou potentiel, en matière d’assurances, est en principe réparable. Donc, il s’agit là de la réparation du risque de préjudice. Pour que ce risque soit indemnisable, il doit être avéré. Dans ce cadre, le préjudice futur peut être indemnisé comme le préjudice actuel, s’il représente une conséquence certaine de la survenance de ce dernier. Pourtant, une probabilité suffisante du risque, à l’opposition du risque hypothétique, est suffisante pour caractériser la certitude. Ainsi, une indemnisation à titre préventif est possible. On peut citer l’exemple de l’arrêt de la Cour d’appel de Paris, rendu le 18 septembre 2008³⁴⁴, qui a admis la condamnation de l’employeur à indemniser des travailleurs d’une manière préventive. En l’espèce, des travailleurs, exposés à l’amiante, ont décidé de partir à la préretraite à l’âge de 50 ans conformément à la loi. Les allocations prévues dans ce cas étaient très inférieures à leur salaire. Cependant, la Cour d’appel a admis d’indemniser leur préjudice économique pour éviter un risque avéré consistant dans le développement des maladies de l’amiante³⁴⁵.

233. – L’indemnisation du préjudice probable est appliquée par les arbitres en tant qu’une règle transnationale (i), ce fait qui trouve sa source dans la consécration de cette règle par les instruments internationaux du droit uniforme (ii).

i. Une position favorable de la jurisprudence arbitrale : l’indemnisation du préjudice probable relève d’une règle transnationale

234. – La jurisprudence arbitrale n’admet pas, en principe, l’indemnisation d’un préjudice éventuel. Par contre, lorsqu’il s’agit d’un préjudice très probable traduisant la perte d’une vraie chance, la solution aurait-elle pu être différente en ouvrant droit à une indemnisation ? La sentence *Sapphire*³⁴⁶ nous donne une réponse positive à cette question en déclarant que l’occasion de découvrir du pétrole a été déjà reconnue par les deux parties au litige, alors qu’il n’est pas nécessaire de prouver le préjudice exact à fin de l’allocation des dommages-intérêts. Ici, il suffit que le préjudice fasse preuve d’une probabilité suffisante de l’existence et de

³⁴⁴ CA Paris (18^e ch. Civ.), 18 septembre 2008, *JurisData* n° 2009-003329, *D.* 2009, pp. 2091-2095, note Anne Guégan.

³⁴⁵ Patrice Jourdain, *Comment traiter le dommage potentiel, Responsabilité Civile et Assurances*, N° 3, Mars 2010, Dossier 11, p. 44.

³⁴⁶ *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Iranian Oil Company*, Tribunal *ad hoc*, sentence rendue le 15 mars 1963, *Annuaire Français de Droit International “AFDI”*, 1977, Vol. 23, pp. 453 et s.

l'étendue du préjudice³⁴⁷. Dans la même logique juridique, la sentence *Liamco*³⁴⁸ a refusé, cette fois-ci, l'indemnisation du préjudice non probable en raison que la perte de chance en l'espèce était douteuse selon le Tribunal arbitral.

Dans la même veine, la jurisprudence arbitrale a affirmé depuis longtemps, à plusieurs reprises, qu'une certitude absolue du préjudice n'est pas exigée pour l'allocation des dommages-intérêts. On relèvera dans ce qui suit quelques sentences arbitrales de base affirmant et reflétant cette tendance juridique.

235. – La possibilité de l'indemnisation du préjudice futur. – L'affaire *SOABI*, dont la sentence a été rendue en 1988³⁴⁹, est un exemple clair de la non exigence d'un préjudice absolument certain afin d'indemniser la partie lésée. En outre, cette sentence a confirmé le fait de l'allocation des dommages-intérêts pour un préjudice futur. De ce fait, le Tribunal a affirmé que « rares sont les cas où un préjudice futur du chef de perte de profits d'un contrat à long terme de constructions et ventes immobilières puisse être chiffré avec certitude. On ne saurait donc appliquer les critères trop rigides de certitude et de réalité de la façon proposée par le gouvernement. Le faire équivalent à exclure la réparation du gain manqué en méconnaissance du C.O.A. (Code des obligations de l'administration sénégalais) ». Il apparaît ainsi, de l'application du concept de l'indemnisation du préjudice fort probable, qu'il s'agit d'un principe du droit international vu son application large, même à l'égard de la loi interne applicable en l'espèce. Dès lors, Le Tribunal a exercé son pouvoir souverain pour évaluer le gain manqué en prenant en considération les aspects économiques et financiers affectant l'exécution d'un contrat de long terme ainsi que les incidences des faits propres à la société *SOABI*. Une indemnisation a été ainsi allouée sur cette base à la société demanderesse d'une somme de 150 000 000 de francs CFA.

³⁴⁷ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, LGDJ, EJA, Paris, 1992, *op. cit.*, pp. 182-183.

³⁴⁸ *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. République de la Libye*, sentence arbitrale rendue à Genève le 12 avril 1977, *AFDI*, 1980, Vol. 26, p. 291, obs. Patrick Rambaud.

³⁴⁹ *Société Ouest Africain des bétons industriels c. République du Sénégal*, 4 et 9 février 1988, *JDI*, 1990, pp. 193 et s., spéc. p. 201, obs. E. Gaillard.

236. – L’indemnisation du *lucrum cessans* probable. – Dans le même ordre d’idées, la sentence *MINE*,³⁵⁰ rendue la même année, nous présente une même position ferme vers l’indemnisation du préjudice probable ou qui n’est pas doté d’une certitude absolue. Le Tribunal arbitral a fait encore une contribution très intéressante en la matière, invoquant le fait qu’il « accepte le principe général selon lequel *MINE* a le droit d’être indemnisée pour les profits qu’elle aurait réalisés si la république de Guinée n’avait pas rompu le contrat. Les profits perdus ne doivent pas être prouvés avec certitude et la réparation ne devrait pas être refusée simplement parce que le quantum est difficile à déterminer ». Là, on peut relever deux constatations importantes. La première consiste dans l’invocation du Tribunal qu’il s’agit d’un principe général de droit en admettant l’indemnisation du préjudice probable. La seconde est le fait de l’indemnisation du *lucrum cessans* à ce stade. On peut analyser ce fait alors par la révélation de la difficulté juridique pour indemniser le *lucrum cessans* en cas du préjudice éventuel, par contre il est tout à fait admis de l’indemniser si le préjudice est probable³⁵¹. A cela, le Tribunal a pu accorder à *MINE* une indemnisation de ses préjudices subis, correspondant au gain manqué résultant de la résiliation du contrat par la république de Guinée, d’une somme de 6 726 497 dollars américains.

237. – En se référant à l’affaire *SPP*, la sentence a été rendue en 1992 en application des règles juridiques transnationales, on constate que les arbitres ont refusé l’indemnisation du préjudice éventuel. En suivant la même logique juridique, les arbitres ont réaffirmé que cela ne signifie pas que le préjudice doit être certain en vue d’être indemnisable, ce qui paraît clair dans les énoncés de la sentence constatant que « cependant, il est bien établi que le fait que des dommages ne peuvent être appréciés avec certitude n’est pas une raison de ne pas octroyer des dommages-intérêts lorsqu’une perte a été subie »³⁵². Dans le même sens, la sentence *CCI* n° 5946 rendue en 1990³⁵³ a tenté de donner plus de clarification sur le préjudice probable indemnisable. Il est important de relever ainsi la précision du Tribunal qui confirme, d’une part, que le préjudice ne doit pas être absolument certain pour qu’il soit indemnisable, et d’autre part, que

³⁵⁰ *Maritime International Nominees Establishment c. la République de Guinée*, 6 janvier 1988, *YBCA*, XIV, 1989, p. 82.

³⁵¹ V. Sentence n° 10988/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 719-726, spéc. p. 722, note B. Derains.

³⁵² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited “SPP Ltd” c. La République Arabe d’Egypte*, *CIRDI*, affaire précitée n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, *JDI*, 1994, p. 238, obs. E. Gaillard.

³⁵³ Sentence *CCI* n° 5946/1990, *YBCA*, XVI, 1991, p. 97.

l'évaluation du préjudice peut être menée approximativement en adoptant des méthodes raisonnables de calcul³⁵⁴.

ii. La consécration de l'indemnisation du préjudice probable dans les instruments internationaux du droit uniforme

238. – Il est important de relever, à ce stade, que l'admission d'indemniser un préjudice probable est aussi consacré dans l'article 7.4.3 (2) des Principes relatifs aux contrats du commerce international d'*Unidroit*³⁵⁵. Cet article a prévu expressément, de son côté, l'indemnisation du préjudice résultant du *lucrum cessans* probable. Dans le même ordre d'idée, la Convention de Vienne relative aux contrats de vente internationale de marchandises a reconnu le préjudice probable en tant que préjudice indemnisable dans l'article 74³⁵⁶, et cela en décrivant les dommages-intérêts « comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ». Ceci enlève aucun doute sur la reconnaissance du caractère probable du préjudice afin d'être indemnisable.

Ainsi, il est constaté, selon la démonstration précédente, que le préjudice peut être indemnisable, même s'il n'était pas certain, à condition qu'il soit fort probable, en constituant une vraie perte de chance et non pas douteuse³⁵⁷.

³⁵⁴ V. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, Dalloz, 2001, p. 40.

³⁵⁵ L'article 7.4.3 (2) des Principes d'*Unidroit* dispose que « La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation ».

³⁵⁶ L'article 74 de la Convention des Nations Unies des contrats de vente internationale de marchandises dispose que « Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ».

³⁵⁷ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, op. cit., p. 183.

239. – On peut atteindre ainsi une conclusion juridique qui nous permet de bien illustrer l'admission de l'indemnisation du préjudice probable. C'est le fait de justifier cette position juridique sur la base du concept du raisonnable³⁵⁸. Ceci nous permet d'adopter une référence sur laquelle les arbitres peuvent s'appuyer en octroyant l'indemnisation en cas du préjudice probable. Dès lors, afin d'aller au bout dans l'illustration du sujet de l'indemnisation du préjudice probable, on mettra la lumière sur la référence du raisonnable dans le cadre de la justification de l'allocation d'indemnisation.

b. La consécration de la référence du raisonnable pour la mise en œuvre de la règle

240. – La consécration dans les instruments internationaux du droit uniforme. – On observe que les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'*Unidroit* ont soulevé expressément, dans l'article 7.4.3 (1)³⁵⁹, le terme "raisonnable" dans le but de préciser le caractère du préjudice indemnisable. L'article a admis l'indemnisation du préjudice, même futur, qui est raisonnablement certain, et non pas absolument certain. Dans la même lignée, on constate aussi les Principes européens du droit des contrats, dont l'article 9 :501 (2)³⁶⁰ a prévu de son côté la même exigence de la suffisance du caractère raisonnable pour l'établissement du préjudice, même futur, afin d'être susceptible d'indemnisation. A cela, on tient compte que la référence au standard du raisonnable trouve sa source dans ces deux grands textes juridiques internationaux afin d'estimer l'existence du préjudice. Un tel standard est notamment bien reconnu en droit français³⁶¹, dans le système juridique de *common law*³⁶², ainsi qu'il connaît une large application par les arbitres internationaux³⁶³.

³⁵⁸ L'appréciation de la certitude du dommage à l'aune du raisonnable a été relevée par J. Ortscheidt afin de mettre en œuvre un standard juridique sur lequel on peut apprécier le dommage indemnisable. En ce sens, v. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 2001, *op. cit.*, pp. 41 et s.

³⁵⁹ L'article 7.4.3 (1) des Principes d'*Unidroit* dispose que « n'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude ».

³⁶⁰ L'article 9 :501 (2) des Principes européens du droit des contrats (PEDC) dispose que « Le préjudice réparable inclut ; (...) b. le préjudice futur dont la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable ».

³⁶¹ V. G. Khairallah, *Le raisonnable en droit privé français – Développements récents*, *RTD civ.*, 1984, pp. 439, 460.

³⁶² V. Amar et Ph. Kimbrough, *Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acceptation du mot "raisonnable" dans les contrats de droit privé américains*, *DPCI*, 1983, pp. 43 et s.

³⁶³ J.-A. Westberg, *Applicable law, expropriatory takings and compensation in cases of expropriation : ICSID and Iran-United States Claims Tribunal Case Law Compared*, *ICSID Rev. – FIJL*, Vol. 8, n° 1, 1993, pp. 1, 19 ; V. Fortier, *Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable*, *JDI*, 1996, pp. 315 et s.

241. – La consécration dans la jurisprudence arbitrale. – Dans le même sens, la sentence *CCI* n° 7081 rendue en 2003³⁶⁴ nous a présenté une illustration non équivoque de recourir à la référence du raisonnable afin de pouvoir indemniser un préjudice incertain. Il est vrai que la jurisprudence arbitrale exige un préjudice certain pour allouer des dommages-intérêts. Cependant, cette règle s'applique avec souplesse afin de permettre d'indemniser un préjudice raisonnablement probable. Ainsi, les arbitres ont refusé d'octroyer une indemnisation à la partie lésée, en matière de marchés publics, en ce qui concerne le *lucrum cessans*. Dans cette espèce, le Tribunal n'a pas fait droit à la demande de la partie lésée pour indemniser le manque à gagner en justifiant sa décision sur le fait qu'elle « n'a pas réussi à démontrer qu'elle aurait vraisemblablement et raisonnablement obtenu les marchés visés, même si elle avait fait les offres les plus intéressantes »³⁶⁵.

242. – Conclusion. – On déduit alors, de l'illustration précédente, qu'afin d'arriver, à juste titre, à apprécier l'existence du préjudice, il n'est pas nécessaire d'établir le préjudice avec une certitude absolue. Cependant, il faut qu'une probabilité suffisante soit exigée pour ne pas indemniser un préjudice simplement éventuel. D'où le rôle de la référence au caractère raisonnable pour bien justifier l'indemnisation du préjudice probable. En outre, pour que le préjudice soit indemnisable, il doit se doter aussi du caractère prévisible.

PARAGRAPHE II. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE PREVISIBLE

243. – On exposera d'abord la consécration et les fondements établis de la règle (A) avant d'en aborder la mise en œuvre (B).

³⁶⁴ Sentence *CCI* n° 7180/2003, *Clunet*, 2003, pp. 1137 et s.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 1141.

A. La consécration et les fondements établis de la règle

244. – On verra que la consécration de la règle de prévisibilité du préjudice (1) est bien établie en droit comparé, ainsi que par les instruments internationaux du droit uniforme. Or, une précision sur les fondements relevés dans cette règle sera utile afin de concevoir la base sur laquelle les arbitres peuvent l'appliquer (2).

1. La consécration du concept de prévisibilité dans les différents systèmes juridiques

245. – **La consécration du concept de la prévisibilité en droit comparé.** – Le caractère prévisible du préjudice est une condition largement admise, tant dans le système juridique de droit civil que dans celui de *common law* pour l'allocation des dommages-intérêts. Une telle condition est exigée dans le droit français dans l'article 1150 du Code civil, et on constate que le droit belge a repris les dispositions françaises relatives à la prévisibilité du préjudice dans l'article 1150 du Code civil belge. Dans le même sens, le Code civil québécois, dans l'article 1613, a exigé la prévisibilité du préjudice pour qu'il soit susceptible d'indemnisation en matière contractuelle, en disposant que le débiteur n'est responsable qu'à la limite « des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée »³⁶⁶. La même position a été retenue en droits espagnol³⁶⁷, italien³⁶⁸, chinois³⁶⁹ et égyptien³⁷⁰.

246. – Dans le même sens, le système juridique de *common law* a reconnu l'exigence de la prévisibilité du préjudice depuis le 19^{ème} siècle. La célèbre affaire *Hadley* contre *Baxendale* est un exemple clair permettant de constater que le caractère de la prévisibilité représente une limite juridique au principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice³⁷¹.

³⁶⁶ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 234, p. 152.

³⁶⁷ Article 1107 du Code civil espagnol.

³⁶⁸ Articles 1223 et 1225 du Code civil italien.

³⁶⁹ Article 113 de la loi de la République Populaire de Chine de 1999 sur les contrats.

³⁷⁰ Article 221 du Code civil égyptien.

³⁷¹ (1854) 9 Exch. 341, cité par F. H. Lawson, *Les voies de droit pour obtenir réparation*, *Revue International de Droit Comparé "RIDC"*, 1961, Vol. 13, n° 4, p. 744.

247. – La position retenue dans la jurisprudence française. – la jurisprudence française a contribué à démontrer comment le caractère prévisible du préjudice peut avoir des effets sur l'indemnisation due. Or, la prévisibilité du préjudice peut, certes, jouer un rôle important sur le *quantum* de l'indemnisation, en ne réparant pas tous les aspects de la perte subie. La jurisprudence française a connu une évolution qui mérite d'être soulevée à ce propos.

248. – Dans son arrêt du 22 septembre 2010, dans lequel Mr. Rouquette a fait grief du retard de son train *SNCF*, ce qui a eu des conséquences dommageables du fait qu'il a raté ainsi un autre train, déjà réservé, pour continuer son itinéraire, la Cour d'appel de Paris a fait droit à ses réclamations en lui octroyant une indemnisation de toutes les pertes subies, se justifiant sur le fait que la ponctualité du train constitue une obligation de résultat, dont le manquement exigerait l'indemnisation de toutes les pertes subies à cause de ce manquement.

249. – Une évolution jurisprudentielle remarquable, concernant la mise en application des effets du préjudice prévisible, a été relevée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 2011³⁷². Dans cette affaire, les époux Nazairiens ont demandé des indemnisations de tous leurs préjudices subis à cause du retard de leur train *SNCF* leur ayant fait rater leur avion pour Cuba. En l'occurrence, la Cour a pris en considération les dispositions de l'article 1150 du Code civil français qui dispose que : « *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* ». Par conséquent, la conclusion d'un autre contrat de transport aérien, d'après la Cour de cassation, n'est pas un fait que la société *SNCF* peut prévoir afin d'être condamnée à indemniser les préjudices qui en découlent³⁷³. Dans le même sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 26 septembre 2012. En l'espèce, il s'agissait d'un avocat au barreau de Limoges, qui avait une plaidoirie au Tribunal de commerce de Paris à 10h00, qui a acheté un billet de train *SNCF* aller-retour Limoges - Paris, pour arriver à 8h45 le 11 février 2012. L'avocat qui n'a pas pu assister à la plaidoirie, à cause du retard du train de près de quatre heures, a demandé le remboursement du prix de ce billet avec des dommages-intérêts. La Cour d'appel lui a accordé, outre le remboursement du prix du billet du train, des

³⁷² Civ. 1^{er}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *Bull. civ. I*, n° 77, *D.* 2011, 1280, note I. Gallmeister.

³⁷³ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 203.

dommages-intérêts comme ce qui suit : « 500 euros pour compenser sa perte d'honoraires, 1000 euros pour la perte de crédibilité vis-à-vis de son client et 500 euros en réparation de l'inquiétude et de l'énervement qu'il avait éprouvés ». Or, la Cour de cassation a cassé cette décision, à l'exception de la condamnation de la *SNCF* à rembourser le prix du voyage avec des intérêts aux taux légal, au visa de l'article 1150 du Code civil en raison que « *les motifs invoqués par la juridiction de proximité, pour condamner la SNCF à payer diverses sommes, étaient impropres à établir que le dommage invoqué était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport, si ce n'est quant au coût de celui-ci rendu inutile par l'effet du retard subi, et constituait une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat* »³⁷⁴.

250. – Analyse critique. – Nous ne trouvons pas des difficultés pratiques et juridiques à partager la position de la Cour de cassation dans ses arrêts du 28 avril 2011 et du 26 septembre 2012. D'un côté, on ne doute pas du fait que la conclusion des autres engagements, qui dépendent de la bonne conclusion du contrat, objet du litige, ne peuvent pas toujours être considérés comme un élément prévisible d'indemnisation de la part de l'autre cocontractant. D'un autre côté, il est vrai aussi que dans certains cas, notamment dans le cas des contrats de transport, il est tout à fait normal et sous-entendu que le retard ou tout autre problème inattendu relatif au moyen de transport prévu peut souvent engendrer pour les passagers des préjudices variés qui en découlent. Dans ce cas, c'est au passager d'établir ces chefs de préjudices pour examen au regard du principe de prévisibilité.

251. – Par ailleurs, il est bien constaté en tant que règle générale que « le transporteur est toujours tenu d'une obligation de résultat³⁷⁵ ». Cependant, cette obligation doit être examinée vis-à-vis de la règle de prévisibilité dans le cadre de l'évaluation des indemnisations dues. Il est bien établi aussi que l'appréciation d'indemnisation dans les cas similaires relève surtout des pouvoirs souverains des juges et des arbitres, puisque l'identification du préjudice prévisible est estimée comme un élément de fait. De la sorte, tout préjudice allégué doit être justifié par des preuves matérielles et concrètes.

³⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 septembre 2012, n° 11-13.177, *Sté nationale des chemins de Fer français c. G.*, *JurisData* n° 2012-021553, *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 12, Décembre 2012, pp. 17-18, note Sophie Hocquet-Berg.

³⁷⁵ Philippe Delebecque, *Les règles de Rotterdam ont-elles un avenir ?*, *Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, 2009, p. 168.

En tout cas, la prévisibilité du préjudice reste un caractère essentiel pour l'octroi d'indemnisation, qui a été consacré d'ailleurs par les instruments internationaux du droit uniforme.

252. – La consécration du concept de la prévisibilité dans les instruments internationaux du droit uniforme. – La large reconnaissance de la règle de prévisibilité du préjudice en droit comparé s'est vu un reflet dans la consécration de ladite règle par les différents instruments internationaux. L'article 74 de la Convention de Vienne, sur la vente internationale des marchandises, dispose que « les dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ». Dans la même logique juridique, il a été constaté dans les Principes du droit européen des contrats, dans l'article 9 : 503, que le débiteur n'est tenu que du préjudice qu'il a prévu ou aurait dû raisonnablement prévoir. De même, les Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international ont adopté la même position juridique en relevant, dans l'article 7.4.4, le fait de l'indemnisation du seul préjudice prévisible³⁷⁶.

2. Les fondements relevés du principe de la prévisibilité du préjudice

253. – Il est important de relever le fondement juridiquement retenu pour l'indemnisation du préjudice prévisible (a), de même qu'il convient aussi de souligner le fondement économique controversé à cet égard (b).

³⁷⁶ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 236, p. 153.

a. Le fondement juridique retenu

254. – L'exigence du caractère prévisible du préjudice afin de procéder à l'évaluation de l'indemnisation due, dans le cadre de la relation contractuelle, est directement rattachée au principe *pacta sunt servanda*, un principe qui relève indubitablement de la *lex mercatoria*. La pratique de l'arbitrage commercial international fait preuve du fait que les arbitres prennent toujours soin de trancher les litiges conformément à la volonté des parties inscrite dans le cadre de leur relation contractuelle. Ce qui explique l'exclusion des préjudices imprévisibles dans le cadre de l'évaluation du *quantum* de réparation³⁷⁷.

255. – En outre, les parties dans leurs relations contractuelles s'engagent réciproquement en prévoyant les risques que chacune doit assumer. Ces risques acceptés par les parties ont pour effet de constituer un équilibre dans leur rapport contractuel. D'où l'importance, d'ailleurs, de ne prendre en compte que les préjudices prévisibles dans le calcul de l'indemnisation due à la partie lésée³⁷⁸.

256. – Dès lors, les arbitres appliquent souvent la théorie de l'imprévision en tant que règle de la *lex mercatoria*. On peut citer, à ce propos, la sentence arbitrale n° 4761 rendue en 1987, dans le cadre de laquelle les arbitres ont considéré que la règle « *pacta sunt servanda* », celle qui lie les parties contractantes, doit respecter et être cohérente avec le principe supérieur de bonne foi. Dans le sens qu'il n'est pas équitable d'exiger que le débiteur doive maintenir toujours ses obligations contractuelles, alors que l'économie même du contrat a été bouleversée à cause des circonstances extérieures³⁷⁹.

257. – En somme, les parties au contrat s'entendent, dans la phase de la formation du contrat, sur le cadre de leur rapport juridique et ses limites. Par conséquent, c'est dans la limite de ces attentes prévues par les parties que doit être évaluée la densité de la violation contractuelle et, par la suite, l'évaluation des dommages-intérêts qui en découlent. Dans ce contexte, il est

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 155.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Guy Robin, *Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux*, *RDAI*, 2005, p. 718.

patent que l'allocation des indemnisations est le corollaire de la violation de la prévision contractuelle³⁸⁰.

b. Le fondement économique controversé

258. – Le concept de l'indemnisation du préjudice peut aussi se baser sur l'intérêt du marché ou l'économie du contrat. Un aspect économique peut aussi expliquer l'indemnisation du seul préjudice prévisible. D'une part, cet aspect économique s'explique dans le sens où le débiteur s'attendait à répondre aux préjudices découlant de la sphère de l'engagement contractuel. A défaut, il sera découragé de réinvestir. D'autre part, l'indemnisation des préjudices imprévisibles aura des effets, certes, sur l'accroissement du coût de l'assurance. Ce qui peut engendrer des impacts négatifs et faire obstacle au fait de la promotion des opérations d'investissement³⁸¹.

259. – Vision critique. – Nous partageons l'avis juridique qui met en cause la prise en compte de l'aspect économique en matière d'indemnisation des préjudices prévisibles. M. Laithier a pu relever, à ce propos, que « si une responsabilité limitée encourage les débiteurs à multiplier les transactions, elle doit dans une mesure a priori identique, décourager les créanciers dont les attentes ne seront que partiellement protégées »³⁸².

En effet, l'enjeu économique est un élément indéniable dans l'esprit des contractants dans un contrat de commerce international afin d'encadrer autant que possible les différents types de risques, et ainsi de tenter de faire face aux circonstances imprévisibles dans le cadre de leur rapport contractuel³⁸³. Toutefois, c'est toujours mieux de sanctionner le seul préjudice prévisible sur une base juridique que sur une base économique. D'un point de vue pratique, prendre le côté du débiteur, en indemnisant le seul préjudice prévisible, afin de l'encourager à s'investir, n'est, par contre, pas avantageux pour son cocontractant en mettant à la charge de ce dernier les

³⁸⁰ Mireille Taok, 2009, *op. cit.*, n° 232, pp. 151-152.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 156.

³⁸² Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse précitée, LGDJ, 2004, p. 135.

³⁸³ Pour les critiques relevées sur les facteurs économiques, v. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, p. 157.

préjudices imprévisibles dont il n'était pas la cause. De l'autre point de vue juridique, indemniser le préjudice sur une base économique est plutôt subjectif, donc il sera plus juste de trancher un litige objectivement sur la base contractuelle et la loi applicable³⁸⁴.

260. – L'aspect atténuant de la non indemnisation du préjudice imprévisible. – L'exigence du caractère prévisible du préjudice, pour qu'il soit susceptible d'indemnisation, connaît, d'ailleurs, un aspect atténuant dans sa mise en application par les arbitres. Or, les arbitres ne refusent pas catégoriquement toute indemnisation. Au contraire, ils essaient de trouver des solutions appropriées en respectant, toujours, le principe de bonne foi dans les relations contractuelles.

La sentence arbitrale n° 8365 rendue en 1996 fait preuve de cette portée atténuante en relevant que « *si les difficultés imprévues surviennent lors de l'exécution d'un contrat, les parties doivent négocier de bonne foi pour les surmonter* ». A contrario, la partie qui refuse de renégocier le contrat, qui a été affecté par des circonstances extérieures ayant pour effet de bouleverser son économie, serait considérée comme une partie de mauvaise foi³⁸⁵.

261. – Après l'illustration de la consécration ainsi que des fondements possibles du caractère prévisible du préjudice, il est important de soulever la mise en œuvre de la règle.

B. La mise en œuvre de la règle

262. – On envisagera, dans ce qui suit, la pratique arbitrale en la matière (1), avant d'explicitier la référence sur laquelle s'appuient les arbitres dans l'appréciation de la prévisibilité du préjudice (2).

³⁸⁴ Pour les arguments en faveur du fondement économique afin d'indemniser le seul préjudice prévisible, v. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, *Dalloz*, 2001, pp. 54-55.

³⁸⁵ *Ibid.*

1. La pratique arbitrale

263. – Dans le cadre de la jurisprudence arbitrale, on étudiera, d'une part, la mise en application du principe de prévisibilité par les arbitres en tant qu'une règle transnationale (a), et d'autre part, les mécanismes d'appréciation du préjudice prévisible par les arbitres (b).

a. La mise en application du principe par les arbitres en tant qu'une règle transnationale

264. – La pratique arbitrale est constante sur la mise en application du principe de prévisibilité. Pour qu'un préjudice soit considéré comme indemnisable, il doit être prévisible. Il est utile de relever, à ce propos, une application fréquente dudit principe. Les arbitres font souvent référence, à cet égard, à une sentence célèbre, dans l'affaire n° 1526/1968³⁸⁶, rendue sous l'égide de la CCI dans laquelle le Tribunal arbitral a pu relever, en se prononçant sur la détermination du préjudice en l'espèce, qu'il faut procéder à l'évaluation « *en considération du cours ordinaire des choses et de ce qui était prévisible* ». En l'espèce, l'application de la règle de prévisibilité du préjudice s'est fait hors toute référence à une loi nationale. Dès lors, on peut en déduire ainsi le caractère transnational de cette règle³⁸⁷.

265. – Dans une autre affaire arbitrale n° 2404³⁸⁸, dont la sentence a été rendue en 1975, le Tribunal a déclaré que « *le respect de la volonté contractuelle et le désir de multiplier les transactions militent en faveur d'une réparation limitée. Fondée sur le respect de la volonté individuelle, la limitation de la réparation au dommage prévisible apparaît comme une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. L'engagement contractuel est le fait de la seule volonté des contractants jusque dans les conséquences de son inexécution* ». Dans cette affaire, les arbitres avaient justifié ces énoncés susmentionnés sur la base des précédents

³⁸⁶ Y. Derains, *Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, chronique des sentences arbitrales, obs. sous la sentence rendue dans l'affaire n° 1526 en 1968*, *Clunet*, 1974, pp. 915-921.

³⁸⁷ Sentence CCI n° 1526, 1968, *JDI* 1974, pp. 918, 921, obs. Y. Derains.

³⁸⁸ S. Jarvin et Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985*, Kluwer 1990, p. 280 ; Marie-Eve Roujou De Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, *Libraire General de Droit et de Jurisprudence*, 1974, pp. 301-302.

arbitraux et plus particulièrement sur la sentence précitée de la CCI n° 1526/1968, et non pas sur le droit interne applicable au fond en l'espèce³⁸⁹.

266. – Nonobstant, rien n'empêche les arbitres de se référer au droit interne applicable, notamment quand la même solution concernant la prévisibilité du préjudice s'est trouvée consacrée par le droit étatique applicable au litige. A cela, on trouve des exemples dans les sentences CCI n° 4237/1984³⁹⁰ appliquant le droit anglais, n° 7006/1992³⁹¹ appliquant le droit français et n° 10346/2000³⁹² appliquant le droit colombien.

267. – Dans la même veine, d'autres sentences se sont référées au droit uniforme issu des instruments internationaux afin de justifier l'application du principe de la prévisibilité du préjudice. On trouve ainsi, dans ce sens, les sentences 7531/1994 et 9875/2000³⁹³.

268. – De même, les arbitres ont fait application du principe de prévisibilité dans l'affaire *Society Maritime Arbitrators* n° 2561³⁹⁴, dont la sentence a été rendue le 31 mars 1989. Dans cette affaire, l'affrètement réclamait des indemnités de la part du propriétaire d'un navire en raison du manquement de ce dernier à ses obligations contractuelles ; ce qui avait pour effet des conséquences dommageables de sorte que l'affrètement a subi des pertes du fait que le transport n'avait pas eu lieu conformément au contrat conclu à cette fin. Le Tribunal, afin de donner droit aux réclamations du demandeur en l'espèce, a fermement constaté que le préjudice subi était

³⁸⁹ Sentence CCI n° 2404/1975, *Cour d'arbitrage de la Chambre du Commerce International, Chronique des sentences arbitrales – note sous la sentence n° 2404/1975, JDI*, 1976, pp. 995 et s., obs. Y. Derains.

³⁹⁰ Sentence CCI n° 4237/1984, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 167.

³⁹¹ Sentence CCI n° 7006, 1992, *YBCA*, 1993, p. 58 ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, p. 199.

³⁹² Sentence CCI n° 10346, 2000, *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, Vol. XII, n° 2, p. 111.

³⁹³ La première sentence 7531/1994 a appliqué la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et la deuxième sentence 9875/2000 a fait application des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international, citées par Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, p. 154.

³⁹⁴ Sentence de la *Society of Maritime Arbitrators* n° 2561, sentence rendue le 31 mars 1989, *Sigmoil Resources c. Burmpac Transport and Trading Co.*, *YBCA* 1990, Volume XV, p. 109. (Le Tribunal, en l'espèce, s'est prononcé – dans la version anglaise – comme ce qui suit: "At the time of the charter, (owner) was aware of the fact that (charterer) was an oil trader engaged in the business of buying and selling oil. (Owner) was also aware of the fact that the nature of the market for crude oil is speculative and can vary greatly from day to day based upon volatile economic or political pressure. (Owner) was heavily involved in the crude oil market, and (owner's) witness testify that she followed crude oil prices and spoke with oil traders on a regular basis. Under these circumstances, the panel believes that (charterer's) damages due to loss of market were, or reasonably should have been, within the contemplation of the parties at the time of the charter of the *Elbe Ore*, even though it was not the late arrival of the cargo at destination that caused (charterer's) loss.").

prévisible, en refusant ainsi les prétentions du défendeur à ce propos qui alléguait que le préjudice causé en l'espèce était de nature abstraite.

269. – Dans l'affaire *Amco Asia*³⁹⁵, les sociétés demandresses ont recours à l'arbitrage *CIRDI* afin de réclamer l'indemnisation des préjudices subis du fait de la révocation de leur autorisation d'investissement d'une manière injustifiée par les autorités publiques compétentes de l'Indonésie, ayant pour effet l'empêchement de la gestion de l'hôtel ainsi que des autres activités conformément à l'autorisation octroyée. En outre, ces actes illicites avaient pour conséquence un enrichissement sans cause au profit de l'Etat d'Indonésie, selon les prétentions d'*Amco*. A cela, *Amco* a demandé une indemnisation de préjudices causés par les faits susmentionnés d'une somme de 15 000 000 de dollars américains. D'après les énoncés de la sentence, on peut relever, dans cette partie de notre étude concernant les caractères du préjudice indemnisable, la confirmation du Tribunal arbitral du fait que ne sera pris en compte que le préjudice prévisible, en déclarant que : « *Le préjudice tient au fait que les demandeurs ont été privés de leur droit de bénéficier de la gestion de l'hôtel et d'investir dans les autres activités visées par l'autorisation injustement révoquée* ». Le Tribunal a précisé aussi que, conformément au droit international, la perte doit être appréciée selon les actes illicites et prévisibles³⁹⁶. En outre, le Tribunal a fait une contribution très importante concernant l'effet du caractère prévisible du préjudice sur l'évaluation de l'indemnisation en constatant que le principe de prévisibilité n'exige pas que le débiteur dans le moment où il cause un préjudice à son créancier soit capable de prévoir le *quantum* de l'indemnisation qui en découle³⁹⁷. Or, en tenant compte des règles juridiques concernant les caractères de préjudices pour se limiter à indemniser que les préjudices prévisibles, le Tribunal a évalué l'indemnisation due en l'espèce pour une somme de 3 200 000 dollars américains.

³⁹⁵ *Amco Asia Corporation et autres c. République de l'Indonésie, CIRDI, affaire précitée, n° ARB/81/1, sentence rendue le 20 novembre 1984, Clunet 1987, p. 155.*

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 172.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 175.

b. Les mécanismes d'appréciation du préjudice prévisible par les arbitres

270. – La date de la prise en compte de la détermination du caractère prévisible par les arbitres : incidence sur l'évaluation d'indemnisation. – Afin de poursuivre une étude cohérente et complète sur la détermination du préjudice prévisible, il est important de montrer, à ce stade, la date à laquelle les arbitres doivent retenir la prévision des parties. La jurisprudence arbitrale prend souvent la position d'indemniser les préjudices qui auraient dû être prévus au moment de la conclusion du contrat. Dans l'affaire *SPP*, le Tribunal arbitral fait preuve d'une application classique en la matière en invoquant que « *l'indemnisation devrait toutefois ne tenir compte que des dommages qui pouvaient normalement être envisagés à la date de la conclusion du contrat* »³⁹⁸.

L'adoption de cette règle par la jurisprudence arbitrale constitue une démarche juridique bien cohérente après sa constatation dans le droit comparé, ainsi que dans les instruments internationaux de droit uniforme³⁹⁹.

La jurisprudence arbitrale a enregistré la mise en application constante de cette règle, ce qui paraît logique puisque la prévision légitime des parties existe, en principe, lors de la formation du rapport juridique afin de mesurer les risques qui peuvent en découler. Toutefois, rien n'empêche, selon la logique juridique et la règle d'équité, de prendre en considération ce que le débiteur aurait pu prévoir au moment de la résiliation du contrat. Dans le cas où un préjudice non prévu au moment de la conclusion du contrat, qui est devenu évidemment prévisible pour le débiteur lors de son manquement contractuel ou de la rupture du contrat, il ne sera pas juste de pas indemniser ce préjudice prévisible, pour la seule raison qu'il n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat.

³⁹⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited "SPP Ltd" c. La République Arabe d'Egypte, CIRDI*, affaire précitée N° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992 (soulignée par nous), citée par Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, LGDJ, EJA, Paris, 1992, *op. cit.*, p. 181.

³⁹⁹ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, n° 246. Notant que dans les mêmes textes issus des instruments internationaux de droit uniforme constatant la prévisibilité du préjudice se trouve la mention de l'appréciation au moment de la conclusion du contrat : v. art. 74 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ; art. 9 :503 des Principes du droit européen des contrats ; art. 7.4.4 des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international.

271. – Vision Critique. – De ce fait, il nous paraît plus précis, au sens juridique, d’employer le terme « à partir du moment de la conclusion du contrat » au lieu de celui « au moment de la conclusion du contrat », afin de pouvoir indemniser tout préjudice véritablement prévisible. Ainsi, une marge de pouvoir discrétionnaire des arbitres existera pour décider sur le moment le plus approprié à retenir, à compter de la conclusion du contrat.

En ce stade, il est utile de noter qu’il est déjà établi le fait que le caractère prévisible du préjudice est soumis, surtout, à l’appréciation souveraine des arbitres en tant qu’élément de fait. De même, il est constant, dans la jurisprudence, que la prévisibilité des dommages-intérêts relève d’une question de fait, de sorte que « les juges apprécient souverainement cette connaissance »⁴⁰⁰.

272. – L’appréciation de prévisibilité eu égard à la nature du préjudice et non pas à son étendue. – Afin d’indemniser le préjudice prévisible, il faut distinguer entre la nature du préjudice et son étendue. L’appréciation du préjudice se fait en vérifiant sa nature prévisible, alors qu’une telle appréciation ne dépend pas de son étendue. L’affaire *Amco Asia* en fait un exemple en affirmant que le caractère prévisible est relatif à la nature du préjudice et non pas à son étendue⁴⁰¹.

L’illustration précédente met en exergue l’importance de l’effet du caractère prévisible du préjudice sur l’indemnisation due et appréciée par les arbitres, telle que la prévisibilité du préjudice a pour conséquences de ne pas prendre en compte toutes les dimensions de la perte subie par la partie lésée, et par la suite, d’influencer parfois négativement sur le *quantum* de l’indemnisation réclamée par la partie lésée.

⁴⁰⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, *Thémis*, Paris PUF, 3^e éd., 2012, *op. cit.*, pp. 682-683.

⁴⁰¹ *YBCA*, 1992, p. 99 (extrait de la version anglaise) : « *the principle of foreseeability does not require that the party causing the loss at that moment of time able to foresee the precede quantum of the loss actually sustained* ».

2. La référence adoptée pour la détermination de la prévisibilité du préjudice

273. – La jurisprudence arbitrale a reconnu la mise en place d'une référence objective, basée sur le concept du raisonnable, pour la détermination de la prévisibilité du préjudice (a). Toutefois, des nuances sur l'application de cette référence objective peuvent être relevées (b).

a. La mise en place d'une référence objective

274. – **La détermination du caractère prévisible par les arbitres : la mise en place de la référence du raisonnable.** – Les arbitres mesurent la prévisibilité du préjudice, en principe, selon la volonté exprimée par les parties dans le cadre de leur relation contractuelle. L'appréciation s'établit ainsi sur une référence objective qui se traduit dans les attentes raisonnables des parties contractantes, ce qui amène les arbitres à chercher celles que les parties ont prévus ou auraient pu raisonnablement prévoir. La sentence *CCI* n° 4237/1984 illustre cette solution en décidant, en l'espèce, que l'acheteur n'avait pas le droit de réclamer des indemnités pour les droits de douane puisque dans la plupart des systèmes juridiques internes ces droits ne peuvent être l'objet d'indemnisation qu'après l'importation de la marchandise. En cela, le vendeur ne sera pas tenu d'indemniser l'acheteur sur cette base vu qu'il n'aurait pas pu raisonnablement prévoir les préjudices qui en découleraient⁴⁰². Le montant de l'indemnisation réclamé à cet égard n'a ainsi pas été accordé par le Tribunal.

Dans la même logique, d'après le concept de prévisibilité, l'indemnisation de la violation commise dans le cadre des dispositions contractuelles doit être allouée par rapport au préjudice qui aurait pu être raisonnablement considéré comme naturel, ou celui qui aurait pu être raisonnablement attendu par les contractants au moment de la conclusion du contrat⁴⁰³.

⁴⁰² Sentence *CCI* n° 4237/1984, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 167 ; *YBCA*, 1985, p. 52.

⁴⁰³ S. Jarvin et Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *Kluwer* 1990, p. 282.

275. – L’efficacité de la référence objective adoptée. – La référence aux attentes raisonnables des parties se caractérise par une certaine souplesse qui a pour effet de permettre aux arbitres d’agir avec liberté dans l’appréciation juridique des différents cas de litiges⁴⁰⁴. Par contre, cette souplesse a aussi pour effet d’octroyer aux arbitres une liberté étendue, ce qui peut engendrer des solutions diverses et une incohérence dans les sentences rendues sur des affaires similaires. Ce qui peut conduire à des conséquences différentes que celles visées vu que cette grande liberté d’appréciation de la prévisibilité raisonnable peut avoir un effet inverse, qui est de rendre le raisonnable ainsi de nature imprévisible⁴⁰⁵.

En somme, cette référence objective adoptée a fait la preuve d’une application adéquate afin d’apprécier la prévisibilité du préjudice. Il n’est alors pas surprenant d’observer sa consécration par les instruments internationaux.

276. – La consécration de la référence objective par les instruments internationaux.
– La prise en compte d’une référence objective afin de déterminer la prévisibilité d’un préjudice a bien été ancrée par les dispositions diverses dans les différents instruments internationaux du droit uniforme. Les Principes d’*Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international n’ont pas manqué d’invoquer expressément une telle référence, ainsi que les Principes du droit européen des contrats dans des termes identiques aux articles 7.4.4 et 9 :503 respectifs, en disposant que le débiteur n’est responsable que des préjudices qu’il a prévus ou aurait pu raisonnablement prévoir.

La Convention de Vienne, sur la vente internationale de marchandises, en fait aussi un exemple, bien qu’elle n’ait pas invoqué expressément dans ses dispositions le terme de « raisonnable ». L’article 74 de ladite Convention aborde le préjudice que la partie en défaut « avait prévu ou aurait dû prévoir ». Nous relevons tout même que la position juridique adoptée par la Convention consacre une appréciation toujours objective, afin de déterminer le caractère prévisible du préjudice. Le fait de préciser que le préjudice indemnisable est ce qui a été prévu ou aurait pu être prévu par le débiteur ne peut pas, en tout cas, être hors le cadre du

⁴⁰⁴ Guillaume Weisberg, *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse, dir. Dominique Bureau, Paris II, 2003, n° 357.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, n° 463.

comportement de la personne diligente. Or, le préjudice indemnisable doit être ainsi, d'une manière sous-entendue, raisonnablement prévu⁴⁰⁶.

b. Nuances sur l'application de la référence objective

277. – A cette occasion, on peut soulever le cas du statut professionnel du débiteur (i), et l'appréciation *in concreto* exercée par les arbitres (ii).

i. Le statut professionnel du débiteur

278. – **Le statut professionnel du débiteur ; un indice du caractère prévisible du préjudice.** – Dans le cadre de l'affaire *Society of Maritime Arbitrators* n° 2561⁴⁰⁷, le demandeur non satisfait a intenté un recours d'annulation contre la sentence auprès du Tribunal fédéral de New York, ce qui a abouti à un arrêt de rejet le 18 octobre 1989⁴⁰⁸. D'après ce dernier, il n'est pas concevable qu'une entité sophistiquée, tel que le propriétaire en l'espèce, n'ait pas pu prévoir que la violation d'un accord d'affrètement conduirait à des préjudices importants pour un autre commerçant. Ce qui doit être prévisible, ce n'est que le fait que la perte se produirait si la violation s'était produite. Donc, il n'est pas nécessaire que l'infraction elle-même, ou la manière particulière dont la perte est née, soit prévisible⁴⁰⁹.

En fait, l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international se mesure par rapport au préjudice qu'un opérateur professionnel aurait pu prévoir. De ce fait, on peut déduire l'aspect d'une appréciation concrète dans le cas où une des parties au litige a la qualité de

⁴⁰⁶ V. sur le même point, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 251.

⁴⁰⁷ Sentence *Society of Maritime Arbitrators*, n° 2561, 1989, précitée.

⁴⁰⁸ V. *Sigmoil Resources NV (charterer) c. Burmpac Transport and Trading co. (owner), Related Judicial Proceedings - United States District Court, Southern District of New York*, 18 October 1989 in *Albert Jan van den Berg (éd.), Yearbook Commercial Arbitration 1990*, Vol. XV, p. 114.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, selon les énoncés de l'arrêt (dans la version originale en anglais) “*it's not unconceivable that a sophisticated entity such as (owner) could have foreseen that's its breach of a charter party agreement would result in substantial damages to another trade selling in a declining market... What must be foreseeable is only that the loss would result if the breach occurred. There is no requirement that the breach itself or the particular way that the loss come about is foreseeable*”.

professionnelle⁴¹⁰. Là, l'appréciation du caractère prévisible prendrait une dimension plus exigeante envers l'opérateur professionnel. Dès lors, il s'avère important de relever, à ce stade, la position retenue dans l'arbitrage international, depuis longtemps, en faveur de la prise en compte d'une présomption de compétence professionnelle.

Par ce fait, les arbitres appliquent un des grands principes de la *lex mercatoria* consistant dans la mise en œuvre de la présomption de compétence professionnelle incombant aux agents de commerce international⁴¹¹. De même qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'invocation du fait de l'ignorance de leurs obligations⁴¹². Ceci explique le recours des Tribunaux arbitraux à cette présomption, à plusieurs reprises, afin de ne pas indemniser les préjudices imprévisibles⁴¹³.

ii. L'appréciation in concreto exercée par les arbitres

279. – Outre l'aspect de professionnalisme qui permet aux arbitres de procéder à la détermination du préjudice plus concrètement en prenant en compte la présomption de la compétence de l'opérateur commercial, il faut relever le fait que les arbitres, même en adoptant une appréciation *in abstracto*, sont tenus de déterminer les préjudices indemnissables au cas par cas en respectant les particularités des faits relatifs à chaque litige.

280. – En ce sens, les arbitres prennent soin de prendre en compte toutes les informations dont disposait le débiteur au moment de la formation du contrat qui lui permettront d'être au courant des risques qui découleraient de son manquement à ses obligations. Dans la sentence CCI n° 7197, le Tribunal arbitral a condamné les défendeurs à verser les frais de stockage de la marchandise en considérant que le préjudice, en l'espèce, était prévisible du fait qu'ils étaient au courant « que la demanderesse avait déjà terminé la fabrication des marchandises et qu'elles devaient être mises à la disposition et livrées quatre semaines après l'ouverture du crédit

⁴¹⁰ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Thèse précitée, 2009, *op. cit.*, n° 252.

⁴¹¹ Sentence CCI n° 5953, 1989, *JDI*, 1990, p. 1056 ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 437.

⁴¹² Sentence CCI n° 2404, 1975, précitée.

⁴¹³ Sentences CCI n° 1512/1971, *Indian company c. Pakistani bank*, *YBCA* 1976, Vol. I, pp. 128-129 ; Sentence CCI n° 2216/1974, *JDI*, 1975, p. 917, obs. Y. Derains ; Sentence précitée n° 2404/1975 ; 5617, 1989 ; Sentence précitée n° 5953/1989 ; V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, n° 61.

documentaire »⁴¹⁴. La même démarche juridique a été suivie par les arbitres, dans la sentence n°2561 rendue dans l'affaire *Society of Maritime Arbitrators*, en décidant que le défendeur devait verser des dommages-intérêts, vu que le préjudice était considéré comme prévisible selon l'étude des circonstances en l'espèce, lui permettant de connaître les risques pouvant découler de son inexécution de la charte-partie⁴¹⁵.

281. – La solution est toujours identique en matière d'investissement. Le Tribunal *ad hoc* dans la sentence *Aminoil* avait examiné le sujet de la détermination des dommages-intérêts en constatant que cette question fait toujours l'objet d'une difficulté technique qui s'accroît en matière d'investissement étranger et d'opérations économiques complexes. Afin d'évaluer le montant de l'indemnisation due, le Tribunal a procédé à un examen concret au regard des propres circonstances de l'espèce, plutôt que de recourir à des éléments abstraits⁴¹⁶.

282. – Conclusion. – On peut conclure ainsi de l'illustration précédente sur la détermination du caractère prévisible afin d'indemniser les préjudices que les arbitres procèdent toujours à une appréciation objective. En dépit de cette appréciation objective, les arbitres doivent procéder à un examen concret suivant les circonstances de chaque cas. Ce qui nous amène à plutôt confirmer, à ce propos, la référence à ce qu'on appelle les « prévisions légitimes » des parties⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Sentence *CCI* n° 7197, 1992, *JDI*, 1993, pp. 1029 et s., spéc. p. 1034, obs. D. Hascher.

⁴¹⁵ Sentence *Society of Maritime Arbitrators*, n° 2561, 1989, précitée.

⁴¹⁶ Sentence *ad hoc*, *Aminoil* c. Koweït, rendue le 24 mars 1982, Geneviève Burdeau, *Droit international et contrats d'Etat*, *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, 1982, Vol 28, n° 28, pp. 469-470.

⁴¹⁷ *Ibid.*, dans le même sens, l'auteur était d'avis que l'évaluation du préjudice s'effectue par référence aux « prévisions légitimes » des parties.

CONCLUSION DU CHAPITRE

283. – L’aspect économique de l’exigence du préjudice pour l’allocation d’indemnisation. – Le préjudice subi par la partie lésée constitue un facteur essentiel devant être pris en considération par les arbitres dans le cadre de l’allocation des dommages-intérêts. On a tenté de mettre la lumière sur d’autres fondements juridiques qui pourraient jouer un rôle alternatif à la survenance du préjudice, pour l’indemnisation de la partie lésée par les arbitres. Ainsi, la controverse sur le fait de l’inexécution contractuelle a été relevée en tant que fondement juridique suffisamment établi pour l’allocation d’indemnisation, et même encore, en ce qui concerne le principe de l’attente légitime des parties. On peut déduire de cette illustration que la question se confine surtout à l’élément de preuve exigé. Autrement dit, la justification de l’indemnisation sur la base de l’inexécution contractuelle ou la violation des attentes légitimes des parties reflète simplement la présupposition de la survenance du préjudice dans ces deux hypothèses. Dès lors, le préjudice reste ainsi un facteur essentiel d’indemnisation sans alternatif dans la jurisprudence arbitrale. A cela, nous soulignons l’aspect économique de cette position adoptée par les arbitres, vu que c’est l’intérêt du marché du commerce international qui est visé par l’indemnisation des intérêts lésés, sans regard à la violation du droit commise par l’une des parties en causant une perte de ce droit pour son cocontractant.

284. – L’impact de la certitude du préjudice sur le principe de l’indemnisation intégrale. – Le préjudice indemnisable doit satisfaire les caractères certains et prévisibles. Comme exposé, le caractère certain s’évalue par les arbitres avec souplesse. Cette tendance reflète une solution pratique dans l’évaluation du préjudice, et notamment, permet l’indemnisation du préjudice pour lequel une vraie probabilité est établie. Notons, ici, qu’en ouvrant la porte vers l’indemnisation du préjudice probable, même avec l’existence des références objectives afin d’ajuster la probabilité avec un préjudice réel, cette solution susciterait l’indemnisation du préjudice toujours incertain. Fait qui se répercuterait sur l’exact respect du principe de l’indemnisation intégrale du préjudice proprement dit.

285. – L’impact de la prévisibilité du préjudice sur le principe de l’indemnisation intégrale. – Rappelons-le, le principe général qui préoccupe les arbitres en matière d’indemnisation, tant dans l’arbitrage d’investissement que dans l’arbitrage commercial basé sur un contrat, est celui de l’indemnisation intégrale des préjudices. La finalité d’un tel principe est de rétablir la partie lésée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l’engagement juridique conclu avec son cocontractant avait été régulièrement exécuté. Toutefois, la même jurisprudence arbitrale se heurte dans l’application dudit principe avec l’autre principe qui exige l’indemnisation du seul préjudice prévisible. Ce qui peut constituer une brèche vers l’interrogation et la mise en cause de la vraie application du principe de l’indemnisation intégrale du préjudice⁴¹⁸. Toutefois, il n’est pas judicieux d’aller jusqu’à constater l’incompatibilité du principe de prévisibilité avec l’indemnisation intégrale du préjudice. Mais il est plutôt juste et raisonnable, en tenant compte de tout ce qui précède, d’aborder le terme de l’indemnisation « adéquate » du préjudice.

⁴¹⁸ Fabrice Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, pp. 43-44.

CONCLUSION DU TITRE I

286. – L'étude des facteurs essentiels d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international représente un stade inéluctable pendant lequel les arbitres peuvent procéder à l'évaluation des indemnités dues. L'identification des faits générateurs d'indemnités aura, certes, un impact sur le montant final de la réparation. Dans ce contexte, on aperçoit une interprétation large par les arbitres internationaux concernant les faits générateurs d'indemnisation, notamment en matière d'arbitrage d'investissement. Plus particulièrement, une telle interprétation s'avère clairement dans les deux standards, les plus réputés en la matière, du traitement juste et équitable et de l'expropriation.

287. – L'inquiétude juridique à relever à ce stade consiste dans le risque de l'allocation des dommages-intérêts supérieurs au préjudice réellement subi. La justification d'un tel risque nous paraît résider, d'une part, dans cette interprétation large des faits générateurs d'indemnisation permettant ainsi l'indemnisation de toute violation minimale, spécialement en matière d'investissement, et d'autre part, dans le large pouvoir discrétionnaire accordé aux arbitres dans ce sens.

288. – Au regard des développements sur le sujet des préjudices indemnifiables, il s'avère que la controverse juridique sur l'exigence ou non du préjudice pour l'allocation d'indemnisation en cas d'une faute établie constitue un défi envers l'indemnisation intégrale dans son sens propre. Même en évinçant cette controverse, en exigeant la survenance d'un préjudice pour procéder à l'allocation d'indemnisation, il nous semble, comme déjà relevé, que le principe de prévisibilité a pour effet de constituer, au moins, un risque vis-à-vis du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Il faut signaler, à ce propos, l'existence d'une doctrine hostile au principe de l'indemnisation intégrale de l'effet du principe de la prévisibilité du préjudice⁴¹⁹. A cet égard, il nous paraît, en tout cas, qu'il s'agit d'une certaine incohérence entre

⁴¹⁹ V. par ex. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodsteint, 1947, p. 404 ; H. Et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, tome III, Vol. I, Paris, Montchrestien, 6^e éd., par F. Chabas, 1983, n° 2391, p. 522.

ces deux principes précités, malgré les critiques adressées contre cette constatation⁴²⁰. Dans le cadre de ces critiques, il a été admis tout même l'existence d'une limite juridique dans le droit français, mais au niveau de l'étendue du préjudice indemnisable et non sur l'étendue de réparation. Il nous paraît qu'une telle distinction reste théorique et sans effet sur le sol pratique. Si on restreint les chefs des préjudices indemnifiables, les indemnités dues seront aussi restreintes, de sorte qu'une indemnité intégrale ne peut pas être effectuée en évinçant certains préjudices effectivement subis par la partie lésée pour la seule raison qu'ils ne pouvaient pas être prévus par son débiteur.

289. – Pour conclure, il apparaît ainsi qu'un risque imminent à l'égard de l'application du principe de l'indemnité intégrale du préjudice réside dans la prise en compte des arbitres internationaux non seulement de l'aspect juridique, mais aussi économique, dans le cadre de l'examen des facteurs essentiels d'indemnité du préjudice.

⁴²⁰ V. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, pp. 111-113.

TITRE II. LES MECANISMES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

290. – L'étude suivie sur les facteurs essentiels d'indemnisation, qui consistait en l'examen des types des préjudices donnant droit à la réparation par les arbitres internationaux, relève en principe d'une question de droit. Alors qu'en ce qui concerne les règles de l'évaluation du préjudice, objet de ce stade de notre étude, il s'agit plutôt d'une question de fait. On trouve cette constatation approuvée tant dans le droit français que le droit anglais⁴²¹. Pourtant, on verra aussi les règles juridiques adoptées par les arbitres afin de calculer le montant du préjudice subi qui ont pour effet d'éviter l'aboutissement à une évaluation arbitraire.

291. – Il est incontestablement constaté que l'indemnisation doit couvrir tous les chefs de préjudices. Dans ce sens, tout un mécanisme juridique est installé afin de procéder à l'évaluation de l'indemnisation due. Une telle hypothèse s'introduit dans la mise en œuvre du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice (Chapitre I). Toutefois, il est important aussi de relever une mise en cause de ce principe (Chapitre II) par le biais de l'exposition du fait de l'allocation de certaines indemnisations spécifiques par les arbitres internationaux.

⁴²¹ V. R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, n° 451, p. 334.

CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

292. – On peut constater que le principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice est mentionné d'une manière générale, dans l'article 1149 du Code civil français⁴²². Ces dispositions emportent expressément l'exigence de l'indemnisation des deux aspects principaux du préjudice, qui sont ceux de la perte éprouvée et du gain manqué. Le droit français, ainsi que les autres systèmes juridiques de *civil law*, s'appuient sur l'idée principale selon laquelle l'indemnisation du préjudice s'effectue par le biais d'une réparation compensatoire en aboutissant à une réparation totale de tous les chefs du préjudice réellement subi en raison du manquement contractuel⁴²³.

293. – Dans le but de mieux illustrer le principe de l'indemnisation intégrale, il est utile de répondre à deux questions pertinentes. D'abord, on doit poser la question de savoir ce qu'on doit indemniser, avant de traiter une seconde question qui est de savoir comment on indemnise le préjudice ? Dès lors, on relèvera, d'une part, les composantes juridiques de l'indemnisation (Section I), et d'autre part, le processus juridique de celle-ci (Section II).

SECTION I. LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE L'INDEMNISATION

294. – L'étude des composantes juridiques de l'indemnisation, dans le cadre de l'application du principe de la réparation intégrale, exige de montrer le champ d'application de l'indemnisation du préjudice (Paragraphe I). Dans ce sens, il est important d'illustrer la couverture de l'indemnisation aux deux aspects complémentaires du préjudice qui sont la perte subie par la partie lésée « *damnum emergens* », et le gain manqué par celle-ci « *lucrum cessans* ». En outre, les dommages-intérêts moratoires constituent d'ailleurs une composante nécessaire de l'indemnisation. En cas de l'inexécution d'une obligation monétaire ou en cas de

⁴²² L'article 1149 du Code civil français dispose que « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».

⁴²³ V. En ce sens, J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd'hui : Comparaison Franco-Anglaises*, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, Paris, 1987, *op. cit.*, p. 279.

retard dans l'exécution de celle-ci, les intérêts moratoires peuvent être considérés, à juste titre, en tant que partie intégrale de l'indemnisation (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

295. – L'indemnisation de la totalité du préjudice subi est une règle incontestablement incarnée dans la jurisprudence arbitrale internationale. On constate que la mise en application de cette règle a pour effet de garantir une indemnisation juste et équitable, ainsi que de maintenir un état de sécurité juridique. Rappelons que le principe juridique transnational traduisant cette règle est celui de l'indemnisation intégrale du préjudice. La mise en jeu de ce principe exige l'indemnisation des deux composantes essentielles du préjudice qui sont la réparation de la perte subie d'un côté et le gain manqué de l'autre côté. Le calcul de l'indemnisation se base ainsi sur le fait de l'allocation d'une réparation équivalente au préjudice réellement subi. Par conséquent, les arbitres ne prennent en compte que la perte nette en évaluant la perte subie par la partie lésée. De même, ils procèdent au calcul du profit net, en évaluant le gain manqué, sans prendre en considération la somme que la partie lésée aurait dû dépenser pour la réalisation de ce gain.

296. – Dès lors, on va exposer dans ce qui suit le principe de l'indemnisation du « *damnum emergens* » et du « *lucrum cessans* » en tant que réflexe optimale du système de l'indemnisation intégrale du préjudice (A). En ce sens, il est important de traiter d'ailleurs la spécificité juridique de l'indemnisation du *lucrum cessans* (B).

A. L'indemnisation du « *damnum emergens* » et du « *lucrum cessans* » : vers une application optimale du système de l'indemnisation intégrale du préjudice

297. – Dans un premier temps, il est important de relever la consécration de ce principe (1). Dans un second temps, on abordera les modes de l'indemnisation intégrale employés dans le système anglo-saxon et la nature de preuve exigée (2).

1. La consécration du principe

298. – On peut trouver une telle consécration tant dans la codification des instruments du droit uniforme (a) que dans la jurisprudence arbitrale internationale (b).

*a. La consécration de l'indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* dans la codification des instruments internationaux du droit uniforme*

299. – Le préjudice, pour qu'il soit indemnisable, doit être susceptible d'une évaluation pécuniaire. Une telle évaluation pécuniaire s'appuie sur l'indemnisation de la perte subie d'un côté, et celle du gain manqué de l'autre. Rappelons que cette illustration est le réflexe du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. L'indemnisation de la perte subie est donc censée dédommager un appauvrissement de la partie lésée dû à un préjudice⁴²⁴, alors que le gain manqué porte sur le fait que le même préjudice a causé une chance d'enrichissement ratée que celle-ci aurait pu légitimement prévoir.

300. – Définition de la perte subie. – On peut relever de la lecture des dispositions des instruments internationaux du droit uniforme, comme par exemple dans l'article 74 de la convention de Vienne et l'article 7.4.2 des Principes *Unidroit* ainsi que ses commentaires, que le concept du *damnum emergens* doit être appliqué avec une interprétation large. Dès lors, l'indemnisation de la perte subie doit prendre en compte la réparation du préjudice survenu dans l'actif de la partie lésée en indemnisant la diminution subie, ainsi que celui produit dans son passif afin de couvrir toutes autres dépenses, effectuées pour le besoin du contrat conclu, qui n'avaient pas été payées par son débiteur.

301. – Définition du gain manqué. – De la même manière, on peut relever que l'indemnisation du gain manqué signifie non seulement le manque à gagner déjà établi, mais aussi celle qui aurait vocation à se produire dans le futur, ou dans un autre sens la perte de chance de réaliser un enrichissement dans le cadre de l'engagement conclu. Ce préjudice

⁴²⁴ V. par ex. un arrêt rendu en ce sens en matière contractuelle, Cass. civ 1^{re}, 25 mars 2003, *Bull. civ.*, I, n° 89, *RTD civ.*, 2003. 505, obs. Jourdain.

économique visé par l'article 1149 du Code civil français a aussi un sens large. Il s'agit ainsi d'une notion imprécise qui pourrait aboutir à une réparation étendue⁴²⁵. Sachant que la réparation du gain manqué joue un rôle complémentaire vis-à-vis de celle de la perte subie. Dès lors, ces deux chefs de préjudices ne peuvent pas porter atteinte « à la même partie du patrimoine »⁴²⁶. Une telle définition est affirmée aussi dans l'article 36 alinéa deuxième de la Commission de droit international dans le cadre de la constatation de l'indemnisation du manque à gagner (« *loss of profits* »). Les Tribunaux arbitraux internationaux, comme on le verra plus tard, recourent souvent à la détermination du manque à gagner dans le cadre de l'appréciation de l'indemnisation due à la partie lésée.

302. – Dans le même ordre d'idée, on peut souligner le fait que la règle de l'indemnisation intégrale, consistant dans la réparation tant de la perte subie que du gain manqué, est considérée comme un principe général de droit et sa mise en application est dotée ainsi d'une valeur transnationale. Par conséquent, il est utile de noter que la mise en jeu de l'indemnisation du gain manqué doit toujours être admise comme une seconde branche évidemment complémentaire de l'indemnisation de la perte subie. Les codifications des instruments internationaux du droit uniforme traduisent expressément cette idée. On peut relever, par exemple, les dispositions de l'article 9 : 502 des Principes du droit européen des contrats⁴²⁷ qui reflètent clairement la nécessité de l'indemnisation du gain manqué comme un support inéluctable de l'indemnisation de la perte subie, afin d'aboutir à une indemnisation intégrale du préjudice subi. Une consécration de la même solution peut être trouvée dans l'article 7.4.2 (1) des Principes d'*Unidroit*⁴²⁸. Les dispositions de l'article précité sont très précises en exigeant une indemnisation intégrale du créancier, ce qui s'avère dans la mention de tenir compte en même temps de tout gain résultant pour celui-ci d'une dépense ou d'une perte évitée. Dans la même

⁴²⁵ Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), Paris I, 2010, p. 35.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 84-87.

⁴²⁷ L'article 9 : 502 des Principes du droit européen des contrats prévoit que : « *Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé* ».

⁴²⁸ L'article 7.4.2 (1) des Principes d'*Unidroit* prévoit que : « *Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée* ».

veine, l'article 74 de la Convention de Vienne⁴²⁹ vient affirmer le même principe à suivre dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation du préjudice.

b. La consécration de l'indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* dans la jurisprudence arbitrale internationale

303. – Bien que ce principe ne soit pas expressément stipulé par les arbitres internationaux dans plusieurs sentences arbitrales, il reste néanmoins souvent appliqué pour l'évaluation de l'indemnisation due dans le but de respecter le principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice⁴³⁰. Il apparaît que l'indemnisation du *damnum emergens* ne pose aucun problème, ainsi que sa mise en application revêt un principe général du commerce international. Par contre, l'indemnisation du *lucrum cessans*, en dépit de sa large reconnaissance dans l'arbitrage international, n'est pas toujours évidente en raison de certaines difficultés pratiques quant à son application. On peut trouver cette constatation dans l'arbitrage commercial international, et notamment dans l'arbitrage transnational d'investissement⁴³¹.

304. – La célèbre affaire *Liamco*, en 1977, a solidement confirmé le principe susmentionné en déclarant expressément la consécration de l'indemnisation de la perte subie, ainsi que celle du manque à gagner dans la majorité de systèmes juridiques internes, en constituant ainsi les deux éléments essentiels de la compensation tant en matières délictuelles que contractuelles⁴³². Cependant, la mise en application de ce principe par les arbitres internationaux s'effectue souvent par référence à la loi applicable au fond du litige. On trouve l'existence d'une telle pratique dans l'arbitrage commercial international⁴³³ comme dans

⁴²⁹ L'article 74 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises prévoit que « *Les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention* ».

⁴³⁰ Borzu Sabahi, *Compensation and restitution in investor-State arbitration – Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011, pp. 45-46.

⁴³¹ V. I. Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux*, *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, Vol. 33, 1987, p. 7 ; V. aussi par ex. la sentence *Amco Asia v. Indonésie* du 5 juin 1990, *YBCA*, 1992, p. 99.

⁴³² V. *YBCA*, Vol. VI, 1981, p. 89 ; *Rev. arb.*, 1981, p. 132.

⁴³³ V. Sentence *CCI* n° 5946/1990, *YBCA*, 1991, p. 97.

l'arbitrage international d'investissement⁴³⁴. Ce qui n'empêche pas d'ailleurs de considérer le principe d'indemnisation des deux aspects du préjudice en tant que règle transnationale.

2. Les modes de l'indemnisation intégrale employés dans le système de *common law* et la nature de preuve exigée

305. – On mettra la lumière, dans un premier temps, sur l'indemnisation de la perte subie et du gain manqué dans le système anglo-saxon (a), et dans un second temps, sur la nature de preuve exigée pour indemniser chacun de ces deux aspects de préjudices (b).

a. L'indemnisation de la perte subie et du gain manqué dans le système anglo-saxon

306. – Les notions de *expectation interest* et de *reliance interest* dans le système juridique de *common law*. – Ces deux concepts juridiques, reconnus de longue date tant en droit anglais qu'américain⁴³⁵, servent aussi comme références de base pour l'indemnisation du préjudice subi en cas d'inexécution de l'engagement juridique conclu entre les parties, et dont une transposition dans le droit français ne sera pas simple⁴³⁶.

307. – L'indemnisation selon le concept de l'intérêt positif. – L'*expectation interest* ou l'intérêt positif signifie l'indemnisation de la partie lésée d'une manière lui permettant de se retrouver dans la situation où elle aurait été si le contrat avait été bien exécuté. Cette méthode d'indemnisation repose alors sur le fait de considérer le contrat comme devant être exécuté, afin d'évaluer les préjudices résultant de l'inexécution subie par la partie lésée. Le but est de permettre à celle-ci d'être indemnisée en considérant tous les gains qu'elle était censée réaliser en conséquence de l'exécution du contrat, ce qui inclut les différents genres de préjudices, pécuniaires ou non-pécuniaires. Des auteurs ont tenté, depuis longtemps, de trouver des

⁴³⁴ V. Par ex. l'affaire du *Plateau des Pyramides*, sentence du 16 février 1983, *Rev. arb.*, 1986, p. 126, Patrick Rambaud, *AFDI*, 1993, Vol. 39, p. 573 ; V. en ce sens aussi l'affaire *SOABI c. la République du Sénégal*, sentences des 4 et 9 février 1988, *JDI (Clunet)*, 1990, p. 201, obs. E. Gaillard.

⁴³⁵ P.-S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, 5^e éd., Oxford, Clarendon, 1995, pp. 444 et s.

⁴³⁶ J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd'hui : Comparaison Franco-Anglaises*, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, Paris, 1987, *op. cit.*, p. 280.

justifications en faveur du recours à l'indemnisation du préjudice selon ce concept d'intérêt positif, parmi lesquelles l'idée soulevant que ce mode d'indemnisation repose sur la notion de sécurité des transactions⁴³⁷ en assurant leurs accomplissements, aussi l'invocation du principe de la responsabilité morale⁴³⁸ en incitant ainsi les agents de commerce à maintenir les engagements conclus.

308. – L'indemnisation selon le concept de l'intérêt négatif. – le *reliance interest* ou l'intérêt négatif signifie de remettre la partie lésée dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas été exécuté. Dès lors, la perspective de ce concept diffère de celui de l'intérêt positif dans le fait qu'il permet une évaluation de l'indemnisation du préjudice sur la base que le contrat n'était pas conclu, et non pas sur celle de la bonne exécution du contrat. Il faut souligner ici que la mise en application de l'une ou l'autre méthode de calcul de l'indemnisation dépend évidemment de celle qui sera la plus profitable à la partie lésée dans chaque cas. Cette méthode de l'intérêt négatif est aussi consacrée depuis longtemps par certains qui l'ont justifié sur la base de la confiance trompée au lieu de celle du maintien des engagements conclus. Dès lors, l'avantage de ce mode d'évaluation de l'indemnisation, selon le concept de l'intérêt négatif, s'avère dans le fait de libérer la partie lésée d'un engagement juridique qui lui était défavorable, en lui permettant de s'acquitter ainsi de ses conséquences néfastes⁴³⁹.

b. La nature de la preuve

309. – La nature de la preuve de l'indemnisation dans chaque cas. – On peut relever que la nature de la preuve exigée pour établir la perte subie (*damnum emergens*) diffère de celle exigée pour l'établissement du manque à gagner (*lucrum cessans*). La preuve de la perte subie est en principe plus altérée que celle du manque à gagner. Dans la première hypothèse, les parties doivent établir le caractère certain⁴⁴⁰ et prévisible⁴⁴¹ du préjudice déjà subi, représentant ainsi le profit non réalisé d'après les attentes légitimes de la partie lésée. Dans la seconde hypothèse,

⁴³⁷ V. Par ex. Fuller and Perdue, *The reliance interest in contract damages*, 1936, *Yale L.J.*, Vol. 46, pp. 57-66.

⁴³⁸ V. Par ex. Fried, *Contract as promise*, Cambridge, Mass. London : *Harvard University Press*, 1981, pp. 17-21.

⁴³⁹ V. en ce sens, J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd'hui : Comparaison Franco-Anglaises*, *op. cit.*, 1987, p. 303.

⁴⁴⁰ Sur le caractère certain du préjudice, v. *supra* n° 207 et s.

⁴⁴¹ Sur le caractère prévisible du préjudice, v. *supra* n° 243 et s.

l'établissement du caractère certain et prévisible porte plutôt sur le préjudice futur, ce qui conduit les arbitres internationaux, ainsi que les juges nationaux du contrôle, à accepter une telle preuve si elle amène à établir une probabilité suffisante du préjudice final⁴⁴². La preuve d'une probabilité forte est ainsi exigée afin d'établir que le préjudice, subi par la partie lésée, a engendré un manque à gagner pour celle-ci, en empêchant des conséquences favorables de se réaliser dans le futur. Dès lors, c'est sur cette base que la partie lésée peut se voir accorder des indemnisations dans cette hypothèse⁴⁴³.

Par conséquent, une des règles essentielles de l'évaluation de l'indemnisation est la séparation entre l'appréciation de la perte subie de celle du manque à gagner. Il ne faut donc pas confondre ces deux aspects du préjudice dans le cadre de l'évaluation des *quantum* de l'indemnisation⁴⁴⁴. La Cour de cassation française, dans un arrêt rendu en 2001, dans le cadre du contrôle d'une sentence arbitrale internationale, a rejeté expressément un argument du pourvoi soumis tendant à introduire l'indemnisation de la perte subie par la partie lésée comme une simple mutation du *quantum* du gain manqué. Selon cet argument « *les arbitres avaient réduit l'indemnisation du gain manqué sollicitée par la société OMI à la perte de chance de retirer un gain de l'opération économique, de sorte que le dommage indemnisé n'est pas de nature différente de celui dont la réparation était sollicitée* ». Le point fondamental de divergence qui a amené la Cour de cassation à refuser cet argument est qu'il faut strictement distinguer entre la perte subie et le manque à gagner dans le cadre de l'évaluation du préjudice, et cela sur la base que cette distinction signifie qu'il s'agit d'une différence de nature et non seulement de degré⁴⁴⁵. Cette distinction s'avère clairement dans la première hypothèse où on indemnise une certitude, alors que dans la deuxième on indemnise une probabilité⁴⁴⁶.

⁴⁴² *Société Top Bagage International c. société Wistar Entreprise Ltd*, C. Cass. 1^{re} Ch. civ., 23 juin 2010, , *Rev. arb.*, 2011, N° 2, p. 464, note Cécile Chainais.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), *Paris I*, 2010, *op. cit.*, pp. 75-82.

⁴⁴⁵ C. Cass. 1^{re} Ch. civ., 29 Juin 2011, *Rev. arb.*, 2011 N° 3, pp. 680 – 681, note Cécile Chainais.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

310. – L’indemnisation de la perte subie ainsi que du gain manqué est souvent relevée par les arbitres internationaux. En ce sens, on peut citer par exemple l’affaire *Biwater*, dont la sentence a été rendue en 2008, qui a prévu expressément l’exigence d’indemniser ces deux aspects essentiels du préjudice⁴⁴⁷. Et dans la même logique juridique, les arbitres peuvent donc prendre en compte le fait du changement des circonstances pour réduire l’indemnisation réclamée en raison de la perte de profits⁴⁴⁸.

B. La spécificité juridique de l’indemnisation du *lucrum cessans*

311. – Malgré l’existence d’une valeur transnationale de l’indemnisation du *lucrum cessans* (1), on peut nonobstant relever des difficultés pratiques relatives à l’indemnisation de ce chef de préjudice (2).

1. La valeur transnationale de l’indemnisation du *lucrum cessans*

312. – Dans ce sens, on peut relever l’application autonome de l’indemnisation du *lucrum cessans* (a), ainsi que sa consécration par les arbitres internationaux en tant que règle de la *lex mercatoria* (b).

⁴⁴⁷ *Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/22, sentence rendue le 24 juillet 2008, publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 4 avril 2013), para. 774 (dans la version anglaise) « *When restitution cannot be made, the State is under an obligation to compensate for the damage caused. Such compensation is to cover “any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established”* ».

⁴⁴⁸ Sentence *CCI* n° 3267/1984, *YBCA*, 1987, pp. 87 et s., Van Houtte Hans, *Changed circumstances and pacta sunt servanda*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC publication N° 480, 4, Paris, 1993, p. 123.

*a. Une application autonome de l'indemnisation du *lucrum cessans**

313. – La pratique de l'allocation d'indemnisation sous le titre du gain manqué. – La sentence *CCI* n° 7180 rendue en 2003 a bien précisé l'exigence de l'indemnisation du manque à gagner. Le Tribunal arbitral a été clair en relevant le fait que la perte d'une chance est en principe indemnisable⁴⁴⁹. Les arbitres internationaux envisagent plus souvent la question de l'évaluation du gain manqué dans l'hypothèse de la violation des clauses contractuelles, voire la résolution du contrat. Dans ce cas, il faut examiner non seulement les pertes subies en conséquence de cet acte juridique, mais aussi les pertes des chances potentielles résultant d'un empêchement d'enrichissement en raison que le contrat n'a pas été bien exécuté⁴⁵⁰. Prenant l'exemple du contrat de distribution, le Tribunal *CCI* dans l'affaire n° 5418, où le droit applicable au fond était le droit hongrois⁴⁵¹, a alloué à un distributeur une indemnisation pour le gain manqué en raison de la résiliation du contrat de distribution en l'espèce. Le demandeur a réclamé, en l'espèce, une indemnisation pour le gain manqué d'une somme de 692 000 livres sterling. Le Tribunal lui a accordé néanmoins, après l'examen des faits, des dommages-intérêts de 500 000 livres sterling. Un arbitre, unique cette fois-ci, dans le cadre d'une autre affaire *CCI* n° 7006⁴⁵², devait examiner l'indemnisation due à la partie lésée dans l'hypothèse d'une résiliation contractuelle, en ayant le droit français comme droit applicable au fond du litige. Une solution similaire a été accordée en l'occurrence en permettant d'indemniser le gain manqué en amont de la perte réellement subie par le créancier. Notons que l'indemnisation du gain manqué doit coïncider avec l'obligation de la partie lésée de minimiser son propre préjudice⁴⁵³. Le non-respect de cette obligation aurait pour effet une répercussion négative sur l'indemnisation du gain manqué⁴⁵⁴. Ce qui rend l'indemnisation de ce dernier moins sûre que l'indemnisation de la perte subie notamment, comme on le verra plus tard dans notre étude, à cause de la large reconnaissance de l'obligation de minimiser le préjudice par la partie lésée tant dans les systèmes

⁴⁴⁹ Sentence *CCI* n° 7180/2003, *Clunet*, 2003, précitée, p. 1140.

⁴⁵⁰ Sur la perte de chance conformément aux dispositions du contrat conclu, v. P. Mayer, *Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international*, Etudes offertes à Pierre Bellet, *Litec*, 1991, p. 120.

⁴⁵¹ Sentence *CCI* n° 5418/1987, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 2, pp. 123 et s.

⁴⁵² Sentence *CCI* n° 7006/1992, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 199.

⁴⁵³ Sur l'obligation de la minimisation du préjudice par la partie lésée, v. *infra* n° 500 et s.

⁴⁵⁴ V. par ex. sentence *CCI* n° 1250/1964, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 1, p. 32.

juridiques de *civil law* que dans ceux de *common law*⁴⁵⁵. En outre, comme l'a relevé la Chambre d'arbitrage maritime de Paris dans la sentence n° 1176, le préjudice du gain manqué ne peut pas être l'objet d'un risque commercial normal et accepté par les parties. Dans ce cas, la demande d'indemnisation du gain manqué doit être rejetée⁴⁵⁶.

314. – L'autonomie de l'indemnisation du *lucrum cessans* par rapport à loi applicable au fond du litige. – D'une part, une large reconnaissance est établie pour le principe d'indemniser le *lucrum cessans* par les différents systèmes juridiques étatiques ainsi que son application constante par les Tribunaux arbitraux internationaux ayant pour effet de conférer à un tel principe une valeur internationale. En outre, une telle reconnaissance est constatée d'ailleurs, comme déjà indiqué, dans les différents instruments internationaux du droit uniforme, comme dans la Convention de Vienne, dans l'article 74, consacrant l'allocation d'une indemnisation intégrale consistant dans celle du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*. La même solution est prescrite dans l'article 7.4.2 des principes d'Unidroit, ainsi que dans l'article 82 de la loi uniforme sur la vente internationale⁴⁵⁷.

D'autre part, le principe en question de l'indemnisation de ces deux aspects principaux du préjudice, qui sont la perte subie et le manque à gagner, représente, comme déjà indiqué, une application optimale du principe général transnational de l'indemnisation intégrale du préjudice. Cet aspect international du principe a été relevé aussi par les arbitres dans l'affaire CCI n° 6281 en 1989⁴⁵⁸ dont le droit applicable au fond était le droit yougoslave. En l'espèce, même si le droit interne applicable permet l'application des deux aspects d'indemnisation susmentionnés, une valeur internationale a été affirmée en faveur d'une telle solution, notamment en relevant la consécration faite par la Convention de Vienne à cet égard⁴⁵⁹. Dans ce sens, on peut citer aussi

⁴⁵⁵ V. par ex. Y. Taniguchi, *The obligation to mitigate damages, in Evaluation of Damages in International Arbitration*, publication de la CCI n° 668, 2006, pp. 79 et s.

⁴⁵⁶ Sentence N° 1176, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 5.

⁴⁵⁷ L'article 82 de la loi uniforme sur la vente internationale, dans le cadre de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964, prévoit que « *Lorsque le contrat n'est pas résolu, les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie (...)* ».

⁴⁵⁸ Sentence CCI n° 6281/1989, *Chunet*, 1989, pp. 1114 et s., spéc. p. 1120.

⁴⁵⁹ V. Hanotiau Bernard, *La Détermination et l'Evaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC publication N° 480, 4, Paris, 1993, pp. 217-218.

l'affaire *Amco*⁴⁶⁰ soutenue sous l'égide du *CIRDI*, dans laquelle le Tribunal a pu déclarer expressément l'appartenance de la règle de l'indemnisation du *lucrum cessans* aux principes généraux du droit, ainsi que de l'exigence d'adopter une interprétation souple à cet égard. Cette constatation était faite dans le cadre de confirmer le respect d'une application stricte de l'indemnisation intégrale du préjudice par le biais de garantir la réparation des deux composants du préjudice, notamment en constatant la nécessité de l'indemnisation du *lucrum cessans* d'une manière autonome, même par rapport au droit applicable au fond du litige.

b. La consécration de l'indemnisation du lucrum cessans par les arbitres internationaux en tant que règle de la lex mercatoria

315. – La valeur internationale de l'indemnisation du gain manqué a été relevée par la doctrine à plusieurs reprises, au moins d'une manière implicite⁴⁶¹. Et cela en s'interrogeant sur l'autonomie du principe de l'indemnisation du gain manqué par rapport au droit applicable au fond, alors qu'une réponse affirmative s'impose, comme illustré plus haut, notamment après la consécration de ce principe par l'article 74 de la Convention de Vienne relative à la vente internationale des marchandises. En effet, on peut souligner le fait que l'indemnisation du gain manqué est devenue indubitablement un composant de la *lex mercatoria*⁴⁶². Cette solution est largement reconnue tant dans le système juridique de *civil law* que dans celui de *common law*⁴⁶³.

316. – Par ailleurs, la jurisprudence arbitrale l'a confirmé d'une manière expresse à plusieurs reprises. Dès lors, on peut trouver des sentences arbitrales qui ont confirmé cette solution en tranchant le litige sur la base des principes d'*Unidroit*⁴⁶⁴. D'autres sentences arbitrales ont adopté la même position en se fondant sur les dispositions de la Convention de

⁴⁶⁰ *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie, CIRDI*, affaire n° ARB/81/1, sentence précitée rendue le 20 novembre 1984, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A Pedone, 2004, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁶¹ V. par ex. B. Hanotiau, *La détermination et l'évaluation du dommage réparable : principes généraux et principes en émergence*, in E. Gaillard (éd.), *Transnational rules in international commercial arbitration*, ICC Publishing, 1993, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁶² V. par ex. sur ce point, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, Litec*, 1996, n° 1492, p. 845.

⁴⁶³ U. Draetta, *Notion de dommages consécutifs dans la pratique du commerce international : fusion des concepts de la Common Law et du droit civil, RDAI*, 1991, p. 494.

⁴⁶⁴ Sentence n° 1795/1996, *Chamber of national and international arbitration of Milan, YBCA*, 1999, p. 196 ; Sentence *CCI* n° 9875/2000, *RDAI*, 2000, p. 1043 ; Sentence *CCI* n° 10422/2001, *JDI*, 2003, p. 1142, obs. E. Jolivet.

Vienne⁴⁶⁵. Même dans le cadre d'un litige arbitral ayant un droit étatique applicable au fond, les Tribunaux arbitraux internationaux ont affirmé la consécration de l'indemnisation du *lucrum cessans* en tant que composante de la *lex mercatoria*, comme par exemple dans des cas où le Tribunal appliquait les droits anglais⁴⁶⁶, américain⁴⁶⁷, belge⁴⁶⁸, hongrois⁴⁶⁹ et chinois⁴⁷⁰. A cela, la consécration de l'indemnisation du *lucrum cessans* est bien établie par les arbitres internationaux, ayant une valeur internationale, voire celle d'une règle de la *lex mercatoria*⁴⁷¹.

317. – En outre, on peut relever l'existence d'une application constante de l'indemnisation du gain manqué, quel que soit le type d'arbitrage international mise en place. Prenant l'exemple de l'affaire *Liamco*, on constate que le Tribunal en l'espèce a toujours reconnu le droit de la partie lésée à une indemnisation intégrale en cas de la résiliation du contrat. L'intégralité d'indemnisation signifie, selon le Tribunal, la réparation tant du gain manqué que de la perte subie, considérant ainsi que l'indemnisation de ces deux aspects de préjudices représente les deux éléments constitutifs de réparation, que ce soit dans le domaine de délits ou dans celui du contrat, notamment pour ce qui concerne la résiliation de celui-ci. En ce qui concerne la perte subie, le Tribunal a condamné le défendeur à payer à *Liamco* une somme de 13 882 667 dollars américains en réparation de la perte d'installations et d'équipement. Et au titre du gain manqué, le Tribunal a accordé à *Liamco* des dommages-intérêts d'une somme de 66 000 000 de dollars américains en tant qu'indemnisation équitable de la perte des droits de concession en l'espèce⁴⁷².

⁴⁶⁵ V. par ex. Sentence CCI n° 7531/1994, *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 6, n° 2, 1995, p. 66 ; Sentence CCI n° 8786/1997, *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 11, n° 2, 2000, p. 71.

⁴⁶⁶ Sentence CCI n° 4237/1984, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 1, p. 167.

⁴⁶⁷ Sentence CCI n° 5946/1990, *YBCA*, 1991, p. 97.

⁴⁶⁸ Sentence CCI n° 6283/1990, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 100.

⁴⁶⁹ Sentence CCI n° 5418/1988, *YBCA*, 1988, p. 91.

⁴⁷⁰ Sentence du 13 juillet 1993, *Stockholm Chamber of Commerce, YBCA*, 1997, p. 197.

⁴⁷¹ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse, LGDJ, 2009, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁷² *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. République de la Libye*, sentence du 12 avril 1977, *Rev. arb.*, 1980, pp. 172 et s., spéc. pp. 184, 191.

318. – Pour conclure, Il apparaît de l’illustration précédente que l’indemnisation du *lucrum cessans* est bien reconnue de longue date dans la jurisprudence arbitrale du commerce international. Ce qui nous conduit à constater incontestablement l’exigence de l’indemnisation des deux composants essentiels du préjudice, consistant dans la réparation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*.

2. Des difficultés pratiques de l’indemnisation du *lucrum cessans*

319. – **L’invocation de quelques difficultés pratiques dans l’évaluation du *lucrum cessans* par les arbitres internationaux.** – D’abord, il est important de souligner que l’évaluation du gain manqué est aussi très compliquée pour les juges du fond dans le système juridique français. Ces derniers disposent d’un pouvoir discrétionnaire important à cet égard, en raison du caractère imprécis du gain manqué⁴⁷³. Le calcul de l’indemnisation du préjudice pour le gain manqué devient plus compliqué dans le cas des contrats à long terme⁴⁷⁴. Une telle difficulté s’explique dans le fait que l’évaluation risque dans ce cas, d’être trop aléatoire vu qu’une appréciation rigoureuse des futures transactions et l’enrichissement que la partie lésée aurait pu réalisée serait pratiquement inaccessible⁴⁷⁵. Dans ce sens, on peut citer, à titre d’exemple, la sentence n° 1195 rendue sous l’égide de la chambre d’arbitrage maritime de Paris. En l’espèce, il s’agissait d’une impossibilité d’exécution de la charte-partie justifiant l’annulation de celle-ci par l’affréteur. Or, cette décision n’était pas exempte de faute. Pourtant, il a été jugé que « l’affréteur doit indemniser le fréteur des dépenses qu’il a pu engager en pure perte mais non pas pour son gain manqué »⁴⁷⁶.

320. – Par ailleurs, l’indemnisation du gain manqué est une notion large, voire floue dans certains cas, qui laisse un pouvoir discrétionnaire remarquable aux arbitres dans la détermination du montant de l’indemnisation due. Dès lors, les arbitres refusent parfois d’indemniser le gain manqué sur la base d’insuffisance de preuve. Dans ce sens, on peut citer la sentence *CCI* n°

⁴⁷³ Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), *Paris I*, 2010, *op. cit.*, pp. 313-320.

⁴⁷⁴ V. Par ex. en ce sens, *Himpurna California Energy Ltd c. PT. PLN (Persero)*, *CNUDCI, Arbitrage ad hoc*, sentence rendue le 4 mai 1999, *YBCA*, XXV, 2000, pp. 13-108.

⁴⁷⁵ Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, *Anthémis*, 2006, p. 324.

⁴⁷⁶ Sentence N° 1195, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, p. 8.

13133 dans laquelle le Tribunal a refusé, pour le même motif, la réclamation du demandeur des dommages-intérêts pour le gain manqué, entre autres, d'une somme de 3 973 864 dollars américains dans le cadre d'inexécution d'un contrat de construction⁴⁷⁷. Par ailleurs, il est important de noter que les bénéfices que la partie lésée aurait pu réaliser, si le contrat avait été correctement exécuté, sont souvent incertains⁴⁷⁸. Toutefois, la pratique arbitrale nous montre à plusieurs reprises le refus d'exclure l'indemnisation du gain manqué malgré la constatation du fait de la difficulté de calculer avec exactitude la somme due à cause du préjudice subi qui en découle. Citons à titre d'exemple l'affaire *Soabi* rendue sous l'égide du *CIRDI* en 1988⁴⁷⁹, dans laquelle le Tribunal examinait une demande des dommages-intérêts en raisonne rupture irrégulière par le gouvernement du Sénégal du contrat de construction conclu avec la société demanderesse. Le Tribunal a pu déclarer en l'espèce qu'il est très difficile de calculer le montant d'indemnisation, avec exactitude, dans un contrat à long terme de construction et de ventes immobilières. Pourtant, il a refusé d'appliquer avec rigidité les règles classiques de l'évaluation d'indemnisation afin de pouvoir indemniser le gain manqué en l'espèce⁴⁸⁰. Rappelons qu'en l'espèce le Tribunal a évalué le montant de l'indemnisation correspondant à la perte de la chance à gagner de la demanderesse d'une somme de 150 000 000 de francs CFA. On peut déduire qu'une telle interprétation signifie qu'il s'agit d'une application souple, par rapport au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, pour ne pas exclure l'indemnisation du *lucrum cessans*. La même position juridique a été adoptée dans une autre affaire *CIRDI*, dans la sentence *MINE*⁴⁸¹, dans laquelle le Tribunal a constaté expressément l'exigence d'évaluer l'indemnisation des profits perdus avec souplesse. Il a conclu ainsi que l'indemnisation du gain manqué ne peut être refusée du simple fait de la difficulté de calculer précisément le *quantum* en l'occurrence⁴⁸². Rappelons aussi dans ce cas que le Tribunal a décidé d'indemniser la demanderesse, au titre du gain manqué résultant de la résiliation du contrat par la république de Guinée, d'une somme de 6 726 497 dollars américains. La même position juridique a été adoptée dans la célèbre affaire

⁴⁷⁷ V. sur le refus de l'indemnisation du gain manqué par les arbitres, la sentence *CCI* n° 13133/2007, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, pp. 139, 145 ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 447 et s.

⁴⁷⁸ V. en ce sens, les commentaires sous l'article 7.4.2 des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international, *Institut international pour l'unification du droit privé*, 2010, pp. 276 et s.

⁴⁷⁹ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*, *CIRDI*, affaire n° ARB/82/1, les 4 et 9 février 1988, *JDI*, 1990, *op. cit.*, p. 193 et s., spéc. p. 201, obs. E. Gaillard.

⁴⁸⁰ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁸¹ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. La République de Guinée*, *CIRDI*, affaire n° ARB/84/4, sentence rendue le 6 janvier 1988, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, p. 139.

⁴⁸² *Ibid.*, *YBCA*, 1989, p. 82.

*SPP*⁴⁸³ lors de l'examen de l'évaluation de l'indemnisation due par le Tribunal en constatant que la difficulté d'apprécier les préjudices avec exactitude ne peut pas justifier la non allocation des dommages-intérêts lorsqu'il s'agit clairement d'une perte relevée. Il apparaît d'ailleurs de cette illustration que les arbitres internationaux évitent d'exclure l'indemnisation du *lucrum cessans* en lui reconnaissant un caractère transnational⁴⁸⁴.

321. – Analyse critique. – Il nous semble que cette position implique une sorte de contradiction avec l'application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, notamment avec la règle de l'indemnisation du seul préjudice réellement subi. Toutefois, une telle position s'avère cohérente avec le concept de l'allocation d'une indemnisation adéquate⁴⁸⁵. Plus particulièrement, dans les cas où un préjudice est certainement subi par la partie lésée, alors qu'il est très compliqué d'apporter une preuve précise et exacte par celle-ci du montant du préjudice subi.

PARAGRAPHE II. LES DOMMAGES-INTERETS MORATOIRES : UNE PARTIE INTEGRALE DE L'INDEMNISATION

322. – Le droit français connaît l'intérêt moratoire en tant que composant de l'indemnisation du préjudice au point qu'il a prévu l'exigence de l'allocation des dommages-intérêts en cas d'inexécution (dommages-intérêts compensatoires) et en cas de retard (dommages-intérêts moratoires) dans un même article, qui est l'article 1147 du Code civil⁴⁸⁶. Dès lors, il s'agit là d'une obligation d'indemniser un préjudice moratoire séparée de celle de paiement d'une créance de somme d'argent⁴⁸⁷. Il est important de distinguer entre les dommages-

⁴⁸³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited "SPP Ltd" c. La République Arabe d'Égypte*, CIRDI, Affaire N° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, YBCA, 1994, p. 51, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit., p. 347.

⁴⁸⁴ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2009, n° 209, op. cit., pp. 140-141.

⁴⁸⁵ V. en ce sens, Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), Paris I, 2010, op. cit., pp. 269 et s.

⁴⁸⁶ L'article 1147 du Code civil dispose que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

⁴⁸⁷ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, Bernard Beignier (dir.), thèse, Paris : LGDJ, 2006, pp. 182 et s.

intérêts moratoires réclamés avant l'issue de la sentence arbitrale, ainsi que toutes décisions judiciaires, et ceux réclamés sur la base d'une sentence déjà rendue allouant des indemnités compensatoires à la partie lésée⁴⁸⁸. L'article 1153 du Code civil français trouve son application dans la première hypothèse, alors que dans la deuxième c'est l'article 1153-1 du même code qui doit être appliqué⁴⁸⁹. Une distinction qui a des répercussions sur l'évaluation de la créance. D'après l'article 1153, les intérêts sont dus à partir du jour de la sommation du paiement, alors que le départ des intérêts, conformément à l'article 1153-1, court à compter du jour du jugement⁴⁹⁰. Notons le caractère vaste des dispositions de l'article 1153-1 qui ont vocation à s'appliquer à toute réparation indemnitaire, que ce soit de nature contractuelle ou quasi délictuelle⁴⁹¹.

323. – Afin d'illustrer le sujet des dommages-intérêts moratoires en tant que composant intégrale de l'indemnisation, on va exposer, d'abord, le régime juridique de ceux-ci (A). Ensuite, on mettra la lumière sur le fait que les intérêts moratoires constituent une limite à l'application de la règle juridique de l'allocation d'indemnisation intégrale au seul préjudice réellement subi par les arbitres (B).

A. Le régime juridique des dommages-intérêts moratoires

324. – Il est important d'étudier, à ce stade, la loi régissant les dommages-intérêts moratoires en matières d'arbitrage international (1), ainsi que de constater la liberté des arbitres dans la fixation de la date de l'effectivité de ces intérêts moratoires (2).

⁴⁸⁸ Philippe Delebecque, *Le point de départ des intérêts moratoires*, *Gazette de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris "C.A.M.P."*, N° 11, 2006, p. 4.

⁴⁸⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, 7^e éd., D. 2011, pp. 119-120, n° 145.

⁴⁹⁰ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, 2006, *op. cit.*, pp. 312-313.

⁴⁹¹ V. Pierre Raoul-Duval, *Intérêts moratoires : vers une remise en cause du pouvoir des arbitres*, *Gaz. Pal.*, Vol. II, N° 2005/3, p. 11.

1. La loi régissant les dommages-intérêts moratoires en matières d'arbitrage internationale

325. – On constate que la majorité de la doctrine, ainsi que la pratique arbitrale, constate l'application de la loi du lieu de l'exécution de la sentence arbitrale "loi du for" sur les dommages-intérêts moratoires (a). Cependant, il est intéressant de relever un aspect critique de cette position juridique (b).

a. L'application de la loi du lieu de l'exécution de la sentence arbitrale "loi du for"

326. – Dans le but de montrer la base juridique sur laquelle les arbitres internationaux peuvent accorder des intérêts moratoires, il est constaté que la loi applicable à cet égard doit être normalement la loi du lieu où la sentence doit être exécutée.

327. – Dans cette logique juridique, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation⁴⁹² française rendue en 2004 dans lequel elle a dû examiner la question des intérêts moratoires dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* d'une sentence arbitrale étrangère. La Cour a rendu un arrêt de rejet contre les pourvois invoqués par le requérant non satisfait de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris⁴⁹³ en 2001 à cet égard. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en constatant que la loi régissant les intérêts moratoires accordés doit être celle du lieu de l'exécution de la sentence. Notant que la Cour a précisé d'ailleurs en l'espèce que les arbitres n'avaient pas statué sur ce point, ainsi qu'ils ne peuvent plus être saisis, et cela en constatant que « s'agissant d'un litige né de l'exécution en France d'une sentence arbitrale déclarée exécutoire, lorsque l'arbitre n'a pas statué et qu'il ne peut plus être saisi, la loi applicable aux intérêts moratoires postérieurs à la sentence, qui s'attachent de plein droit à la décision de condamnation, est la loi de la procédure d'exécution ». Dès lors, la loi du for sera applicable dans le cadre de l'allocation des dommages-intérêts moratoires même s'il s'agissait d'une *lex*

⁴⁹² C. Cass. 1^{re} ch. civ., 30 juin 2004, *ABC International Bank PLC et Inter-Arab investment guarantee corp. (IAIGC) contre Sté BAH recouvrement*, n° 01-10.269 et n° 01-11.718 : *Juris-Data* n° 2005-024344 ; T. Clay, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, Dalloz, *Juris. Générale*, 2004, p. 3185.

⁴⁹³ *C.A. Paris*, 8^e Ch. D, 18 janvier 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 935, note E. Jeuland.

contractus étrangère⁴⁹⁴. Par conséquent, elle a considéré que la Cour d'appel a décidé, à juste titre, l'application du droit français en l'occurrence, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 1153-1 du Code civil dans ce sens⁴⁹⁵, pour décider que la date à partir de laquelle les intérêts moratoires doivent prendre effet est celle de la sentence arbitrale rendue⁴⁹⁶. Dans le même sens, on peut aussi citer un autre arrêt de la Cour de cassation de 2007, celui de l'affaire *Société Banque Delubac*⁴⁹⁷, dans lequel la Cour a rendu un arrêt de rejet pour confirmer la décision rendue par la Cour d'appel qui a considéré que l'article 1153-1 du Code civil est susceptible d'être appliqué à une sentence arbitrale, même si aucune demande n'a été déposée de ce chef. La même solution a été adoptée, plus tard dans la même année, dans un autre arrêt de la Cour de cassation, dans l'affaire *Delsey*⁴⁹⁸, pour confirmer le principe selon lequel, pour tout jugement étranger, y compris évidemment les sentences arbitrales internationales, soumis à une procédure d'*exequatur* en France, les dommages-intérêts moratoires sont censés être accordés conformément à la loi du lieu de l'exécution, aux dispositions de l'article 1153-1 du Code civil français en l'occurrence⁴⁹⁹.

b. Aspect critique de cette position juridique

328. – On verra, dans ce qui suit, cet aspect critique qui consiste en la mise en application de la *lex contractus* (i), ainsi qu'une analyse critique de cette solution juridique (ii).

⁴⁹⁴ V. E. Loquin, *Tribunaux de commerce et arbitrage*, RTD Com. 2005, p. 267 ; J. Béguin, *Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale)*, JCP E, n° 18-19, 5 mai, 2005. 676, pp. 757-758.

⁴⁹⁵ L'article 1153-1 du Code civil dispose que « *En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts moratoires à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement (...)* ».

⁴⁹⁶ V. J. Béguin, *Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale)*, JCP G, n° 17, 27 Avril, 2005, I 134, pp. 781-782.

⁴⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 2007, *Société Banque Delubac*, Rev. arb., 2007, p. 471, note D. Bensaude.

⁴⁹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, *Delsey*, JDI, 2008, p. 537, note S. Bolée.

⁴⁹⁹ V. Romain Dupeyré, *La demande d'intérêts moratoires est une question de fond qui relève de la compétence des arbitres*, Rev. Arb., 2011, N° 2, p. 478.

i. La mise en application de la lex contractus

329. – La solution précitée n'est pas néanmoins à l'écart de controverses juridiques. Malgré son affirmation par certains auteurs⁵⁰⁰, d'autres l'ont critiqué⁵⁰¹. Selon le professeur Libchaber, les dommages-intérêts moratoires résultant du retard de paiement d'une somme d'argent due représentent une obligation accessoire de celle de l'exécution de la créance. Par conséquent, ils doivent être soumis à la même loi régissant cette créance, qui doit être alors la loi applicable au contrat et non pas la loi du lieu d'exécution de la sentence arbitrale⁵⁰². Dans la même veine, un autre avis juridique a pu critiquer expressément la règle de l'application de la loi du lieu de l'exécution aux intérêts moratoires postérieurs à une sentence arbitrale en se prévalant du droit international privé français qui permet la mise en application de la loi du fond aux dommages-intérêts moratoires⁵⁰³.

330. – On peut trouver aussi une approbation de cette solution dans la jurisprudence française. Citons par exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2005, l'affaire *Econosto International*⁵⁰⁴, dans lequel la Cour a adopté une position catégorique en considérant les arbitres ayant dépassé leurs pouvoirs en rendant une sentence allouant des dommages-intérêts moratoires sur la base de l'article 1153-1 du Code civil français. Quoique la solution précitée ait été controversée dans des arrêts plus récents par la Cour de cassation, comme indiqué ci-dessus, on constate que la Cour d'appel, dans un arrêt remarquable en 2011, arrêt *Sytrol*⁵⁰⁵, a pu retenir la même position selon laquelle la condamnation à des dommages-intérêts moratoires doit être soumise à la loi de la *lex contractus*, en tant que question de fond et non pas de forme.

⁵⁰⁰ V. par exemple, Gérard Chabot, *Intérêts moratoires dus sur la condamnation prononcée par une sentence arbitrale*, *JCP E*, n° 51, 16 décembre 2004.1860, pp. 2028-2030.

⁵⁰¹ V. par exemple, *D.* 2004, p. 3185, obs. Th. Clay.

⁵⁰² R. Libchaber, *Intérêts de la créance ou intérêts de la sentence ? La triple difficulté des intérêts moratoires courant en France sur les sentences arbitrales étrangères*, note sous *Cass. Civ. 1^{re}*, 30 juin 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 645.

⁵⁰³ V. Ch. Baude-Texidor, *Les intérêts moratoires postérieurs à la sentence devant l'arbitre et devant le juge*, *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, pp. 2 et s.

⁵⁰⁴ Paris, 1^{re} Civ., 30 juin 2005, *Pilliod c. Société Econosto International Holding*, *Rev. arb.*, 2006, p. 687 et s., spéc. pp. 690-692, note R. Libchaber.

⁵⁰⁵ *C.A. Paris, Pôle 1 Ch. 1*, 3 février 2011, *Département de commercialisation du pétrole "Sytrol" c. SARL Babanapht*, *Rev. arb.*, Vol. 2011, pp. 468-483, spéc. pp. 474-480, note Romain Dupeyré.

331. – Cette solution est le corollaire de la réponse à la question de la nature juridique de la demande des dommages-intérêts moratoires. Il est important de souligner, à ce propos, l'existence d'un débat sur cette question. La controverse porte sur la nature soit procédurale soit substantielle de la réclamation des intérêts moratoires. Dans le cas où cette demande d'indemnisation est considérée comme une question de procédure, la loi applicable doit être la loi du lieu d'exécution ou celle de la procédure arbitrale. Par contre, si une telle demande est traitée en tant que question de fond, il sera plus approprié dans ce cas d'y appliquer la loi de fond ou la *lex contractus*⁵⁰⁶.

332. – Dans l'affaire *Sytrol* de 2011, la Cour d'appel de Paris a fait une contribution courageuse à ce propos en considérant que la demande des intérêts moratoires, basée sur une sentence arbitrale internationale, ressort d'une question de fond et doit être soumise, par conséquent, à la seule compétence des arbitres. Par opposition au courant majoritaire, la Cour a pu justifier sa position en constatant qu'une telle demande est en rapport avec le contrat objet du litige, et qu'elle ressort de la clause compromissoire conclue. Ceci rend indissociable la loi applicable sur les dommages-intérêts moratoires de la loi de fond, qui est celle de la *lex contractus*. Corollairement, la Cour a considéré qu'un tel litige, même s'il s'agit de l'exécution de la sentence arbitrale rendue, relève de la compétence des arbitres en vertu de la nature substantielle de la question des intérêts moratoires. Par conséquent, cette question doit être soumise auprès du Tribunal arbitral du nouveau, et dans le cas d'impossibilité de reporter la question devant un autre Tribunal arbitral⁵⁰⁷.

ii. Analyse critique

333. – Il nous semble plus cohérent de partager la solution de l'arrêt *Sytrol* de 2011 bien qu'elle reste surtout une position étrange par rapport à la pratique courante en la matière. En fait, l'adoption de la position selon laquelle la demande des intérêts moratoires, sur la base d'une sentence arbitrale rendue en tant que question de fond, nous paraît conforme au principe de

⁵⁰⁶ V. en ce sens, Y. Derains, *Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international*, Etudes offertes à Pierre Bellet, *Litec*, 1991, *op. cit.*, pp. 101 et s. ; M. Seccomb, *Les intérêts dans les sentences CCI : introduction et commentaires*, *Bull. Cour CCI*, Vol. 15, n° 1, p. 59 et s.

⁵⁰⁷ Romain Dupeyré, *Rev. arb.*, Vol. 2011, *op. cit.*, pp. 478-479.

l'autonomie de l'arbitrage international et celle de l'arbitre par rapport à toutes les lois de for⁵⁰⁸. En outre, cette solution ayant pour effet de respecter la règle de prévisibilité et permet ainsi une indemnisation intégrale dans le cadre de l'expectation légitime des parties. Dès lors, le calcul de l'indemnisation moratoire ne peut être conforme au principe de prévisibilité que si la loi applicable au fond du litige, qui est dans la plupart des cas la loi choisie par les parties, soit applicable là-dessus pour évaluer le taux d'intérêt approprié, la nature des intérêts que ce soit simples ou multiples et la date à partir de laquelle le taux d'intérêt doit prendre effet. De cette manière, on peut maintenir d'ailleurs une autonomie de procédures d'arbitrage par rapport à l'intervention des juges étatiques, ce qui garantit la crédibilité du processus de l'évaluation des dommages-intérêts moratoires en se répercutant positivement sur les opérations de transactions internationales.

334. – Pourtant, une flexibilité dans la pratique de décider sur la demande des intérêts moratoires sera toujours utile afin de ne pas compliquer les procédures. C'est pourquoi, on peut proposer un compromis entre les deux courants doctrinaux précités en prévoyant que le juge de l'*exequatur* peut toujours voir le contentieux comportant la demande des intérêts moratoires. Sauf que celui-ci doit appliquer les dispositions de la *lex contractus*. Cette solution nous semble logique aussi du fait que les Tribunaux arbitraux *CCI* ont considéré à plusieurs reprises la demande des intérêts moratoires comme un accessoire à la demande principale des dommages-intérêts réclamés⁵⁰⁹. Un tel compromis juridique paraît assez satisfaisant pour maintenir la cohérence et l'autonomie de la procédure arbitrale d'un côté, ainsi que pour éviter une certaine rigidité dans les procédures d'exécution de l'autre côté.

⁵⁰⁸ Sur le fait que l'arbitre international est dépourvu de for, v. par ex. Pierre Raoul-Duval, *Intérêts moratoires : vers une remise en cause du pouvoir des arbitres*, *Gaz. Pal.*, Vol. II, N° 2005/3, *op. cit.*, p. 12 ; v. aussi sur le sujet de l'absence de *lex fori* dans l'arbitrage international : Antoine Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international – Le droit français en question*, Préface Paul Lagarde, *L'Harmattan*, 2006, pp. 265-274.

⁵⁰⁹ V. Par ex. sentences *CCI* n° 10007/2000, 10578/2001 et 11424/2002, *Bull. Cour CCI*, Vol. 17, 2006, n° 2, pp. 79, 82, 101.

2. La liberté des arbitres dans la fixation de la date de l'effectivité des intérêts moratoires

335. – Il est important de noter la reconnaissance d'une grande liberté aux arbitres internationaux de fixer la date à partir de laquelle les intérêts moratoires alloués doivent prendre effet. De tels intérêts visent à indemniser forfaitairement, sur la base d'un taux légal, le retard du débiteur dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent. En principe, si avant la prononciation de la sentence la créance était certaine, liquide et exigible, la date de sommation de payer ou de l'exigibilité de la créance est la solution la plus adoptée dans ce cas par les Tribunaux arbitraux internationaux. Cette solution est celle précisée aussi dans l'article 1153 du Code civil français⁵¹⁰. En cas de silence de la sentence arbitrale sur ce sujet, il sera opportun de se référer à la loi applicable aux intérêts moratoires⁵¹¹.

336. – Dans le cas de demande des dommages-intérêts moratoires basée sur une indemnisation rendue par une sentence arbitrale, on constate que les arbitres sont toujours libres d'indiquer la date de l'effectivité des intérêts moratoires. En principe, la date de l'ordonnance de l'*exequatur* de la sentence est la solution la plus adoptée pour déclencher les intérêts moratoires octroyés. Une telle solution peut être relevée, à titre d'exemple, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 2003⁵¹² qui a été confirmé par la Cour de cassation en 2007⁵¹³. Dans cette l'affaire, le Tribunal arbitral a été saisi de nouveau pour une demande d'interprétation dont un *exequatur* en France avait été octroyé. Dans le cadre de cette demande, le Tribunal examinait une réclamation concernant des dommages-intérêts moratoires soumise par le requérant. A cela, le Tribunal a admis la mise en application de l'article 1153-1 du Code civil français, vu que la réparation allouée est de nature indemnitaire, et que lesdits intérêts doivent prendre effet à partir de la date de l'ordonnance de l'*exequatur*. La Cour d'appel saisie a refusé une demande d'annulation de cette sentence interprétative en déclarant le principe de la liberté des arbitres en considérant qu'ils n'ont pas outrepassé ainsi le cadre de leur mission. Dans un autre arrêt de la

⁵¹⁰ Philippe Delebecque, *Le point de départ des intérêts moratoires*, *Gazette de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris "C.A.M.P."*, N° 11, 2006, *op. cit.*, p. 4.

⁵¹¹ V. J. Ortscheidt, *JCP G (La Semaine Juridique, Edition Générale)*, n° 17, 27 Avril 2005, I 134.

⁵¹² C.A. Paris. 6 novembre 2003, *Caisse Fédérale du Crédit Mutuel du Nord de la France c. Société Banque Delubac*, *Rev. arb.*, 2004, pp. 631 et s., note D. Bensaude.

⁵¹³ Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 2007, *Société Banque Delubac*, *Rev. arb.*, 2007, *op. cit.*, p. 471, note D. Bensaude.

même Cour d'appel en 2004, un arrêt de rejet a été rendu contre une demande d'annulation d'une sentence arbitrale qui a alloué des dommages-intérêts moratoires, dans le cadre de la même sentence cette fois-ci, sur la base de l'article 1153-1 du Code civil, à compter du dépôt de la demande d'arbitrage bien qu'aucune demande n'avait été présentée à cet effet⁵¹⁴. Dans ce sens aussi, un Tribunal arbitral, dans l'affaire *Econosto*, a pu ordonner des dommages-intérêts moratoires suite à l'allocation des indemnités compensatoires sur la base de l'article 1153-1 du Code civil, et cela à compter du moment de la sommation de paiement effectuée par le cessionnaire en l'espèce, date qui remonte à quelques années avant même le prononcé de la sentence. Un arrêt d'annulation a été rendu par la Cour d'appel de Paris en 2005 contre cette sentence⁵¹⁵. Cependant, cet exemple montre toujours la liberté des arbitres quant à la fixation de la date à partir de laquelle les intérêts moratoires prendront effet, vu que l'annulation prononcée s'appuyait sur le refus par la Cour de la référence du Tribunal arbitral à l'article 1153-1, sans qu'aucune demande soit présentée de ce chef, considérant que cette question doit relever de la substance du litige, et donc de la loi de fond (la *lex contractus*), et non pas de forme, pour justifier le recours à la loi du lieu d'exécution de la sentence⁵¹⁶.

B. Les intérêts moratoires en tant que limite à l'application de la règle juridique de l'allocation d'indemnisation au seul préjudice réellement subi par les arbitres

337. – Vu que les intérêts moratoires représentent une indemnisation d'une obligation monétaire inexécutée⁵¹⁷, les arbitres internationaux les accordent normalement de la même manière que l'allocation des dommages-intérêts compensatoires. Autrement dit, les dommages-intérêts moratoires revêtent une fonction indemnitaire dans la réparation du préjudice. Par conséquent, on constate qu'il est établi dans l'arbitrage du commerce international que l'allocation d'une indemnisation compensatoire, notamment dans le cas de la résolution du contrat, peut être complétée par l'allocation d'une autre indemnisation moratoire. Une telle

⁵¹⁴ C.A. Paris. 25 mars 2004, *Fontan Tessaur c. Assabilis France*, *Rev. arb.*, 2004, pp. 671 et s., note J. Ortscheidt.

⁵¹⁵ Paris, 1^{re} Civ., 30 juin 2005, *Pilliod c. Société Econosto International Holding*, *Gaz. Pal.*, 2005/2, p. 45 ; *Rev. arb.*, 2006, *op. cit.*, p. 689, note R. Libchaber.

⁵¹⁶ V. Pierre Raoul-Duval, *Intérêts moratoires : vers une remise en cause du pouvoir des arbitres*, *Gaz. Pal.*, Vol. II, N° 2005/3, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵¹⁷ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, Bernard Beignier (dir.), thèse, Paris : LGDJ, 2006, *op. cit.*, p. 19.

application relève d'un principe général de droit dans l'arbitrage commercial international⁵¹⁸, ce qui permet aux arbitres d'octroyer des dommages-intérêts moratoires dans le cas d'inexécution d'une obligation monétaire, même en dehors de la loi applicable au fond du litige⁵¹⁹.

338. – L'allocation des intérêts moratoires peut représenter néanmoins une limite à l'application littérale de l'indemnisation intégrale du seul préjudice réellement subi⁵²⁰. On peut trouver l'incarnation de cette limite juridique dans la règle de la présomption du préjudice et le caractère forfaitaire de l'indemnisation moratoire (1). Fait qui nous conduit à montrer d'ailleurs la justification de cette règle (2).

1. La règle de la présomption du préjudice et le caractère forfaitaire de l'indemnisation

339. – Par ailleurs, il s'avère que la mise en application des intérêts moratoires constitue une limite à une application littérale du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice, dans le sens où l'allocation des dommages-intérêts n'exige pas l'établissement d'une preuve supplémentaire. Dès lors, la preuve du préjudice se présume par le Tribunal arbitral dans le cas de l'allocation des intérêts moratoires, ce qui atteint à la juste application de la règle de l'indemnisation du seul préjudice réellement subi. Par conséquent, il a été jugé que le seul fait de l'inexécution contractuelle peut suffire à condamner le débiteur à payer une indemnisation forfaitaire. Notons qu'une telle indemnisation est critiquée dans la doctrine sur la base que la fonction indemnitaire des dommages-intérêts moratoires contredit l'allocation d'une indemnisation forfaitaire qui est adéquate, d'ailleurs, dans ce cas⁵²¹. Par contre, le taux des intérêts moratoires peut être fixé de différentes manières selon la loi applicable en la matière, ou s'il est déjà préétabli dans le contrat ou par toute autre manière juridique valable⁵²². Les intérêts moratoires, dont la légitimité s'avère incontestable dans la doctrine, représentent ainsi un régime

⁵¹⁸ V. Par ex. sentence CCI n° 7331/1994, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 592.

⁵¹⁹ Sentence CCI n° 6527/1991, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 185.

⁵²⁰ Fabrice Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 37.

⁵²¹ V. par ex. Y. Derains, *Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international*, Etudes offertes à Pierre Bellet, *Litec*, 1991, *op. cit.*, p. 120.

⁵²² *Ibid.*, pp. 103 et s.

dérogatoire au droit commun. Une telle indemnisation forfaitaire aboutit à un déséquilibre dans la réparation conformément aux règles de la responsabilité contractuelle⁵²³. Malgré la logique juridique des intérêts moratoires qui diffère de celle de l'application, à juste titre, du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, on constate que les arbitres internationaux y recourent systématiquement, de sorte que l'allocation des intérêts moratoires constitue incontestablement un des composants de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international, en présument l'existence du préjudice. Cette solution ne change pas, quel que soit le droit applicable au fond du litige, en raison notamment de la large reconnaissance des intérêts moratoires dans les différents systèmes juridiques⁵²⁴, peu importe même qu'il s'agisse d'un droit étatique⁵²⁵ ou d'un droit transnational⁵²⁶ applicable par les arbitres. L'application constante de ce régime des dommages-intérêts moratoires permet de songer à l'existence d'une vraie limite à la règle de l'indemnisation du seul préjudice réellement subi⁵²⁷.

340. – On constate, par exemple, en droit français, que la disposition de l'article 1153 du Code civil concernant les dommages-intérêts d'une somme de créance préétablie fait preuve de la suffisance de l'établissement d'une présomption de préjudice⁵²⁸. La solution est identique, d'ailleurs, concernant les intérêts moratoires relatifs à un jugement rendu dans le cadre des dispositions de l'article 1153-1 du Code civil. Par ailleurs, on constate que l'allocation des dommages-intérêts moratoires par les arbitres internationaux relève des règles de la *lex mercatoria*. Citons, à titre d'exemple, la sentence CCI n° 7331/1994, dans laquelle le Tribunal arbitral a octroyé à la partie lésée des dommages-intérêts moratoires, en statuant sur les usages et les principes généraux du droit du commerce international, sans exiger aucune preuve

⁵²³ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, Bernard Beignier (dir.), thèse, Paris : LGDJ, 2006, *op. cit.*, pp. 21-23, 66.

⁵²⁴ Les intérêts moratoires sont reconnus dans les différents systèmes juridiques comme par ex. les droits français, allemand, suisse, espagnol. C'est le même cas aussi pour les pays musulmans interdisant la règle d'usure comme en Egypte et en Libye. Par contre, on constate que les intérêts moratoires sont toujours interdits dans les systèmes juridiques saoudien et iranien.

⁵²⁵ V. Par ex. sentence CCI n° 8938/1996, YBCA, 1999, p. 174 ; Sentence CCI n° 6283/1990, *Recueil de sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 100.

⁵²⁶ V. Par ex. sentence CCI n° 9466/1999, YBCA, 2002, p. 170.

⁵²⁷ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2009, *op. cit.*, n° 188-191, pp. 130-131.

⁵²⁸ V. En ce sens, M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, *op. cit.*, p. 70 ; Hubert Groutel, *Droit français*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 111.

supplémentaire de la survenance du préjudice justifiant les intérêts accordés⁵²⁹. Cette solution reflète une pratique courante dans l'arbitrage international consistant dans l'admissibilité de la présomption du préjudice, dans le cadre de l'allocation des intérêts moratoires, en tant que règle transnationale⁵³⁰.

341. – La consécration de la nature forfaitaire des dommages-intérêts moratoires dans la doctrine. – La nature forfaitaire de l'indemnisation, par le biais des intérêts moratoires, est déjà établie de longue date⁵³¹. Domat a pu constater, par exemple, lors d'une importante illustration juridique, cette nature forfaitaire en développant le mécanisme juridique pour indemniser une inexécution d'une obligation monétaire⁵³². On constate aussi qu'une telle constatation est bien illustrée par Pothier qui indique que les préjudices pouvant survenir en raison du retard de l'acquittement d'une somme d'argent peuvent être très variés. Par conséquent, il devient très compliqué de justifier ou de prévoir les dommages-intérêts qui en découlent, ce qui justifie l'allocation d'une indemnisation forfaitaire dans ce cas⁵³³.

2. La justification de la règle

342. – Il est admis que les dommages-intérêts moratoires servent à indemniser le gain manqué, ce qui peut justifier la règle du caractère forfaitaire de l'indemnisation, ainsi que la présomption du préjudice à cause de la difficulté pratique d'établir avec précision un tel préjudice (a). On peut relever d'ailleurs la consécration de cette règle dans les instruments internationaux du droit uniforme (b).

⁵²⁹ Sentence CCI n° 7331/1994, *JDI*, 1995, p. 1001, obs. D. Hascher.

⁵³⁰ V. en ce sens, J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Thèse précitée, pp. 238-239.

⁵³¹ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, Bernard Beignier (dir.), thèse, Paris : LGDJ, 2006, *op. cit.*, p. 24.

⁵³² V. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, Titre V, Section II, in *Œuvre de J. Domat* par M. Carré, Erasme Kleffer, t. IV, 1823, pp. 72 et s.

⁵³³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Œuvres complètes de Pothier* par M. Siffrein, t. I, 1821, n° 170.

a. L'indemnisation du gain manqué par les dommages-intérêts moratoires

343. – Rappelons la fonction indemnitaire des dommages-intérêts moratoires, ce qui indique que, même si l'indemnisation est forfaitaire, cela n'empêche pas de s'interroger sur la nature du préjudice objet de l'indemnisation. Pour répondre à cette question, on peut relever qu'il est constaté que les intérêts moratoires servent plutôt à indemniser le gain manqué⁵³⁴. Ce qui conduit à déduire, à juste titre, la justification de la présomption de la preuve dans ce cas puisque l'établissement du gain manqué revêt normalement d'un caractère très difficile, malgré la certitude, dans plusieurs cas, de la survenance du préjudice.

344. – On peut citer en ce sens la sentence *CCI* n° 5721/1990 qui a constaté expressément que les intérêts moratoires ne sont pas destinés à indemniser le *damnum emergens*⁵³⁵. Dans le même sens, la sentence *CCI* n° 6527/1991 a clairement indiqué que les indemnisations compensatoires octroyées doivent être augmentées par des intérêts moratoires, l'effet du gain manqué subi par la non-utilisation de la somme due à titre principal par la partie lésée vu qu'elle aurait dû la récupérer au temps de la condamnation⁵³⁶. Dans le même ordre d'idée, la sentence *CCI* n° 6653/1993 a été rendue pour confirmer encore que les intérêts moratoires sont destinés à indemniser le gain manqué de la partie lésée, sur la base de ce qu'elle aurait pu réaliser de bénéfiques si la somme d'indemnisation principale lui avait été normalement payée par son débiteur⁵³⁷. Il apparaît de l'illustration des sentences précitées qu'il est généralement admis dans l'arbitrage du commerce international, le rôle d'indemnisation du gain manqué des dommages-intérêts moratoires. Ce qui justifie d'ailleurs la non-exigence d'une preuve, ou plutôt la présomption du préjudice, pour la réparation dans ce cas⁵³⁸.

⁵³⁴ Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), *Paris I*, 2010, *op. cit.*, pp. 414 et s.

⁵³⁵ Sentence *CCI* n° 5721/1990, *Bull. CCI*, 1992, Vol. III, p. 17.

⁵³⁶ Sentence *CCI* n° 6527/1991, *YBCA*, 1993, Vol. XVIII, p. 44.

⁵³⁷ Sentence *CCI* n° 6653/1993, *JDI*, 1993, pp. 1041 et s., obs. J.-J. Arnaldez.

⁵³⁸ Sur l'indemnisation du gain manqué par les intérêts moratoires, v. J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse précitée, pp. 232-236.

345. – L’hypothèse d’une indemnisation moratoire supérieure à la somme de l’indemnisation principale. – Par ailleurs, l’indemnisation du gain manqué par l’allocation des dommages-intérêts moratoires ne dépend en aucun cas du montant de l’indemnisation principale. Cette hypothèse s’illustre notamment dans les cas où les intérêts octroyés par les arbitres peuvent dépasser le montant principal des dommages-intérêts compensatoires alloués. L’affaire *Aminoil*⁵³⁹ en fait un exemple, ce qui indique que l’indemnisation due peut être supérieure au préjudice réel actuellement subi par la partie lésée, comme en cas de retard du paiement de l’indemnisation octroyée, vu que les intérêts moratoires alloués en l’espèce étaient d’une somme de 96 millions de dollars américains pour une indemnisation principale de 83 millions de dollars américains⁵⁴⁰. Ceci montre que le non acquittement de l’indemnisation octroyée engendrerait en effet des préjudices supplémentaires qui doivent être indemnisés par la suite. Dans la même veine, on peut citer la sentence *CCI* n° 5651 dans laquelle le Tribunal a octroyé des dommages-intérêts moratoires de 26 millions de dollars américains pour une somme de créance de 23 millions de dollars américains⁵⁴¹.

b. La consécration de la règle dans les instruments internationaux du droit uniforme

346. – Le droit de l’allocation des dommages-intérêts moratoires est déjà codifié dans les articles des différents instruments internationaux. On trouve par exemple l’article 7.4.9 (1) des principes d’*Unidroit* qui prévoit le droit du débiteur aux dommages-intérêts moratoires pour non-paiement de somme d’argent⁵⁴². La disposition de cet article permet une présomption du préjudice en cas du retard de paiement, ce qui signifie que le préjudice se présume dans ce cas par opposition à la règle de l’indemnisation du seul préjudice réellement subi. En outre, l’article précité prévoit une allocation d’une indemnisation forfaitaire. Dès lors, l’évaluation d’indemnisation s’effectue, conformément aux dispositions de cet article, par une somme forfaitaire qui se traduit par des intérêts de cette somme accumulés entre l’échéance et le

⁵³⁹ *American Independent Oil Company (Aminoil) c. Koweït*, Arbitrage *ad hoc*, 24 mars 1982, *JDI (Clunet)*, 1982, N° 4, pp. 908-909.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, *YBCA*, Vol. IX, 1984, pp. 71 et s.

⁵⁴¹ Sentence *CCI* n° 5651, *KCA Drilling Ltd c. Sonatrach*, citée par J. Ortscheidt, *la réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international*, thèse précitée, p. 221.

⁵⁴² l’article 7.4.9 (1) des principes d’*Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international dispose que « *En cas de non-paiement d’une somme d’argent à l’échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l’échéance et la date du paiement, qu’il y ait ou non exonération* ».

paiement effectif. Les intérêts, dans ce cas, prennent effet à partir du moment de l'échéance du paiement de la somme due, sans regard à aucune règle de mise en demeure⁵⁴³. Dans la même veine, l'article 78 de la Convention de Vienne prévoit expressément le droit de la partie lésée à des dommages-intérêts moratoires dans le cas du retard de paiement⁵⁴⁴. La codification des principes du droit européen des contrats prévoit des dispositions équivalentes dans l'article 4.507 (1) de sorte qu'elle permet aussi l'indemnisation sans l'établissement de la preuve d'un préjudice réellement subi, en considérant que le seul fait du retard dans l'inexécution d'une obligation monétaire exige une réparation monétaire⁵⁴⁵. Dans le même sens, on trouve l'article 3:708 du projet de cadre commun de référence "PCCR" (*Draft Common Frame of Reference "PCCR"*)⁵⁴⁶ qui prévoit une détermination légale en cas de retard de paiement, ce qui emporte un caractère forfaitaire ainsi qu'une présomption du préjudice. De cette illustration exposant la position des instruments du droit uniforme quant à l'allocation des dommages-intérêts moratoires, il apparaît qu'ils « ne peuvent faire l'objet que d'une évaluation forfaitaire légale »⁵⁴⁷.

347. – Ces instruments internationaux de droit uniforme font toujours l'objet des applications par les Tribunaux arbitraux internationaux, y compris la mise en application des règles émises par celles-ci concernant l'allocation des dommages-intérêts moratoires⁵⁴⁸. Citons à titre d'exemple, une sentence *CCI* n° 7153/1992, dans laquelle l'arbitre unique a pu constater la règle de la présomption du préjudice en traitant une demande des intérêts moratoires sur la base de l'article 78 de la Convention de Vienne, en évinçant toute exigence de preuve de préjudice⁵⁴⁹. Dans la même veine, une autre sentence *CCI* n° 7485/1994 a aussi confirmé expressément la non

⁵⁴³ V. Les commentaires sous l'article 7.4.9 des Principes des Nations Unies publiés par l'institut international pour l'unification du droit privé relatifs aux contrats du commerce international, *Unidroit*, 2010, pp. 289 et s.

⁵⁴⁴ L'article 78 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, *New York* 2011, dispose que « Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74 ».

⁵⁴⁵ V. aussi Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, *op. cit.*, 2009, p. 131.

⁵⁴⁶ Article III. — 3 :708 du *DCFR*, concernant les intérêts en cas du retard de paiement.

⁵⁴⁷ Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, *CDPPOC*, 2012, p. 228.

⁵⁴⁸ V. par ex. sentence *CCI* n° 8128/1995, *JDI*, 1996, p. 1024, obs. D. Hascher, Recueil des sentences arbitrales de la *CCI*, Vol. 4, p. 440. Dans cette sentence le Tribunal arbitral examinait la question de l'allocation des intérêts moratoires sous les dispositions de la *CVIM* sauf que la convention ne règle pas la question de taux d'intérêts, la raison pour laquelle le Tribunal s'est référé à cet égard aux principes d'*Unidroit*, dans l'article 7.4.9 (2), et ceux du droit européen des contrats dans l'article 4.507 (1).

⁵⁴⁹ Sentence *CCI* n° 7153/1992, *JDI*, 1992, p. 1005, obs. D. Hascher.

exigence de preuve pour l'allocation des intérêts moratoires. L'arbitre unique en l'espèce statuant sur la base de l'article 78 de la Convention de Vienne a relevé une distinction entre les dommages-intérêts compensatoires et ceux moratoires, en précisant que le retard de paiement d'une somme d'argent due suffit à justifier l'indemnisation du préjudice qui en découlent. Dès lors, les intérêts sont dus dans ce cas du seul retard de paiement⁵⁵⁰.

SECTION II. LE PROCESSUS JURIDIQUE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

348. – Dans le cadre de l'application des règles de l'indemnisation intégrale du préjudice, il est important d'étudier d'abord les formes d'indemnisations retenues par la jurisprudence arbitrale internationale (Paragraphe I). Dans la même sphère, on peut constater que les arbitres, même en appliquant ces règles, recourent parfois à l'allocation d'une indemnisation plutôt adéquate du préjudice, par opposition à une application stricte du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES FORMES D'INDEMNISATIONS RETENUES DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE

349. – Afin de sanctionner le manquement contractuel, on peut soulever la trilogie classique, reconnue tant dans le système juridique de *civil law* que celui de *common law*, consistant dans la réparation à travers l'exécution en nature, la résolution du contrat et l'allocation des dommages-intérêts, en considérant ce dernier mode en tant que réparation compensatoire⁵⁵¹. Nous ne manquerons pas de soulever un autre mode d'indemnisation reconnu par les arbitres internationaux qui est celui de la satisfaction. On réserve le traitement de la satisfaction en tant que mode valable d'indemnisation à l'étude de l'indemnisation morale, où ce mode connaît une pratique arbitrale spéciale méritant d'être relevée à ce stade. Vu que l'étude de la résolution contractuelle sort du cadre de notre étude émanant sur l'évaluation de l'indemnisation due, on exposera dans ce qui suit la possibilité, théorique et pratique, de

⁵⁵⁰ Sentence CCI n° 7585/1994, *JDI*, 1995, p. 1015, obs. Y. Derains.

⁵⁵¹ J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd'hui : Comparaison Franco-Anglaises*, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, Paris, 1987, *op. cit.*, p. 273.

l'indemnisation en nature (A) par les arbitres ainsi que l'indemnisation compensatoire (B), en montrant les règles principales qui les gouvernent.

A. L'indemnisation en nature

350. – Il est utile de relever la consécration de l'indemnisation en nature (1) ainsi que la pratique de celle-ci dans la jurisprudence arbitrale internationale (2).

1. La consécration de l'indemnisation en nature

351. – Le droit français (a) ainsi que les instruments internationaux du droit uniforme (b) consacrent la méthode de l'indemnisation en nature.

a. En droit français

352. – L'indemnisation en nature connaît plusieurs aspects en droit français avec des applications constantes. L'idée générale consiste dans le fait que le créancier a le droit d'obtenir ce qui était prévu en vertu de l'engagement conclu. Cette hypothèse de remise des choses en l'état peut être mise en œuvre par le biais des moyens directs ou indirects.

353. – Le premier cas s'explique dans la procédure de l'exécution forcée inscrite dans l'article 1142 du Code civil⁵⁵² qui ne représente pas une méthode d'indemnisation privilégiée. Par contre, il n'empêche pas de reconnaître le rôle primaire de l'exécution en nature tant qu'elle est possible dans le sens que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible*⁵⁵³ ». Cette réparation en nature est difficilement pratiquée d'ailleurs en domaine d'arbitrage international pour des raisons plutôt

⁵⁵² L'article 1142 du Code civil prévoit que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

⁵⁵³ Cass. Civ. 3^e, 11 mai 2005 : *Bull. Civ. III*, n° 103 ; *JCP* 2005, II, 10152, note Bernheim-Desvaux ; *RTD civ.* 2007, 342, obs. Mestre et Fages.

pratiques relatives aux règles de la reconnaissance et l'exécution de la sentence rendue ainsi qu'aux règles régissant le pouvoir des arbitres.

354. – Le second cas s'explique dans les autres procédés juridiques aboutissant au même effet de remettre le créancier dans la situation où il aurait dû être si le contrat avait été bien exécuté, sans recourir directement à la contrainte physique à l'encontre de son débiteur. Certains moyens indirects de l'indemnisation en nature ne nous paraissent pas tout à fait cohérents avec l'application stricte du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. On peut relever par exemple les clauses pénales qui représentent un moyen de forcer le débiteur de s'acquitter de ses obligations envers le créancier conformément à l'engagement conclu⁵⁵⁴. En outre, il est important de montrer un autre procédé judiciaire pratiqué sous la même sphère, suscitant une controverse juridique quant à sa mise en œuvre, qui est l'astreinte. Elle signifie le pouvoir du juge de fond d'ordonner une injonction, dans le cas où le débiteur s'abstient d'exécuter ses obligations issues du contrat conclu, sous forme monétaire afin de sanctionner le retard d'exécution. Il faut préciser, à ce stade, que l'astreinte se distingue d'ailleurs des dommages-intérêts moratoires par rapport à ce que ces derniers ont un caractère compensatoire, alors que l'astreinte dispose d'un caractère plutôt punitif. Un tel caractère s'avère dans le fait que la somme allouée dans ce cas ne correspond pas au montant réel du préjudice, ainsi que l'indemnisation d'un tel préjudice s'accordent en principe en amont de l'astreinte. De là, on peut relever une certaine incompatibilité avec le principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice qui suppose l'allocation d'une indemnisation qui ne soit ni inférieure, ni supérieure, au préjudice réellement subi⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Le régime juridique des clauses pénales en droit français est inscrit dans les articles 1226 à 1233 du Code civil.

⁵⁵⁵ J. Ghestin, P. Atiyah et autres, *Le contrat aujourd'hui : Comparaison Franco-Anglaises*, op. cit., 1987, pp. 275-276.

b. L'indemnisation en nature dans les instruments internationaux du droit uniforme

355. – La codification de la Commission de droit international “CDI” nous montre la priorité de l’indemnisation en nature dans l’article 36 (1) en disposant que « L’Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d’indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n’est pas réparé par la restitution ». Une indemnisation en nature n’exige pas forcément l’existence d’un préjudice justifiant cette sorte d’exécution forcée de l’obligation contractuelle⁵⁵⁶. Là, réside une différence juridique avec l’indemnisation compensatoire, vu que cette dernière exige la survenance d’un préjudice conformément aux dispositions des différents instruments internationaux du droit uniforme. On peut relever, à titre d’exemple, la réparation par restitution prévue par les Principes *Unidroit*. L’article 7.3.6 des Principes envisage le cas de la résolution contractuelle en donnant droit à la partie lésée de se voir restituer ce qu’elle a fourni afin d’exécuter le contrat objet du litige. Seulement dans le cas où la restitution n’est pas possible ou appropriée, une exécution en valeur peut avoir lieu⁵⁵⁷. Par ailleurs, la réparation par restitution peut différer selon la nature de l’obligation. On peut relever cette position juridique dans les dispositions du projet de cadre commun de référence “PCCR” (*Draft Common Frame of Reference “DCCR”*), dans lequel l’article 3:301 a prévu le cas de la réparation en nature dans l’hypothèse d’une obligation monétaire, alors que l’article 3:302 l’a abordé dans l’hypothèse d’une obligation non-monétaire. La solution dans le cas de l’existence d’une obligation monétaire est claire, prévoyant le droit de la partie lésée à être remboursée s’il s’agit d’une dette d’une somme d’argent exigible. En revanche, la solution sera plus compliquée dans la deuxième hypothèse où il s’agit d’une obligation non-monétaire⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ V. G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, LGDJ*, 3^e éd., 2010, n° 19 et s., pp. 66 et s.

⁵⁵⁷ L’article 7.3.6 des Principes Unidroit prévoit que « 1) Après résolution d’un contrat à exécuter en une seule fois, chaque partie peut demander la restitution de ce qu’elle a fourni en exécution du contrat, pourvu qu’elle procède simultanément à la restitution de ce qu’elle a reçu. 2) Si la restitution en nature s’avère impossible ou n’est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur ».

⁵⁵⁸ V. Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l’harmonisation européenne du droit des contrats, Université de Savoie, CDPPOC*, 2012, *op. cit.*, pp. 221-222.

356. – Par opposition à la responsabilité extracontractuelle, la question se pose toujours sur la possibilité de l'existence d'une réparation en nature en matière contractuelle. Notons que la réparation en nature dans ce dernier cas pourrait être fortement mise en cause, si la prestation à fournir par le débiteur n'est pas celle indiquée dans le contrat. Cependant, la jurisprudence française ne s'avère pas hostile à cette forme de réparation en nature. Par contre, les dispositions des textes et de projet d'harmonisation européenne dans le domaine des contrats ne sont pas en faveur de cette solution, privilégiant l'allocation des dommages-intérêts dans ce cas, en soulevant qu' « il n'a pas été jugé utile de consacrer une modalité de réparation en nature qui se distinguerait de l'exécution en nature »⁵⁵⁹.

2. La pratique dans la jurisprudence arbitrale internationale

357. – **La restitution en tant que mode de réparation primaire relevée par les arbitres.** – Rappelons que le but principal de la réparation de la partie lésée est de la rendre dans la situation où elle aurait dû être si l'engagement conclu avait été bien exécuté. En suivant cette logique juridique, il nous paraît tout à fait justifiable d'introduire la restitution en tant que méthode primaire de réparation. Dans ce sens, on peut citer l'affaire *Biwater*⁵⁶⁰, dont la sentence a été rendue en 2008, dans laquelle le Tribunal a constaté le rôle principal de la restitution et celui subsidiaire de l'indemnisation en relevant d'ailleurs la primauté de ce premier mode de réparation conformément à la codification de la Commission de droit international "CDI" dans l'article 36 alinéa 2⁵⁶¹. Il est utile de souligner que la sentence a employé le terme « obligation » afin de déclarer la responsabilité de l'Etat de réparer les préjudices subis, par le biais de la restitution, à cause de son acte illicite commis, et que l'indemnisation devient une obligation dans le cas où la restitution n'est pas possible.

⁵⁵⁹ Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, CDPPOC, 2012, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁵⁶⁰ *Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/22, sentence rendue le 24 juillet 2008, publiée au site officiel de ITA (consulté le 4 avril 2013), para. 785.

⁵⁶¹ *Ibid.*, para. 774 de la sentence (dans la version anglaise) prévoit que « *The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, to the extent that it is possible or proportionate to do so. When restitution cannot be made, the State is under an obligation to compensate for the damage caused* ».

358. – La difficulté pratique de sa mise en œuvre. – Pourtant, il est vrai que cette méthode de l'indemnisation en nature est rarement appliquée en pratique dans les litiges arbitraux internationaux en vertu de la difficulté de remettre les choses en l'état⁵⁶². En principe, les arbitres internationaux n'envisagent pas de difficultés juridiques pour se déclarer compétents pour prononcer sur la restitution en tant que mode de réparation possible. Un Tribunal arbitral a constaté, dans l'affaire *Micula* lors de la sentence sur la compétence et la recevabilité en 2008, qu'il dispose toujours de la compétence d'ordonner une réparation par le biais de la restitution⁵⁶³. On peut soulever, de la sentence précitée, la base juridique sur laquelle le Tribunal s'est déclaré compétent d'ordonner, dans le cas échéant, la restitution. En effet, il s'agit de deux bases juridiques en la matière. D'un côté, le Tribunal peut relever une telle compétence de la convention *CIRDI* elle-même qui permet aux arbitres d'accorder des réparations du préjudice de nature tant pécuniaire que non-pécuniaire, puisque le but est de rétablir la partie lésée dans la situation où elle aurait due existée avant la survenance de l'acte illicite⁵⁶⁴. De l'autre côté, le *TBI* applicable ne prévoit aucune limite à l'égard du mode de la réparation par restitution⁵⁶⁵. On constate que les *TBI* n'excluent pas expressément, de manière générale, la restitution afin de réparer les préjudices subis par la partie lésée, même dans le cas où ils ne disposent que l'indemnisation compensatoire. Une interprétation utilitaire, dans ce cas, permet toujours la réparation par restitution. L'affaire *Enron*⁵⁶⁶ en 2004 avait adopté la même position juridique. On constate alors le fait que rien n'empêche les arbitres internationaux, en principe, de recourir à la réparation du préjudice en ordonnant la restitution, en tant que solution primaire, s'il est toujours possible.

⁵⁶² V. en ce sens, Martin Endicott, *Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards*, in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux (New aspects of international investment law)*, Philippe Kahn et Thomas W. Wälde, Leiden : Nijhoff, 2007, Ch. 11, pp. 540-541.

⁵⁶³ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie, *CIRDI*, Affaire n° ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, publiée au site officiel du *CIRDI*, para. 166.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, (version anglaise), para. 166 « *Under the ICSID Convention, a tribunal has the power to order pecuniary or non-pecuniary remedies, including restitution, i.e., re-establishing the situation which existed before a wrongful act was committed (...)* ».

⁵⁶⁵ *Ibid.*, para. 167 « *In addition, the Tribunal finds no limitation to its powers to order restitution in the BIT, the instrument on which the consent of the parties is based. While Article 4 of the BIT dealing with expropriation only mentions compensation, it does not rule out restitution. Moreover, the rest of the BIT provisions do not preclude a tribunal from ordering restitution, if and when appropriate, for a violation of other substantive provisions. Article 7 of the BIT contains no further limitations to the Tribunal's powers in that respect* ».

⁵⁶⁶ *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. République de l'Argentine, CIRDI*, Affaire n° ARB/01/3, décision sur la compétence rendue le 14 janvier 2004, publiée au site officiel du *CIRDI*, (consulté le 8 avril 2013), paras. 79 to 81.

En somme, il faut distinguer entre la possibilité de la réparation par le biais de la restitution et la non-appropriation de l'ordonner par les arbitres internationaux dans plusieurs cas dans le cadre de l'examen de l'indemnisation au fond du litige⁵⁶⁷.

B. L'indemnisation compensatoire

359. – On étudiera, d'une part, la mise en œuvre de l'indemnisation compensatoire par les arbitres internationaux (1), et d'autre part, le fonctionnement d'une telle indemnisation (2).

1. La mise en œuvre de l'indemnisation compensatoire par les arbitres internationaux

360. – Il est utile de souligner comment l'indemnisation compensatoire constitue un mode privilégié de réparation (a), avant d'aborder, techniquement, comment le système de *discounted cash flow* peut constituer une méthode appropriée pour l'évaluation de l'indemnisation (b).

a. L'indemnisation compensatoire en tant que mode privilégié de réparation

361. – L'indemnisation pour violation contractuelle est fréquemment effectuée sous forme compensatoire ou pécuniaire. Cette solution apparaît dans la plupart des législations nationales sur les contrats, ainsi que selon la codification des articles de la Commission de droit international "*CDI*"⁵⁶⁸. On peut trouver alors que l'indemnisation compensatoire est le mode de réparation couramment utilisé par les arbitres internationaux. Dans le domaine des litiges arbitraux d'investissement l'importance de la réparation indemnitaires s'accroît en raison de la grande difficulté pratique de remettre les choses en l'état⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ V. Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2008, p. 499.

⁵⁶⁸ V. M. Ball, *Assessing damages in claims by investors against States*, *ICSID Rev.*, Vol. 16, 2001, p. 408.

⁵⁶⁹ Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006, *op. cit.*, p. 323.

362. – Dès lors, une indemnisation pécuniaire sera la bonne solution dans ce cas. L'affaire *National Grid*⁵⁷⁰, dont la sentence a été rendue en 2008, nous montre un exemple fréquent concernant la méthode d'évaluation des *quantum* de l'indemnisation due. En l'espèce, le Tribunal arbitral devait évaluer le montant d'indemnisation dans le cadre du manquement du demandeur de son obligation du traitement juste et équitable, ainsi que de celle de sécuriser et de protéger l'opération d'investissement objet du litige, et cela en prenant en compte l'effet de la situation de la crise économique pendant cette période en Argentine⁵⁷¹. Le choix de la méthode qui devait être employée pour le calcul de l'indemnisation du préjudice n'était pas simple, en raison, notamment, de l'existence de plusieurs méthodes d'évaluation valables. Le Tribunal devait choisir une méthode d'évaluation parmi le « *book value* », « *asset value or replacement cost* », « *comparable transaction value* », « *opinion valuation* » et le « *discounted cash flow "DCF"* »⁵⁷². Il a fait prévaloir l'adoption de cette dernière méthode d'évaluation qui représente l'actualisation des fonds de trésorerie. Cette méthode de calcul ayant pour effet d'aboutir à une évaluation réaliste de la valeur économique de l'opération d'investissement objet du litige, et cela en s'appuyant sur le flux de valeur qu'une telle opération peut générer dans le temps d'une manière opérationnelle⁵⁷³. Sachant que d'après cette méthode de *DCF*, les arbitres internationaux peuvent prendre en considération tant les pertes effectivement subies au moment de la survenance de l'acte illicite que le manque à gagner consistant dans l'atteinte à l'opération d'investissement objet du litige⁵⁷⁴. De cette manière, l'indemnisation du préjudice peut effectivement inclure le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* conformément à l'application classique du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. Ainsi, le Tribunal en l'espèce a pu accorder au demandeur une indemnisation de ces chefs de préjudices d'une somme de 53 592 439,25 dollars américains.

⁵⁷⁰ *National Grid P.L.C. c. Argentine, CNUDCI*, sentence rendue le 3 novembre 2008, (version anglaise) publiée au site officiel de *ITA*, (consulté le 8 avril 2013).

⁵⁷¹ *Ibid.*, para. 274.

⁵⁷² *Ibid.*, para. 275.

⁵⁷³ *Ibid.*, para. 276 « *The DCF method, while not without its drawbacks, has the advantage of realistically assessing the economic value of a going concern by relying on the stream of value that it can generate over its operative life (...)* ».

⁵⁷⁴ F. Latty, *Arbitrage transnational et droit international général, AFDI*, 2008, *op. cit.*, p. 499.

b. Le « discounted cash flow » en tant que méthode appropriée pour l'évaluation de l'indemnisation

363. – En effet, la méthode *DCF* est jugée appropriée pour évaluer la juste valeur du marché « *the fair market value* ». Il est important à souligner, d'après l'illustration précédente, que la bonne application de la méthode de calcul *DCF* exige que l'opération d'investissement, objet du litige, ait une histoire de succès efficace afin de bien évaluer le préjudice réel subi.

364. – Il s'avère clairement que les arbitres internationaux recourent souvent à la méthode du *DCF*, bien qu'elle ne soit pas dotée d'une application générale dans la jurisprudence arbitrale internationale, pour le calcul des dommages-intérêts dus à la partie lésée. On peut en trouver un exemple dans l'affaire *Rumeli*⁵⁷⁵, dont la sentence a été rendue en 2008, dans laquelle le Tribunal a fait prévaloir la méthode de *DCF* dans le cadre de l'évaluation des *quantum* du préjudice subi dans le cas en l'espèce, où il s'agissait d'une expropriation d'actions dans le cadre d'investissement consenti. Afin de justifier le recours à une telle méthode de calcul, le Tribunal a relevé les directives de la Banque mondiale concernant le traitement de l'investissement étranger direct. D'après ces directives, l'indemnisation sera jugée adéquate lorsqu'elle est basée sur la juste valeur du marché du bien exproprié⁵⁷⁶. Il est important de noter que le Tribunal, en l'occurrence, a fait prévaloir les dispositions des directives de la Banque mondiale en se référant à la juste valeur du marché « *fair market value* » pour procéder à l'évaluation du préjudice résultant de l'expropriation établie, et cela malgré que le *TBI* applicable exprime, pour la même fin, l'expression de la valeur réelle du marché « *real value* »⁵⁷⁷. En suivant cette méthodologie de l'évaluation du préjudice, le Tribunal a accordé au demandeur en l'espèce une indemnisation d'une somme de 125 000 000 de dollars américains. Une telle indemnisation a été considérée par le Tribunal comme adéquate pour réparer le préjudice résultant de l'expropriation, et que celle-ci a pour effet de réparer intégralement le préjudice causé par les faits internationalement illicites

⁵⁷⁵ *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, CIRDI, affaire n° ARB/05/16, sentence rendue le 29 juillet 2008, (consulté le 10 avril 2013), publiée au site officiel du CIRDI.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, para. 801 (version anglaise) « *The Tribunal has considered in this connection the World Bank Guidelines on the Treatment of the Foreign Direct Investment, 1992. Guideline IV contains the followings remarks: « “(...) 3. Compensation will be deemed adequate if it is based on the full market value of the taken asset (...)” ».*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, para. 802.

commis par l'Etat contractant⁵⁷⁸. En somme, on peut relever la pratique fréquente de la méthode *DCF* dans l'arbitrage commercial international dans le cadre du calcul de l'indemnisation du préjudice⁵⁷⁹.

365. – On peut déduire aussi le recours des arbitres transnationaux à la méthode de calcul de *DCF* en tant que mode privilégié de l'évaluation d'indemnisation, en prenant en considération la référence au prix du marché dans le cadre de ce processus d'évaluation⁵⁸⁰.

2. Le fonctionnement de l'indemnisation compensatoire

366. – Dans ce cadre, on traitera, dans un premier lieu, la prise en compte de la « valeur du marché » pour la détermination du *quantum* d'indemnisation (a), et dans un second lieu, on verra comment on peut calculer les dommages-intérêts dans le cadre des transactions commerciales internationales (b).

a. La prise en compte de la « valeur du marché » pour la détermination du quantum d'indemnisation

367. – Dans le cadre du processus de l'évaluation du préjudice, les arbitres recourent souvent à l'évaluation du montant de l'indemnisation due par rapport au « prix du marché », qui est une référence bien établie à ce propos tant dans les Traités bilatéraux d'investissement (i) que dans les normes du droit international coutumier (ii).

⁵⁷⁸ *Ibid.*, para. 814.

⁵⁷⁹ V. Seyed Khalil Khalilian, *The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-US claims Tribunal*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 8, N° 1, 1991, p. 31.

⁵⁸⁰ V. F. Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, *AFDI*, 2008, *op. cit.*, p. 500.

i. La référence du « prix du marché » dans les traités bilatéraux d'investissement

368. – La jurisprudence arbitrale a retenu une référence sur laquelle les arbitres peuvent apprécier l'évaluation du préjudice résultant de l'expropriation. A cela, il est bien établi de prendre en considération le prix du marché où le bien avait été pris. Or, le prix du bien dans le marché d'un autre pays où le bien a été exporté, après son expropriation, ne peut pas être pris en considération afin d'évaluer le préjudice causé par l'expropriation⁵⁸¹.

369. – La prise en compte du « prix du marché » par les *TBI*⁵⁸² peut être relevée dans les sentences arbitrales transnationales. Citons, à titre d'exemple, l'affaire *CMS Gas Transmission* en 2005 dans laquelle le Tribunal a reconnu que le recours à la référence du prix du marché, en tant que standard juridique, est la solution la plus appropriée dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation résultant des violations commises contre les investissements étrangers en l'espèce⁵⁸³. La même solution a été adoptée dans la sentence *Santa Elena* par les arbitres afin d'évaluer la valeur du bien exproprié par la République de Costa Rica⁵⁸⁴.

370. – Par ailleurs, la référence du « prix du marché » (ou *market value*) est supposé satisfaire objectivement au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, sauf que son application a pour effet, dans beaucoup de cas, de ne pas indemniser tous les chefs de préjudices selon les réclamations des demandeurs. En effet, il nous paraît que l'allocation des dommages-intérêts conformément à une telle référence, notamment en cas d'expropriation, se base plutôt sur le concept d'une indemnisation adéquate⁵⁸⁵, et non pas intégrale. La règle souvent adoptée par les *TBI* pour l'indemnisation, en cas d'expropriation, est l'allocation des dommages-intérêts

⁵⁸¹ I. Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux*, *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, Vol. 33, 1987, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸² V. Joshua B. Simmons, *Valuation in investor-State arbitration : toward a more exact science*, in John Norton Moore (ed.), *International arbitration, Contemporary issues and innovations, 24th Sokol Colloquium, Vol. 5, Boston : Martinus Nijhoff*, 2013, p. 65.

⁵⁸³ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine*, *CIRDI*, affaire n° ARB/01/8, sentence rendue le 12 mai 2005, publié au site officiel du *CIRDI* (consulté le 11 mai 2013), para. 410.

⁵⁸⁴ *Compania Del Desarrollo De Santa Elena S.A. c. République de Costa Rica*, *CIRDI*, Affaire n° ARB/96/1, sentence rendue le 17 février 2000, (consulté le 11 mai 2013), publié au site officiel du *CIRDI*, para. 90.

⁵⁸⁵ Joshua B. Simmons, *Valuation in investor-State arbitration : toward a more exact science*, 2013, *op. cit.*, p. 65.

prompts, adéquats et effectifs⁵⁸⁶. On peut relever aussi une certaine sévérité dans l'évaluation du montant de l'indemnisation due dans ce cas par les arbitres. Cette hypothèse peut être la conséquence de certaines exagérations dans les demandes des dommages-intérêts soumises devant les arbitres internationaux. Cependant, on en déduit qu'une autre raison juridique est la cause d'une évaluation assez rigoureuse, celle qui réside dans le fait que les arbitres ont plutôt tendance à n'indemniser que les préjudices très probables, sur la base de la valeur du marché. Sachant qu'une telle pratique s'exerce avec le même degré de sévérité tant pour calculer la perte subie que le gain manqué. En outre, la valeur de marché varie normalement selon une marge de gain excepté, qui consiste dans un calcul, dans le cas où l'acte illicite n'avait pas été commis, de profit minimum et maximum. Alors que les Tribunaux arbitraux procèdent à l'évaluation du montant du préjudice selon le montant minimum de gain qui est censé être réalisé. Dans ce sens, on peut citer à titre d'exemple, l'affaire *Middle East Cement*⁵⁸⁷, dont la sentence a été rendue en 2002, dans laquelle le Tribunal a affirmé qu'afin d'évaluer le montant de l'indemnisation due en l'espèce en raison d'une expropriation, il faut déterminer le prix du marché de l'investissement affecté conformément à l'article 4 (c) du *TBI* applicable⁵⁸⁸. Dans le cas de l'espèce, le Tribunal, en prenant en considération la référence du prix du marché dans le processus de l'évaluation, a refusé d'indemniser le gain manqué. Selon le Tribunal, le demandeur doit avoir des attentes légitimes conformément au contrat conclu afin de pouvoir lui accorder une indemnisation supplémentaire pour le manque à gagner. Afin d'ajouter ces attentes légitimes au « prix du marché » de l'investissement, il est nécessaire d'apporter des éléments de preuves concrets de la part du demandeur, justifiant le gain manqué d'après le contrat conclu et les conséquences néfastes qui en découlent⁵⁸⁹. Quant à la perte subie en raison de l'expropriation effectuée, le demandeur a réclamé une compensation d'un montant de 864 500 dollars américains, alors que le Tribunal a évalué le montant de l'indemnisation à seulement 477 718 dollars américains, d'après la valeur du marché, comme indiqué dans le *TBI* applicable.

⁵⁸⁶ Borzu Sabahi, *Compensation and restitution in investor-State arbitration – Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁵⁸⁷ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République Arabe d'Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/99/6, sentence rendue le 12 avril 2002, (consulté le 10 mai 2013), publiée au site officiel du CIRDI.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, para. 104.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, para. 128.

ii. La référence du « prix du marché » dans les normes du droit international coutumier

371. – Dans les commentaires de la *CDI*, dans le cadre de l'article 36, on observe que la référence, sur laquelle l'arbitre peut évaluer l'indemnisation subie, est la valeur équitable du marché (« *fair market value* »). Dès lors, dans le cas du bien perdu, le critère à retenir doit être celui de « la valeur loyale et marchande » du bien exproprié.

372. – Il est important de noter ainsi que le concept de « la valeur loyale et marchande » de bien exproprié est considéré comme référence sur laquelle on peut calculer le *quantum* de l'indemnisation, conformément au droit international coutumier. Une consécration de cette référence peut être trouvée dans les directives de la Banque mondiale pour les investissements étrangers directs, où la notion de l'indemnisation adéquate est relevée. Une telle indemnisation doit être ainsi évaluée sur la base de la valeur loyale et marchande du bien exproprié⁵⁹⁰. Dans la même veine, le Traité sur la Charte d'énergie a consacré la même solution⁵⁹¹, dans l'article 13 (1), en adoptant le concept de « la valeur marchande équitable » dans le cadre de l'indemnisation en cas d'expropriation.

373. – Dans le cadre de l'application des règles de droit international coutumier, les arbitres aussi ont souvent recours à la référence du « prix du marché » dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation due⁵⁹². Citons par exemple l'affaire *ADC Affiliate* en 2006, dans laquelle les arbitres ont considéré qu'il est opportun d'appliquer le standard de *Chorzów Factory*, et d'appliquer ainsi les règles de droit international coutumier, pour apprécier l'indemnisation en l'espèce pour expropriation illégale de l'investissement des investisseurs relatif à l'aéroport international de Budapest-Ferihegy en violation du *TBI* applicable. Et cela en prenant le prix du marché comme référence pour la compensation du bien exproprié⁵⁹³. Le Tribunal a considéré qu'en adoptant cette position avec l'application de la méthode de calcul de *DCF*, expliquée plus

⁵⁹⁰ *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Bird, Washington, 1992, Vol. II, p. 41.

⁵⁹¹ *V. I.L.M.*, Vol. 33, 1994, p. 360.

⁵⁹² V. Borzu Sabahi, *Compensation and restitution in investor-State arbitration – Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁵⁹³ *ADC Affiliate Ltd & ADC&ADMC Management Ltd c. Hongrie*, *CIRDI*, Affaire n° ARB/03/16, sentence rendue le 2 octobre 2006, publiée au site officiel du *CIRDI* (consulté le 11 mai 2013), para. 499.

haut, l'indemnisation allouée aura pour effet de réparer effectivement tous les chefs de préjudices subis par les investisseurs. Sur cette base, le Tribunal a accordé des dommages-intérêts d'une somme de 55 426 973 dollars américains pour *ADC Affiliate* et 20 773 027 dollars américains pour *ADC&ADM Management*⁵⁹⁴.

b. Le calcul des dommages-intérêts dans le cadre des transactions commerciales internationales

374. – On verra, dans ce qui suit, les règles juridiques régissant l'appréciation du préjudice (i), ainsi que la date de l'évaluation du préjudice (ii).

i. Les règles juridiques régissant l'appréciation du préjudice

375. – Le cas du défaut de livraison. – Les arbitres du commerce international recourent souvent à apprécier le préjudice subi dans le cas du défaut de l'opération de livraison, en calculant la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement. Une telle pratique est largement reconnue, on en peut citer un exemple dans l'affaire *CCI* n° 6281 en 1989⁵⁹⁵ qui a appliqué cette solution. Elle est aussi consacrée d'ailleurs dans l'article 75 de la Convention de Vienne⁵⁹⁶ et l'article 85 de la loi uniforme sur la vente⁵⁹⁷. Il ne faut pas oublier, dans le cadre de l'évaluation du préjudice dans cette hypothèse, que la partie lésée doit respecter néanmoins l'obligation de minimiser son propre dommage. Dès lors, une fois cette obligation prise en compte par les arbitres, ils doivent faire référence au prix de remplacement par rapport au prix du contrat initial, un tel prix de l'achat de remplacement signifie celui auquel la partie

⁵⁹⁴ *Ibid.*, para. 521.

⁵⁹⁵ Sentence *CCI* n° 6281/1989, *Clunet*, 1989, pp. 1114 et s.

⁵⁹⁶ L'article 75 de la convention de Vienne sur les contrats de vente internationale des marchandises prévoit que « Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 ».

⁵⁹⁷ L'article 85 de la convention de la loi uniforme sur la vente, dans le cadre de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964, prévoit que « Si l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire d'une manière raisonnable, ils peuvent obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ».

lésée « a pu ou aurait pu se procurer les quantités manquantes »⁵⁹⁸. Cette règle, qui est admise de longue date⁵⁹⁹, reconnaît une application constante dans l'arbitrage commercial international lui permettant d'avoir une application de valeur internationale.

376. – Le cas du refus d'accepter la livraison. – La même solution précitée est admise en cas de refus d'accepter la livraison. Cette consécration est établie dans les mêmes articles 75 de la Convention de Vienne et 85 de la convention portant loi uniforme sur la vente internationale. Par conséquent, on constate que la règle de l'évaluation du préjudice dans ce cas se réfère à la différence entre le prix de vente contractuelle et celui de la vente compensatoire. Dans la même veine, il faut interpréter le prix de vente contractuelle ou "prix de revente" comme le prix « auquel le vendeur a revendu ou aurait pu revendre la marchandise ». On peut relever une illustration de cette solution dans l'affaire *CCI* n° 2216⁶⁰⁰ où une société norvégienne a refusé d'admettre la livraison du pétrole sur la base d'un contrat conclu à cet effet avec l'entreprise vendeuse en raison du défaut dans la livraison conformément audit contrat. Le Tribunal, en l'espèce, dans le cadre du calcul du *quantum* de l'indemnisation due, a estimé qu'un tel refus est considéré en tant que résiliation du contrat en précisant ainsi que le vendeur « aurait dû, dès la résiliation du contrat, déployer tous ses efforts pour vendre le pétrole et diminuer l'ampleur du préjudice. Il fixa en équité la date à laquelle il estimait que le pétrole aurait dû être revendu »⁶⁰¹. Le demandeur en l'espèce a réclamé des dommages-intérêts d'une somme de 10 980 900 dollars américains. Dans le cadre de l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation due, le Tribunal a examiné plusieurs éléments factuels afin d'allouer une indemnisation adéquate et non excessive du préjudice subi. Il a été pris en compte par exemple le fait que le demandeur (l'entreprise vendeuse) a tiré profit d'avoir stocké le pétrole non vendu dont le prix a été augmenté plus tard. Aussi le Tribunal a considéré que la société demanderesse aurait pu trouver une solution alternative pour revendre le pétrole stocké. Les dommages-intérêts accordés en l'espèce ont été ainsi limités à 285 000 dollars américains.

⁵⁹⁸ V. en ce sens, Hanotiau Bernard, *La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC publication N° 480, 4, Paris, 1993, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁹⁹ V. Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 441.

⁶⁰⁰ Sentence *CCI* n° 2216/1974, *Clunet*, 1975, pp. 917 et s.

⁶⁰¹ H. Bernard, *La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, 1993, p. 218.

ii. La date de l'évaluation du préjudice

377. – Il est établi dans l'arbitrage transnational que l'appréciation de l'indemnisation du préjudice s'effectue au moment de l'acte illicite⁶⁰². Une référence est largement faite, en la matière, dans l'arrêt de l'*Usine de Chorzów* qui a traité le sujet des règles de l'indemnisation retenues pour calculer la somme de la compensation due⁶⁰³, ainsi que la question spécifique de la date de l'évaluation du préjudice dans le cas d'expropriation ou de l'atteinte au principe du traitement juste et équitable⁶⁰⁴. Dans la même veine, on constate, qu'en matière de commerce international, la date à retenir pour l'évaluation du préjudice subi est celle prévue par la partie au moment de la conclusion du contrat⁶⁰⁵.

Ainsi, la date à retenir pour l'évaluation du préjudice en cas d'expropriation est celle du moment de l'acte indemnisable. Dès lors, afin d'évaluer le préjudice découlant d'un acte d'expropriation, les arbitres recourent au prix du marché où le bien a été pris en s'appuyant dans cette appréciation au moment de l'acte dommageable⁶⁰⁶. La même solution est d'ailleurs constatée dans les directives de la Banque mondiale concernant les investissements étrangers directs, dans lesquelles il est constaté que le moment de l'évaluation du préjudice doit être celui qui précède immédiatement la survenance de l'expropriation, ou bien le moment où la décision d'expropriation est rendue publique⁶⁰⁷. Une solution identique a été retenue dans le Traité sur la Charte d'énergie, article 13 (1), pour prendre comme référence le moment qui précède la survenance de l'expropriation pour procéder à l'évaluation du préjudice⁶⁰⁸. La même solution est consacrée dans la majorité des *TBI* conclus. Dans le même sens, on peut citer, par exemple, les

⁶⁰² Cette position juridique a été retenue à plusieurs reprises par les arbitres transnationaux, v. Par ex. *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan, CIRDI*, affaire n° ARB/05/16, sentence rendue le 29 juillet 2008, F. Latty, *Arbitrage transnational et droit international général, AFDI, op. cit.*, 2008, p. 500.

⁶⁰³ V. en ce sens, B. Sabahi, *The calculation of damages in international investment law*, in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux (New aspects of international investment law)*, Philippe Kahn et Thomas W. Wälde, 2007, Ch. 12, pp. 563-564.

⁶⁰⁴ M. Abdala/P.T. Spiller, « *Chorzow's standard rejuvenated. Assessing damages in investments Treaty arbitrations* », *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25, N° 1, pp. 103-120.

⁶⁰⁵ V. par ex. l'article 74 de la Convention de Vienne ; l'article 82 de la Convention de la loi uniforme sur la vente internationale en 1964 "*LUVI*".

⁶⁰⁶ I. Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux, Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, Vol. 33, 1987, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰⁷ *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Bird, Washington, 1992, Vol. II, p. 41.

⁶⁰⁸ *I.L.M.*, Vol. 33, 1994, *op. cit.*, p. 360.

prononcés de la sentence de *Middle East Cement* en 2002, dans lesquels le Tribunal a constaté que la compensation pour expropriation doit être évaluée par rapport au prix du marché de l'investissement affecté immédiatement avant l'intervention des actes illicites ou au moment où les mesures illégales commises sont rendues publiques⁶⁰⁹. De même, la sentence *Santa Elena* a considéré la date de l'intervention du gouvernement comme celle de l'évaluation de la valeur du bien exproprié⁶¹⁰. Rappelons que la même solution est aussi retenue dans le cadre de l'application des normes du droit international coutumier par les arbitres, comme par exemple dans la sentence *ADC Affiliate* dans laquelle le Tribunal a confirmé que la date de l'expropriation doit être considérée comme celle de l'évaluation du préjudice⁶¹¹. Il est utile de relever, à ce propos, que le droit international est davantage hostile au fait de l'allocation des dommages-intérêts punitifs dans le cas d'expropriation. Une telle indemnisation s'oppose à la notion de la souveraineté de l'Etat hôte⁶¹².

PARAGRAPHE II. VERS UNE INDEMNISATION ADEQUATE DU PREJUDICE

378. – On peut trouver que les arbitres, même en statuant selon les règles de l'indemnisation intégrale du préjudice, peuvent, dans certains cas, recourir à l'équité dans l'évaluation du *quantum* du préjudice (A). En outre, on constate d'ailleurs que le risque économique encouru par la partie lésée peut avoir un impact important sur l'allocation d'une indemnisation intégrale du préjudice, notamment en cas d'expropriation (B).

⁶⁰⁹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République Arabe d'Egypte*, CIRDI, affaire précitée n° ARB/99/6, sentence rendue le 12 avril 2002, para. 146.

⁶¹⁰ *Compania Del Desarrollo De Santa Elena S.A. c. République de Costa Rica*, CIRDI, affaire précitée n° ARB/96/1, sentence rendue le 17 février 2000, para. 78.

⁶¹¹ *ADC Affiliate Ltd & ADC&ADMC Management Ltd c. Hongrie*, CIRDI, affaire précitée n° ARB/03/16, sentence rendue le 2 octobre 2006, para. 496.

⁶¹² I. Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux*, "AFDI", Vol. 33, 1987, *op. cit.*, p. 16.

A. Le recours à l'équité dans l'évaluation du *quantum* du préjudice

379. – D'abord, il est important de relever une hypothèse réputée où les arbitres peuvent appliquer l'équité dans le cadre de l'évaluation du montant de l'indemnisation due. Par conséquent, on doit répondre à la question suivante : est ce qu'on doit reconnaître aux arbitres internationaux le pouvoir de statuer en équité pour évaluer le préjudice en tant que règle généralement admise, notamment dans le cadre de leur respect du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice ? Sachant que le recours à l'équité par l'arbitre international signifie qu'il n'applique plus des règles de droit proprement dites.

380. – Il est important de souligner d'abord la différence entre les règles de l'équité et l'arbitrage amiable dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation du préjudice. La jurisprudence arbitrale nous montre qu'il faut distinguer entre ces deux règles juridiques de sorte que les arbitres peuvent statuer en équité même sans avoir le pouvoir de voir le litige en tant qu'arbitrage amiable. Par conséquent, rien n'empêche que les arbitres puissent, dans certains cas, statuer en équité sans qu'ils soient considérés comme dépassant leurs pouvoirs⁶¹³. Une telle solution est déjà largement connue dans la pratique arbitrale dans le cadre de l'appréciation du montant de l'indemnisation due⁶¹⁴. Dans cet ordre d'idée, on doit aborder les cas où les arbitres peuvent statuer en équité dans le cadre de l'évaluation du montant de l'indemnisation (1), avant de traiter l'étendue du pouvoir des arbitres internationaux pour statuer en équité (2).

1. Les cas où les arbitres peuvent statuer en équité dans le cadre de l'évaluation du montant de l'indemnisation

381. – **Le cas de l'interprétation objective de la volonté des parties.** – Il s'agit d'une hypothèse classique dans laquelle les arbitres peuvent interpréter la volonté des parties exprimée dans les clauses contractuelles de l'engagement conclu conformément, au cas par cas, aux

⁶¹³ Sentence CCI n° 3093/3100, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, Kluwer 1990, pp. 373-374, S. Jarvin et Y. Derains.

⁶¹⁴ I. Seidl- Hohenveldern, *L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux*, *Annuaire français de droit international "AFDI"*, Vol. 33, 1987, *op. cit.*, p. 27.

changements des circonstances justifiant l'application de certaines clauses de la manière la plus juste et équitable selon le Tribunal arbitral. On peut constater, par exemple, dans le cas du manquement de paiement contre une livraison de marchandises, que les arbitres ont pu interpréter, d'une manière objective évidemment, la clause contractuelle qui permettait, dans le cas de dévaluation du dollar américain, une révision du prix consenti en cas du non-paiement au moment de la dévaluation du dollar. Ils ont considéré, d'après les circonstances de l'espèce et en se basant sur des éléments objectifs, qu'une assimilation sera possible dans ce cas entre la dévaluation et la dépréciation du dollar. Par conséquent, le calcul du montant de l'indemnisation du préjudice en l'occurrence a été ajusté conformément à cette interprétation de la clause contractuelle⁶¹⁵.

382. – Le cas de la difficulté de calculer le montant de l'indemnisation. – Une autre hypothèse conduirait les arbitres internationaux à statuer en équité en évaluant l'indemnisation due quand le calcul du montant de celle-ci s'avère trop compliqué, de sorte que, dans certains cas, il est très difficile de chiffrer d'une manière précise la somme due à la partie lésée pour l'indemniser de ses préjudices subis. Une telle hypothèse peut être envisagée dans plusieurs cas. Les arbitres peuvent se trouver, par exemple, dans une situation où un préjudice est certainement subi par la partie lésée, alors que cette dernière n'a pas suffisamment apporté la preuve d'un tel préjudice⁶¹⁶. Ce qui pourrait conduire les arbitres, même en respectant le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, de procéder à une évaluation globale⁶¹⁷ de l'indemnisation due ou d'allouer un montant forfaitaire⁶¹⁸ afin d'indemniser un préjudice réellement subi. A titre d'exemple, rappelons la sentence *CCI* n° 3131, dans laquelle le Tribunal a été saisi pour statuer sur la demande des dommages-intérêts à cause d'une rupture fautive du contrat. Le demandeur, en l'espèce, a réclamé une réparation de 2 000 000 de francs français. Pourtant, en raison des difficultés pratiques pour chiffrer avec précision l'indemnisation due à cause de l'existence des différents chefs de préjudices, comme la perte de clientèle et l'atteinte à la réputation, le Tribunal a évalué l'indemnisation en équité en allouant au demandeur une

⁶¹⁵ V. Sentences *CCI* n° 3093 et 3100 de 1979, S. Jarvin et Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *op. cit.*, p. 365.

⁶¹⁶ V. par ex. la sentence *CCI* n° 5946/1990, *YBCA*, 1991, p. 97.

⁶¹⁷ V. par ex. la sentence *CCI* n° 3226/1979, S. Jarvin et Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *op. cit.*, p. 374.

⁶¹⁸ V. par ex. la sentence *CCI* n° 3131, *YBCA*, 1984, p. 109 ; Sentence n° 6283/1990, *YBCA*, 1992, p. 178.

réparation d'une somme globale et forfaitaire de 800 000 francs français. Dès lors, il s'avère de cette illustration la possibilité de statuer en équité par les arbitres internationaux, dans certains cas, pour aboutir à bien indemniser des préjudices certainement subis malgré les difficultés pratiques quant à l'évaluation exacte du montant de l'indemnisation⁶¹⁹.

2. L'étendue du pouvoir des arbitres internationaux pour statuer en équité

383. – Afin d'amener jusqu'au bout l'étude sur le rôle de l'équité dans l'évaluation du préjudice, dans le cas de sa mise en application d'office par les arbitres internationaux particulièrement en prenant en considération le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, il faut préciser l'étendue du pouvoir des arbitres internationaux à cet égard. A cette fin, il est important de distinguer entre les cas où il s'agit ou non d'un droit applicable au fond du litige choisi par les parties (a). Par ailleurs, il y a des cas où les prononcés de la sentence arbitrale sont dépourvus de base juridiquement solide, ce qui permet d'envisager la question des raisonnements indécis dans le cadre du processus de l'évaluation du préjudice par les arbitres dans la tentative de trouver une solution plutôt équitable par les arbitres (b).

a. La distinction selon l'existence ou non d'un droit applicable au fond du litige choisi par les parties

384. – Une distinction sera utile dans cette hypothèse entre le cas où les parties ont choisi une loi applicable au fond de leur litige et le cas où il ne s'agit pas du droit applicable au fond choisi par eux.

385. – La mise en application de l'équité, par un Tribunal arbitral, serait plus acceptable dans le cas où il ne s'agit pas d'une loi de fond choisie par les parties. On peut trouver un exemple aussi dans la célèbre affaire *Norsolor*⁶²⁰, dont la sentence n° 3131 a été rendue en 1979,

⁶¹⁹ V. H. Bernard, *La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, op. cit., 1993, pp. 219-220.

⁶²⁰ Sentence "*Norsolor*" CCI, n° 3131 rendue le 26 octobre 1979, B. Goldman, *Une bataille judiciaire autour de la*

dans laquelle le Tribunal, lors de son examen de la loi pouvant être appliquée au fond du litige ainsi que pour l'évaluation du montant de l'indemnisation due, a admis de statuer en équité à cette fin dans ce litige concernant une résiliation du contrat conclu. Une telle solution a été confirmée plus tard lors d'une procédure d'annulation intentée auprès de la Cour Suprême d'Autriche⁶²¹. On peut relever en l'occurrence, que même s'il ne s'agissait pas d'une loi de fond choisie par les parties, les arbitres doivent prendre en considération les lois nationales pouvant être appliquées en statuant en équité en tant que principe général de droit⁶²². Autrement dit, les arbitres sont attentifs au fait que l'application de l'équité ne contredit pas une règle impérative d'une loi nationale ayant vocation à être appliquée en l'espèce⁶²³.

386. – Dans l'autre cas où les parties ont déjà choisi une loi applicable au fond du litige, une application des règles de l'équité ne sera pas évidente. Le recours des arbitres internationaux à statuer en équité dans ce cas pourrait être justifié quand l'évaluation précise du *quantum* de l'indemnisation du préjudice devient pratiquement inaccessible. Dès lors, il est constaté, à juste titre, le rôle complémentaire des règles de l'équité dans cette hypothèse afin de trouver une solution acceptable en dehors des règles strictes du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice⁶²⁴. Cette solution a été adoptée, comme déjà démontrée, dans l'affaire *Liamco*⁶²⁵ en 1990 dans laquelle la convention d'arbitrage permettait l'application d'une manière accessoire des principes généraux de droit, même en l'existence d'un droit applicable au fond du litige choisi par les parties. Ces principes généraux de droit ont été considérés comme les principes reconnus dans la plupart des systèmes juridiques internes, ainsi qu'appliqués par les Tribunaux internationaux en ayant une consécration internationale largement admise. Dans ce sens, l'équité est considérée comme l'un des principes généraux de droit ayant vocation à être appliquée en l'espèce subsidiairement au droit applicable au fond du litige⁶²⁶. A cela, le Tribunal a accordé à *Liamco* des dommages-intérêts d'une somme de 66 000 000 de dollars américains en tant

lex mercatoria, l'affaire *Norsolor*, *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409.

⁶²¹ Arrêt *Norsolor*, Oberster Gerichtshof (La Cour suprême autrichienne), 18 novembre 1982, *Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Ltd*, *YBCA*, 1984, Vol. IX, pp. 159-163.

⁶²² V. B. Goldman, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria*, *Rev. arb.*, 1983, *op. cit.*, p. 396.

⁶²³ *Ibid.*, p. 399.

⁶²⁴ V. sur l'appréciation du préjudice d'une manière équitable par les arbitres, Sentence n° 10988/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), *op. cit.*, p. 722, note B. Derains.

⁶²⁵ Sentence *Amco Asia c. Indonésie*, rendue le 5 juin 1990, *YBCA*, 1992, *op. cit.*, p. 99.

⁶²⁶ V. H. Bernard, *La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence*, in: Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, 1993, *op. cit.*, p. 220.

qu'indemnisation équitable de la perte des droits de concession en l'espèce au titre de la réparation du gain mangé.

b. L'encadrement juridique indécis du raisonnement juridique amené par les arbitres lors du processus de l'évaluation du préjudice : l'essai de trouver une solution plutôt équitable

387. – On trouve que l'évaluation du *quantum* du préjudice par les arbitres peut s'effectuer dans le cadre d'un processus déviant des règles strictes du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. On peut relever à ce propos par exemple les deux affaires de *Karaha Bodas*⁶²⁷ et *Himpurna*⁶²⁸ contre l'Indonésie. En l'espèce, *Karaha Bodas* a conclu en 1994 un contrat d'exploitation conjointe pour le développement d'un projet d'électricité géothermique dans l'ouest de Java, en Indonésie, avec *Pertamina*, une compagnie pétrolière appartenant à l'Etat, et avec *PLN*, une autre compagnie d'électricité appartenant aussi à l'Etat, pour la vente d'énergie. Dans la même année, *Himpurna* a conclu de sa part un autre contrat de vente d'énergie avec *PLN*. Que de ces deux contrats conclus ont résulté l'établissement des investissements importants ainsi que les installations et infrastructures nécessaires de la part des sociétés demanderesse dans l'arbitrage pour le besoin du projet. Plus tard, trois décrets présidentiels ont été émis, au cours des années 1997 et 1998, lors de la crise financière asiatique, qui avaient pour conséquences que *Pertamina* et *PLN* ne pouvaient pas s'acquitter de leurs obligations contractuelles. Ce qui a résulté la suspension des investissements de *Karaha Bodas* et *Himpurna* et les a amené, par la suite, à engager une procédure d'arbitrage sous l'égide des règlements du *CNUDCI* afin de mettre fin aux engagements conclus en réclamant des dommages-intérêts des préjudices subis. Malgré l'existence, en l'occurrence, des contrats à long terme, la vraie problématique, ayant une controverse là-dessus, était la méthode de l'évaluation du préjudice suivie par le Tribunal dans le cadre de l'examen de l'argument réclamant une indemnisation sur la base de la demande du paiement de la différence entre celui qui est réellement effectué, et

⁶²⁷ *Karaha Bodas Company LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara & PT. PLN (Persero)*, *CNUDCI, Arbitrage ad hoc*, sentence rendue le 18 décembre 2000.

⁶²⁸ *Himpurna California Energy Ltd c. PT. PLN (Persero)*, *CNUDCI, Arbitrage ad hoc*, sentence rendue le 4 mai 1999, *YBCA*, XXV, 2000, pp. 13-108.

l'autre promis par l'Etat contractant qui s'élève au double du tarif déjà réglé⁶²⁹.

Le Tribunal a tenté de trouver un compromis entre deux perspectives différentes soulevées à l'égard de l'évaluation de l'indemnisation dans cette hypothèse. La première selon laquelle un paiement intégral de la somme exigée, consistant dans la différence entre le tarif réglé et l'autre non réglé par l'Etat hôte, doit être ordonné tant pour le passé que pour le futur conformément au contrat conclu. Sur ce fondement, les dommages-intérêts réclamés par *Himpurna* était d'une somme de 2,3 millions de dollars américains, et ceux réclamés par *Karaha* était d'une somme de 1,4 millions de dollars américains. L'argument opposé, relevé par le défendeur, suppose que le non-paiement en l'espèce, à l'égard de l'investissement établi sur les territoires de l'Etat hôte, n'avait pas causé de préjudices pour l'investisseur étranger pour que ce dernier puisse réclamer une indemnisation à cet effet⁶³⁰. En l'espèce, le Tribunal a ordonné, d'une part, le gouvernement de l'Etat hôte de s'acquitter de tous les paiements dus, pour le futur, conformément aux dispositions du contrat conclu. D'autre part, il a ordonné, pour le passé, le versement d'un tiers de la somme constituant la différence entre celle qui a été payée et celle qui est échue⁶³¹.

388. – On partage la critique soulevée par rapport à cette solution adoptée par le Tribunal en constatant qu'il s'agissait plutôt d'un compromis relevé par ce dernier. On déduit d'ailleurs l'aspect économique d'après cette solution qui a pris en considération les intérêts en jeux de l'investisseur étranger et de l'Etat hôte contractant, en s'éloignant ainsi du sens juridique de l'indemnisation du préjudice, dans le souci de trouver une solution équitable. Pourtant, les raisonnements juridiques n'étaient pas clairs afin de justifier l'allocation d'une telle indemnisation dans le cas de l'espèce.

⁶²⁹ V. Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006, *op. cit.*, p. 324.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.*, p. 325.

B. L'impact du risque économique sur l'allocation d'une indemnisation intégrale du préjudice : cas d'expropriation

389. – Il est important de mettre la lumière, pour ce qui suit, sur un cas que les arbitres rencontrent souvent. C'est celui de l'évaluation du *quantum* des dommages-intérêts dus dans l'hypothèse d'une expropriation. Dès lors, on étudiera, en premier lieu, le risque d'appliquer un standard d'indemnisation selon les dispositions d'un *TBI* applicable (1). Dans un second lieu, on verra l'influence de la prise en compte de la nature du risque en matière d'expropriation sur l'évaluation de l'indemnisation du préjudice (2).

1. Le risque d'appliquer un standard d'indemnisation selon les dispositions d'un *TBI* applicable

390. – **Le conflit entre la mise en application du standard du *TBI* applicable ou celui du droit international coutumier dans l'évaluation du préjudice.** – Une spécificité remarquable à relever dans les litiges arbitraux portant sur une expropriation consiste dans le standard d'indemnisation à adopter par le Tribunal. Les Traités bilatéraux d'investissement "*TBI*" envisagent, en générale, la question d'indemnisation du préjudice en cas d'une expropriation légale, c'est à dire dans le cas où l'Etat hôte a procédé à une procédure d'évaluation dans les termes du *TBI* applicable. D'où la controverse sur la question de l'évaluation de l'indemnisation en cas d'une expropriation dite illégale. La problématique, en l'occurrence, se conclut dans la divergence entre l'extension des dispositions du *TBI* servant de base juridique sur laquelle on peut procéder à l'évaluation du préjudice dans ce cas, et l'appliquer les règles du droit international coutumier à cet effet. Le problème qui nous intéresse dans ce cas, concernant l'indemnisation de l'intégralité du préjudice, est que le standard d'indemnisation d'après les *TBI* est tantôt plus limité dans le sens qu'il peut arriver que leurs dispositions ne mentionnent pas expressément la nécessité de respecter une indemnisation intégrale du préjudice subi.

391. – Pour bien illustrer cette hypothèse, on peut citer à titre d'exemple l'affaire *RosInvestCo*⁶³², dont la sentence a été rendue en 2010 sous l'égide de la Chambre du Commerce du Stockholm, dans laquelle le Tribunal devait examiner la question de l'évaluation du préjudice en cas d'une expropriation illégale. En l'espèce, *RosInvestCo*, la société britannique demanderesse, a réclamé une indemnisation de la part de la Fédération de Russie en prétendant que cette dernière a procédé une expropriation illégale à son égard relative aux actions qu'elle a acquis dans une autre société pétrolière Russe "*Yukos*"⁶³³. D'un côté, afin de justifier l'illégalité de l'expropriation effectuée en l'espèce, la demanderesse s'est prévalu de l'article 5 du *TBI* conclu entre le Royaume Unis et la Fédération de la Russie. Cet article prévoit l'expropriation, la nationalisation ou toutes autres procédures équivalentes uniquement contre une indemnisation adéquate et effective, à condition que la procédure d'expropriation ne soit pas discriminatoire et ait un objectif d'intérêt public⁶³⁴. La demanderesse a invoqué que l'expropriation qui a eu lieu en l'espèce était discriminatoire. Par conséquent, la demande consistait à exclure l'application des dispositions de l'article 5 du *TBI* applicable puisqu'il prévoit une indemnisation adéquate et effective dans le cas d'une expropriation non discriminatoire⁶³⁵. Dès lors, la demanderesse a réclamé l'application des règles du droit international coutumier, qui sont précisées dans le célèbre arrêt *Chorzów* de 1929, qui représente un arrêt de base en la matière. Cette référence au droit international coutumier, au lieu du *TBI*, pour l'évaluation du préjudice a été accueillie par le Tribunal en l'espèce pour les mêmes raisons invoquées concernant la nature illégale de l'expropriation. Sur cette base, le Tribunal a pu condamner le défendeur à verser des dommages-intérêts à *RosInvestCo* pour ce chef de préjudice d'une somme de 3,5 millions de dollars

⁶³² *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, Institut d'Arbitrage de la Chambre du Commerce du Stockholm "Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce"*, affaire n° V079/2005, sentence rendue le 12 septembre 2010, (consulté le 26 avril 2013), publiée au site officiel de *ITA*.

⁶³³ *V. RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, SCC*, affaire n° V079/2005, 12 septembre 2010, *Rev. Arb.*, Vol. 2011, p. 551, note Pierre Duprey et Lucas Montel.

⁶³⁴ L'article 5 du *TBI* conclu entre les Royaume Unies et l'URSS, pour la promotion et la protection réciproque des investissements, à Londres le 6 avril 1989 (version anglaise) dispose que « *Investments of investors or either contracting party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as « expropriation ») in the territory of the other Contracting Party except for a purpose which is in the public interest and is not discriminatory and against the payment, without delay of adequate and effective compensation (...)* ».

⁶³⁵ *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, SCC*, affaire précitée n° V079/2005, sentence rendue le 12 septembre 2010, para. 636 (version anglaise) : « *Claimant's claim is based on the proportionate ownership of Yukos' expropriated assets represented by its shareholding in Yukos. (...) In this case the expropriation is unlawful, not in the public interest, discriminatory and without payment of compensation* ».

américains⁶³⁶. En fait, la référence au droit international coutumier, et ainsi à l'arrêt *Chorzów*⁶³⁷, garantit une application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, vu que la règle à appliquer dans ce cas en matière d'indemnisation est expresse. Cette règle exige de supprimer toutes les conséquences de l'acte illicite ainsi que le rétablissement de la partie lésée dans la situation où elle aurait été si cet acte n'avait pas été commis. Il faut souligner que ce standard d'indemnisation a été appliqué par les Tribunaux transnationaux à plusieurs reprises. Citons à titre d'exemple les affaires *Metalclad* en 2000⁶³⁸, *CMS Gaz Transmission* en 2005⁶³⁹ et *ADC* contre Hongrie en 2006⁶⁴⁰, dans lesquelles les arbitres ont confirmé l'exigence de la mise en jeu du standard de l'indemnisation intégrale de *Chorzów*, ainsi que l'application des règles du droit international coutumier pour indemniser les préjudices issus d'une expropriation illégale.

392. – Une indemnisation intégrale toujours douteuse. – Toutefois, l'allocation d'une indemnisation intégrale reste douteuse puisque les arbitres, dans certains cas, ne procèdent pas à la distinction entre les termes d'une expropriation légale et illégale. Une solution qui a pour effet d'évincer l'application du standard de *Chorzów* au profit des dispositions du *TBI* applicable en étendant l'indemnisation prévue dans le Traité pour l'expropriation légale à celle illégale. L'affaire *CME* contre la République Chèque en 2001⁶⁴¹ en fait un exemple remarquable en déclarant expressément l'extension du standard de l'indemnisation de l'expropriation légale prévue dans le *TBI* applicable en l'espèce à celle illégale. Une autre sentence plus récente, qui est celle de *Bernardus* en 2009⁶⁴², a de même soulevé l'existence d'une vive controverse sur l'utilité de la distinction entre l'expropriation légale et illégale, dans le but d'appliquer le standard d'indemnisation le plus approprié.

⁶³⁶ *Ibid.*, paras. 683-692.

⁶³⁷ Affaire *Usine de Chorzów*, *CPJI*, 13 septembre 1929, Série A, n° 17, p. 47 ; M. Abdala/P.T. Spiller, « *Chorzów's standard rejuvenated. Assessing damages in investments Treaty arbitrations* », *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25, N° 1, pp. 103-120.

⁶³⁸ *Metalclad Corporation c. Mexique*, *CIRDI*, affaire n° ARB (AF)/97/1, sentence précitée rendue le 30 août 2000, paras. 400-401.

⁶³⁹ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine*, *CIRDI*, affaire précitée n° ARB/01/8, sentence rendue le 12 mai 2005, publié au site officiel du *CIRDI*, para. 280.

⁶⁴⁰ *ADC Affiliate Ltd & ADC&ADMC Management Ltd c. Hongrie*, *CIRDI*, affaire précitée n° ARB/03/16, sentence rendue le 2 octobre 2006, spéc. para. 499.

⁶⁴¹ *CME c. République de Chèque*, *CNUDCI*, sentence partielle rendue le 13 septembre 2001, publiée au site officiel d'*ITA* (consulté le 26 avril 2013), para. 615.

⁶⁴² *Bernardus Henricus Funnekotter et autres c. Zimbabwe*, *CIRDI*, affaire n° ARB/05/6, sentence rendue le 22 avril 2009, publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 26 avril 2013), paras. 108 et s.

En outre, même en admettant l'application du standard de l'indemnisation intégrale du préjudice, la nature du risque économique prise en compte par les arbitres rend équivoque une telle indemnisation en matière d'expropriation.

2. la prise en compte de la nature du risque en matière d'expropriation dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation

393. – L'impact du concept du risque déraisonnable et excessif sur le *quantum* de l'indemnisation. – Prenons le même exemple de l'affaire *RosInvestCo* dans laquelle le Tribunal ainsi que les parties ont admis la mise en application du standard de l'intégralité de l'indemnisation de *Chorzów*. Dès lors, la demanderesse a pu réclamer des dommages-intérêts de 232,7 millions de dollars américains sur la base de l'évaluation des actions qu'elle détenait au moment de la sentence et si l'acte illicite n'avait pas été commis, ce qui paraît logique et conforme au standard de l'intégralité de l'indemnisation du préjudice subi. Pourtant, le défendeur a contesté cette évaluation en prétendant que, même en admettant l'allocation d'une indemnisation intégrale, il faut toujours prendre en considération les risques économiques encourus par la partie lésée. Le fait qui ne permet pas en l'espèce l'application des règles juridiques du standard de *Chorzów* pour l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation sans prise en compte des incidences résultant du concept des risques économiques⁶⁴³.

394. – L'idée principale consiste dans le fait que, dans le cas d'expropriation, l'évaluation du préjudice, même conformément au principe de l'indemnisation intégrale, exige la prise en compte, par les arbitres, des attentes faites par l'investisseur étranger par rapport à l'établissement de ses investissements dans le sens qu'il doit avoir des attentes légitimes pour leur bon déroulement. Fait qui traduit le risque pris sur le marché par l'investisseur dans le but d'établir ses investissements. Dans ce sens, le défendeur a contesté le montant de l'indemnisation réclamé en invoquant que la société demanderesse n'avait pas d'attentes légitimes sur le marché dans le cas en l'espèce, par le fait qu'elle était au courant de la situation financière désagréable de la société *Yukos*, justifiant l'exclusion de toute indemnisation à cette

⁶⁴³ *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, SCC*, affaire précitée n° V079/2005, sentence précitée rendue le 12 septembre 2010, para. 656.

fin⁶⁴⁴. Dès lors, le Tribunal n'a pas accordé d'indemnisation dans ce cas à cause du risque excessif et déraisonnable que *RosInvestCo* a pris sur le marché financier⁶⁴⁵. Le défendeur a invoqué l'affaire *MTD* contre Chili, dans laquelle le Tribunal a constaté que le risque économique ou « *business risk* » que l'investisseur décide de supporter a un impact proportionnel sur l'indemnisation qui lui est due⁶⁴⁶. Dès lors, cet investisseur reste responsable de la partie du risque déraisonnable ou excessive qu'elle a assumé dans le sens qu'on peut déduire ces pertes subies de l'intégralité de l'indemnisation.

Le Tribunal en l'espèce a donné droit aux prétentions du défendeur. Après avoir tenu compte des risques encourus par l'investisseur étranger, ainsi que par la nature de son investissement et de son caractère spéculatif, il a accordé ainsi, comme indiqué plus haut, des dommages-intérêts d'une somme de 3,5 millions de dollars américains⁶⁴⁷. Une décision qui indique un écart considérable entre la réclamation du demandeur se basant sur les règles littérales de l'indemnisation intégrale du préjudice et l'évaluation affectuée par le Tribunal en prenant en considération l'aspect économique et son influence sur l'indemnisation due en matière d'expropriations⁶⁴⁸.

395. – On peut en déduire alors que le concept de risques économiques a pour effet de représenter un défi dans l'arbitrage d'investissement quant à l'allocation d'une indemnisation intégrale à l'investisseur lésé des actes illicites commis par l'Etat hôte, dans le cadre de leur engagement juridique⁶⁴⁹. La mise en place de ce concept est le corollaire de ce qu'on appelle les

⁶⁴⁴ *Ibid.*, v. paras. 648-650.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, v. paras. 651-655.

⁶⁴⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI*, Affaire précitée n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004, para. 242 (version anglaise) « *The Tribunal decided earlier that the Claimants incurred costs that were related to their business judgment irrespective of the breach of fair and equitable treatment under the BIT. As already noted, the Claimants, at the time of their contract with Mr Fontaine, had made decisions that increased their risks in the transaction and for which they bear responsibility, regardless of the treatment given by Chile to the Claimants (...)* ».

⁶⁴⁷ *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, SCC*, affaire précitée n° V079/2005, sentence précitée rendue le 12 septembre 2010, para. 676.

⁶⁴⁸ Sur la différence entre l'appréciation des attentes légitimes de l'investisseur et celles de l'Etat, v. Dupuy Florian, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : Etude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, thèse, 2007, *op. cit.*, pp. 371-373.

⁶⁴⁹ V. Par ex. J.-M. Loncle, *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI, RDAI*, 2006, p. 319 ; W. Ben Hamida, *La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI, Cah. arb.*, 2010, Vol. 5, pp. 432-442.

attentes légitimes de l'investisseur étranger⁶⁵⁰. Autrement dit, cet investisseur a le devoir de discerner les bonnes caractéristiques du marché financier sur lequel des attentes légitimes peuvent être établies pour la réalisation des profits futurs résultant de ses investissements⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ V. aussi sur une illustration des attentes légitimes, J. Cazala, *Attentes légitimes des investisseurs*, *Cah. Arb.*, 15 décembre 2009, n° 349, pp. 24 et s.

⁶⁵¹ V. Pierre Duprey et Lucas Montel, *Une victoire à la Pyrrhus de l'investisseur : expropriation reconnue mais faiblement indemnisé, note sous Sentence rendue à Stockholm le 12 septembre 2010 sous l'égide de l'IACC de Stockholm*, *Rev. Arb.*, Vol. 2011, *op. cit.*, pp. 558-560.

CONCLUSION DU CHAPITRE

396. – Au regard des développements précédents, il apparaît que le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice manque de souplesse dans le cadre de l’opération de la réparation, ce qui l’empêche de couvrir tous les chefs de préjudices. Une réparation effective doit servir, non seulement à maintenir une sécurité juridique des opérations de transactions internationales, mais aussi à garantir la sécurité du marché et l’économie des contrats. Les praticiens de l’arbitrage commercial international peuvent se mettre d’accord facilement sur la constatation de la prise en considération par les arbitres de ces deux aspects juridique et économique, dans le cadre de l’évaluation de l’indemnisation due.

397. – À cet effet, on peut relever, par exemple, d’après l’étude des sentences arbitrales analysées, l’hypothèse de l’indemnisation du gain manqué. Il s’avère l’existence de certaines réticences des arbitres internationaux à évincer l’indemnisation du gain manqué. Il nous semble que cette position juridique montre d’ailleurs une déviation de l’application littérale du principe de l’indemnisation intégrale du préjudice, dans le sens que l’établissement du gain manqué, ce qui emporte la survenance d’un préjudice réel et certain, est en principe plus compliqué et difficile que l’établissement de la perte subie par la partie lésée. En outre, la souplesse pratiquée par les arbitres internationaux, quant à l’appréciation des composants du préjudice, nonobstant l’intérêt de cette pratique, a pour effet, au moins théorique, de mettre en jeu et de contredire l’esprit du principe de l’indemnisation intégrale du préjudice. Il nous semble que les arbitres confient ainsi une importance particulière à l’aspect économique dans le cadre du processus de l’indemnisation du préjudice. Dans la même veine, il était clair de l’étude des dommages-intérêts moratoires que son application contredit aux règles strictes de l’indemnisation intégrale du préjudice⁶⁵². Toutefois, les intérêts moratoires ont une nature indemnitaire⁶⁵³ et se considèrent indéniablement en tant que composant intégral de l’indemnisation par les arbitres internationaux.

⁶⁵² V. sur l’idée que l’évaluation des intérêts moratoires conduit à une réparation adéquate du gain manqué, Elodie Levacher, *Le gain manqué*, thèse, Ph. Delebecque (dir.), Paris I, 2010, *op. cit.*, p. 419 ; Hubert Groutel, *Droit français*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, *op. cit.*, p. 111.

⁶⁵³ Fabrice Gréau, *Recherches sur les intérêts moratoires*, Bernard Beignier (dir.), thèse, Paris : LGDJ, 2006, *op. cit.*, p. 131.

398. – Aussi dans le cadre même de l’application des règles de l’indemnisation intégrale par les arbitres, on constate qu’ils peuvent toujours recourir aux règles de l’équité pour l’évaluation de l’indemnisation due. Des règles qui ne correspondent pas forcément à celles du principe de l’indemnisation intégrale du préjudice. Cette situation peut aussi s’accroître dans certains cas spécifiques, comme ceux relevés dans notre étude concernant l’évaluation du montant de l’indemnisation en cas d’expropriation.

399. – En somme, on observe que la souplesse pratiquée par les arbitres, dans la mise en œuvre du principe de l’indemnisation intégrale, peut être vue effectivement d’une manière positive. Une telle pratique conduit en elle-même à une indemnisation plutôt adéquate du préjudice. En outre, la portée de l’indemnisation adéquate s’avère de plus en plus dans le cas où les arbitres accordent certains types d’indemnisations qui sont de nature à mettre clairement en cause le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice.

CHAPITRE II. LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

400. – Le but incontestable de la réparation est d'octroyer une indemnisation équivalente au préjudice subi. Cependant, on constate que la mise en place de certains types des dommages-intérêts par les arbitres internationaux peut contredire cette application classique du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice. L'étude des dommages-intérêts punitifs⁶⁵⁴ peut illustrer au mieux cette hypothèse (Section I). Une telle indemnisation est mise en place pour indemniser la violation du droit de la partie lésée, sans parfois avoir subi des préjudices réels. Des dommages symboliques, *nominal damages*, dans le système juridique de *common law*, peuvent aussi être accordés par les Tribunaux arbitraux internationaux pour indemniser un préjudice moral (Section II), ce qui ne suit pas non plus, au moins théoriquement, la logique juridique du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice basé sur l'évaluation mathématique du préjudice réellement subi.

SECTION I. L'IMPACT DE L'INDEMNISATION PUNITIVE SUR LE CARACTERE STRICTEMENT INDEMNITAIRE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DU PREJUDICE

401. – En droit des obligations, la responsabilité civile a toujours pour rôle de compenser la partie lésée, tant en droit civil qu'en *common law*. Les pays de système juridique de *common law* ont adopté une autre solution à mi-chemin, remettant en cause la séparation totale entre les règles de droit civil et celles de droit pénal. Ainsi, les dommages-intérêts punitifs, aussi appelé dommages exemplaires⁶⁵⁵, sont des indemnisations accordées en sus des dommages réels lorsque le débiteur a agi avec imprudence, malveillance ou de mauvaise foi. Le concept de dommages-

⁶⁵⁴ Sur la notion de dommages-intérêts punitifs, v. Christophe Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface. Philippe Brun, thèse, D. 2010, pp. 496-498.

⁶⁵⁵ Horton Rogers, *Droit du Royaume-Uni*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 409.

intérêts punitifs est apparu en Angleterre à la fin du XVIII^{ème} siècle, dont le premier cas remonte à 1763⁶⁵⁶.

402. – Les dommages-intérêts punitifs sont considérés indubitablement comme contradictoire avec le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice⁶⁵⁷. Afin d'exposer comment la mise en jeu d'une indemnisation punitive a pour effet une répercussion négative sur l'application littérale de l'allocation d'une réparation intégrale, on abordera en premier temps le rapport entre l'indemnisation punitive et le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice (Paragraphe I), et dans un second temps, on verra la mise en œuvre de l'indemnisation punitive par les arbitres internationaux (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE RAPPORT ENTRE L'INDEMNISATION PUNITIVE ET LE PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DU PREJUDICE

403. – Une admissibilité de l'indemnisation punitive en tant que mode de réparation est toujours possible (A) lorsqu'on procède à une indemnisation intégrale, notamment à l'égard de l'ordre public international français. Il est important ainsi d'examiner, par la suite, les fonctions de l'indemnisation punitive (B).

A. Vers l'admissibilité de l'indemnisation punitive en tant que mode de réparation

404. – L'allocation d'une indemnisation punitive ne contredit pas l'ordre public international français (2), malgré sa contradiction avec son ordre public interne (1).

⁶⁵⁶ Thomas Rouhette, *The availability of punitive damages in Europe : Growing trend or nonexistent concept ?*, *Def. Couns. J.*, Vol. 74, octobre 2007, N° 4, p. 321.

⁶⁵⁷ V. en ce sens, Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, pp. 469-471.

1. Le refus de la mise en application de l'indemnisation punitive en tant que mode de réparation : la contradiction avec l'ordre public interne français

405. – Il est bien établi que le droit français sanctionne constamment chaque violation au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. La jurisprudence française en a fait exemple à plusieurs reprises, tant pour constater le respect du principe de l'indemnisation intégrale⁶⁵⁸ que pour refuser expressément la mise en application des indemnisations punitives⁶⁵⁹. Dans le même sens, certains ont vu, dans la règle de l'indemnisation intégrale du préjudice, un principe général de droit privé⁶⁶⁰. D'où l'hostilité du droit interne français à l'application des dommages-intérêts punitifs puisqu'il y voit une atteinte au principe générale de l'indemnisation intégrale qui s'appuie sur l'idée de la réparation indemnitaire, et non punitive, du préjudice⁶⁶¹. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas admis en tout cas en droit positif français⁶⁶².

406. – En outre, la Cour de Poitiers a fait référence à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises pour soulever le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, ainsi que le devoir du respect du caractère indemnitaire de la réparation⁶⁶³. Dans ce sens, l'article 74 de la Convention⁶⁶⁴ constate le fait que l'indemnisation allouée à la partie lésée ne doit en aucun cas excéder la valeur du préjudice subi. Pourtant, cette affirmation du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice par la Convention de Vienne "CVIM" ne signifie pas forcément qu'il fait partie de l'ordre public international français⁶⁶⁵. En

⁶⁵⁸ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, *Bull. civ.*, 2004, n° 1, n° 264 ; Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007, *Bull. civ.*, 2007, III, n° 149.

⁶⁵⁹ *CA Versailles*, Ch. 12^e, Se. 2^e, 10 septembre 2009, n° 08/04982.

⁶⁶⁰ J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, *Rec. Dalloz, Sirey*, 2002, Chron. pp. 233-234.

⁶⁶¹ François Xavier Licari, *Reconnaissance des décisions étrangères, note sous CA Poitiers, 1^{re} Ch. Civ., 26 février 2010, Clunet*, N° 4, 2010, pp. 1245 et s.

⁶⁶² Hubert Groutel et Jean Pechinot, *Droit français*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, pp. 109, 128.

⁶⁶³ P. Schlechtriem et C. Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, D.* 2008, n° 386 et s.

⁶⁶⁴ L'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises "CVIM" prévoit, en ce sens, que : « (...) Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat (...) ».

⁶⁶⁵ François Xavier Licari, *Reconnaissance des décisions étrangères, note sous CA Poitiers, 1^{re} Ch. Civ., 26 février 2010, Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, p. 1245.

outre, la doctrine dominante n'admet pas l'application des dispositions de la *CVIM* en tant que règles de la *lex mercatoria* par les arbitres internationaux⁶⁶⁶.

2. Une brèche vers la mise en application de l'indemnisation punitive en tant que mode de réparation : la non contradiction avec l'ordre public international français

407. – Il est important de souligner, tout d'abord, que l'appartenance du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice à l'ordre public interne n'implique pas forcément son appartenance à l'ordre public international français⁶⁶⁷. La règle bien reconnue en la matière constate qu'il faut distinguer l'ordre public au titre du droit interne de celui au titre du droit international privé⁶⁶⁸.

408. – La Cour de cassation française a tranché, depuis longtemps, en faveur de cette solution en constatant que le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice n'appartient pas à l'ordre public international français⁶⁶⁹. Dès lors, la jurisprudence française a adopté une position juridique selon laquelle l'application d'une loi permettant de restreindre, voire d'exclure, l'indemnisation de certains chefs de préjudices ne peut pas être considérée comme contraire à l'ordre public international français⁶⁷⁰. Une solution confirmée d'ailleurs par la doctrine⁶⁷¹. Il apparaît alors de cette solution que si une loi ou un jugement octroyant une indemnisation à la partie lésée en ne pas respectant les règles de l'indemnisation intégrale du préjudice ne sera pas ainsi contraire à l'ordre public international français. Cette solution peut concerner le cas de l'indemnisation inférieure à la valeur du préjudice réellement subi, ou bien une indemnisation qui dépasse cette valeur.

⁶⁶⁶ Sur la controverse de l'application de la *CVIM* au titre de la *lex mercatoria*, v. Vincent Heuzé, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, dir. Jacques Ghestin, *LGDJ*, 2000, n° 127-128, pp. 116-117.

⁶⁶⁷ V. sur les critiques de l'exclusion du principe de réparation intégrale des règles d'ordre public international : Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁶⁶⁸ V. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, *Montchrestien*, 2010, n° 205, p. 153.

⁶⁶⁹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, n° 189, Kieger, D. 1967, note Ph. Malaurie, *JCP*, 1968, II, 15456, note A. Jack-Mayer.

⁶⁷⁰ V. Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n° 39.

⁶⁷¹ V. par ex., O. Boskovic, *La réparation du préjudice en droit international privé*, thèse, *LGDJ*, 2003, n° 411 et s.

409. – Comme l’a relevé le professeur Philippe Malaurie à ce propos, l’allocation des indemnités punitives ne peut ainsi pas être considérée contraire à l’ordre public international français. Par conséquent, ce régime d’indemnisation du préjudice, appartenant au système juridique de *common law*, peut voir alors son application, même avec ses spécificités juridiques concernant l’allocation d’indemnisation en fonction de la gravité de la faute. Une telle indemnisation qui peut être inférieure ou supérieure au préjudice réellement subi peut devenir alors acceptable, en dehors même de la considération purement mathématique de l’évaluation de l’indemnisation⁶⁷².

En outre, il est important de soulever aussi les tentatives d’intégration de la notion des dommages-intérêts punitifs dans l’ordre juridique français⁶⁷³. On peut trouver un exemple clair dans la réforme du droit des obligations de 2005, notamment dans l’article 1371 qui permet expressément une telle indemnisation dans le cas d’une faute intentionnelle ou lucrative⁶⁷⁴.

410. – Une application toujours inquiétante. – Toutefois, l’admissibilité des dommages-intérêts punitifs dans l’ordre juridique français pourrait être inquiétante, comme l’a relevé le professeur Philippe Delebecque. Cela à cause du caractère largement arbitraire de tels dommages-intérêts, par rapport même aux indemnités morales ou au principe de la minimisation du préjudice, notamment si le législateur français tente de transposer ce concept de dommages punitifs dans le droit français dans son état existant dans le système juridique de *common law*. Un doute qui paraît tout à fait justifié au sens juridique parce que « la réprobation intuitive, largement irrationnelle qu’un juge ou un arbitre peut avoir, à tort ou à raison, face à certains éléments graves ou à certaines catastrophes, ne doit pas être encouragée par le droit »⁶⁷⁵.

⁶⁷² François Xavier Licari, *Reconnaissance des décisions étrangères*, note sous *CA Poitiers, 1^{re} Ch. Civ., 26 février 2010*, *Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, p. 1246.

⁶⁷³ Solène Rowan, *Remedies for breach of contract – A comparative analysis of the protection of performance*, *Oxford University Press*, 2012, pp. 192 et s.

⁶⁷⁴ Article 1371, de l’avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 septembre 2005, dispose que : « *L’auteur d’une faute manifestement délibérée, et notamment d’une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d’octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables* ».

⁶⁷⁵ Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, *Chron., RTD com.*, 2011, p. 667.

B. Les fonctions de l'indemnisation punitive

411. – On verra, dans un cadre juridique, la fonction dissuasive et punitive de l'indemnisation (1). En outre, l'indemnisation punitive, dans un cadre plutôt économique, a une finalité d'aboutir à une indemnisation effective (2).

1. La fonction dissuasive et punitive de l'indemnisation : un aspect juridique

412. – Il est important de noter que même si une allocation a été effectuée à la fois d'une indemnisation compensatoire et punitive, ces deux types de dommages-intérêts alloués servent à des fins différentes. Bien que l'indemnisation compensatoire serve à remédier la perte effectivement subie par la partie lésée en raison du comportement fautif du débiteur, l'indemnisation punitive sert à punir ce débiteur ainsi qu'à prévenir les mêmes types de fautes, causes du préjudice subi⁶⁷⁶.

413. – Le professeur Geneviève Viney a pu relever l'intérêt de l'existence d'une sanction qui ne porte pas seulement sur le stricte caractère indemnitaire envers la partie lésée, mais qui prend aussi en considération, dans l'opération de l'évaluation de l'indemnisation, le profit tiré par l'auteur du préjudice ainsi que de l'illicéité de son comportement⁶⁷⁷. Pourtant, la solution adoptée par le droit français⁶⁷⁸ affirme, en suivant la logique traditionnelle du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, le fait que l'indemnisation de la partie lésée ne doit servir qu'à réparer son préjudice réellement subi sans dépasser la valeur dudit préjudice⁶⁷⁹. Dès lors, la gravité du préjudice ne peut pas être toujours prise en compte dans l'évaluation de l'indemnisation du préjudice, telle que la fonction de l'indemnisation, dans un tel système basé sur la seule indemnisation compensatoire, est de « rétablir l'équilibre détruit par le dommage et

⁶⁷⁶ V. par ex. *Cooper Indus. c. Leatherman Tool*, 532 U.S. 424, 432, 121, S. Ct 1678, 1683, 2001, opinion du juge John Paul Stevens, citée au *JDI (Clunet)*, N° 4, 2010, p. 1252 ; Steve P. Calandrillo, *Penalizing punitive damages, Why the supreme Court needs a lesson in law and economics*, *Geo. Wa. L. Rev.*, Vol. 78, N° 4, 2010, p. 787.

⁶⁷⁷ G. Viney, rapport de synthèse, colloque CEDAG, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage, À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N°232, p. 66.

⁶⁷⁸ V. par ex., S. Carval, *Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ?*, *RDC*, 2006, p. 822.

⁶⁷⁹ V. Cass. Civ., 14 janvier 1988, n° 86-10-001, *Union locale CFDT de Boulogne-sur-Mer c. Société Transorient Freight CMP*.

de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu⁶⁸⁰ ».

Or, les indemnisations punitives ont pour effet de garantir la non répétition de la faute commise par le débiteur, cause du préjudice subi. Un rôle dissuasif est ainsi avéré de l'allocation des indemnisations punitives. Cette hypothèse se justifie clairement dans le cas où une faute grave a été commise, alors que les dommages-intérêts compensatoires alloués étaient légers puisque le préjudice subi était dérisoire. Ici, apparaît la discussion sur l'insuffisance de la fonction indemnitaire de la réparation, ainsi que l'importance de la mise en application d'une indemnisation punitive qui serait plus équitable et adéquate⁶⁸¹.

414. – On peut en déduire ainsi le caractère complémentaire⁶⁸², et non pas contradictoire, de l'indemnisation punitive, avec celui compensatoire. Par conséquent, cette solution aurait pour effet d'indemniser d'autres chefs de préjudices, autres que ceux réparés par les dommages-intérêts compensatoires, ainsi que de dissuader l'auteur du préjudice de commettre des actes illicites de nature à causer un tel préjudice. Par ailleurs, un rôle positif des dommages-intérêts punitifs a été relevé, celui de l'établissement d'une certaine cohérence dans l'économie du marché⁶⁸³.

2. L'aboutissement à une indemnisation effective : un aspect économique

415. – On mettra la lumière sur le fait de l'efficacité de l'indemnisation allouée (a), avant d'indiquer le rapport entre l'approche économique et l'indemnisation punitive (b).

⁶⁸⁰ V. en ce sens, Cass. Civ., n° 116D, 16 janvier 1996, cités par Maurice Nussenbaum, *Analyse économique du droit, quelques points d'accroche - L'appréciation du préjudice*, LPA, 19 mai 2005, N° 99, p. 79.

⁶⁸¹ V. *Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, pp. 1252-1253.

⁶⁸² V. en ce sens, G. Viney, rapport de synthèse, *colloque CEDAG*, 21 mars 2002, LPA, 2002, N°232, p. 70. Sur la fonction non réparatrice des dommages-intérêts punitifs, pourtant « Ils n'ont en effet d'utilité qu'à la condition précisément d'ajouter à l'indemnisation intégrale, qui reste intacte, une sanction de nature civile ».

⁶⁸³ *Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, p. 1253.

a. L'efficacité de l'indemnisation allouée

416. – Une des fonctions essentielles de l'allocation des dommages-intérêts punitifs est l'établissement d'une indemnisation plutôt effective. On peut relever ainsi la règle d'équité, dans le sens où une indemnisation doit être accordée à la partie lésée afin de ne pas permettre à l'auteur du préjudice d'échapper à la responsabilité. Une telle hypothèse est de nature à justifier l'allocation des indemnisations punitives⁶⁸⁴. L'idée d'une telle indemnisation est alors de ne pas se contenter de l'appréciation purement mathématique des préjudices réellement subis⁶⁸⁵, notamment parce que, dans certains cas, l'indemnisation compensatoire ne répare pas toujours toutes les dimensions de la perte subie en raison de certaines difficultés pratiques qui pourraient être envisagées par la partie lésée. Dès lors, c'est plutôt la tendance vers une indemnisation d'une manière adéquate⁶⁸⁶.

417. – En outre, l'évaluation de l'indemnisation punitive s'effectue sur la base du degré de la faute commise, en prenant en compte l'enrichissement que cette faute pourrait apporter à l'auteur du préjudice afin de sanctionner la faute lucrative⁶⁸⁷. Partant de la même idée refusant l'enrichissement injustifié, certains reprochent aux dommages-intérêts punitifs, ainsi qu'à l'indemnisation privée en général, le fait qu'ils engendreraient un enrichissement sans cause de la partie lésée⁶⁸⁸. Par contre, la réponse à cette hypothèse est que l'indemnisation punitive sert, dans le sens inverse, à prohiber l'enrichissement illégitime de l'auteur du préjudice, notamment dans le cas de l'établissement d'une faute lucrative⁶⁸⁹. D'où, un autre aspect de l'efficacité de

⁶⁸⁴ V. Steve P. Calandrillo, *Penalizing punitive damages, Why the supreme Court needs a lesson in law and economics*, *Geo. Wa. L. Rev.*, Vol. 78, 2010, *op. cit.*, p. 774 en affirmant que : « *punitive damages should be granted only where tortfeasors have the potential to escape liability for their actions, and they should be awarded in that case even if the defendant in no way meets the modern requirement of egregious behavior* ».

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 799.

⁶⁸⁶ V. en ce sens, *Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, p. 1255.

⁶⁸⁷ Sur l'indemnisation de la faute lucrative, v. Daniel Fasquelle, *L'existence de fautes lucratives en droit français, colloque CEDAG, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage, À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, 21 mars 2002, *LPA*, 20 novembre 2002, N° 232, p. 34.

⁶⁸⁸ A. Jault, *La notion de peine privée*, *LGDJ*, 2005, n° 286 et s.

⁶⁸⁹ G. Robin, *Les dommages et intérêts punitifs dans les contrats internationaux*, *RDAI*, 2004/3, pp. 254 et s. ; J. Meadel, *Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ?*, *LPA*, 17 avril 2007, N° 77, p. 6 ; Contra R. Mesa, *La consécration d'une responsabilité civile punitive, une solution au problème des fautes lucratives ?*, *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, N° 325, p. 15.

l'allocation des indemnisations punitives en comblant les règles traditionnelles de l'indemnisation dans le droit de la responsabilité en la matière⁶⁹⁰.

418. – Comme le professeur M. Nussenbaum a relevé sur l'aspect économique de l'indemnisation punitive, il est constaté que « l'analyse économique du droit a d'abord eu pour objet d'analyser l'efficacité des règles de droit. Elle s'est développée dans les pays anglo-saxons pour montrer que les règles juridiques du *common law* favorisent une allocation efficiente des ressources, c'est-à-dire une situation d'optimum économique »⁶⁹¹.

b. Le rapport entre l'approche économique et l'indemnisation punitive

419. – L'impact de l'approche économique sur l'allocation d'indemnisation punitive. – Les spécialistes en matière d'économie, ainsi que les juristes, considèrent que l'allocation des indemnisations punitives a pour effet de permettre une dissuasion optimale par le fait de réparer les préjudices de la partie lésée, dans le cas où le débiteur a réussi à éviter l'établissement de sa responsabilité et n'avait pas abouti à indemniser tous les préjudices subis.

420. – Vision critique. – Par ailleurs, il est important de souligner, dans ce cas, qu'aucun degré de l'établissement de la mauvaise foi ou la commission d'une faute intentionnelle n'est exigé afin que l'allocation des dommages-intérêts punitifs soit justifiée dans l'hypothèse susmentionnée. Par contre, une approche économique du sujet peut nous conduire à constater que le fait de l'imposition des indemnisations punitives, au-delà du préjudice réellement subi, tout simplement parce que le comportement de l'auteur de ce préjudice était moralement répréhensible, aurait des effets négatifs sur le marché et les opérations de transactions internationales. Cette solution pourrait ainsi aboutir à une sorte de dissuasion exagérée, qui conduirait à une inflation des prix de marchandises ainsi qu'à une augmentation très probable des charges de l'assurance⁶⁹².

⁶⁹⁰ V. *Clunet*, N° 4, 2010, *op. cit.*, p. 1256.

⁶⁹¹ Maurice Nussenbaum, *L'appréciation du préjudice*, *LPA*, 19 mai 2005, N° 99, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁹² V. Steve P. Calandrillo, *Penalizing punitive damages, Why the supreme Court needs a lesson in law and economics*, *Geo. Wa. L. Rev.*, 2010, *op. cit.*, p. 802.

Toutefois, l'analyse économique représente un socle important de l'allocation des indemnités punitives. Une telle analyse « aboutit à la constatation que la fonction indemnitaire de compensation du préjudice n'est pas la fonction la plus utile du système de réparation car celle-ci est mieux réalisée par l'assurance, qui est à la fois moins coûteuse et plus efficace⁶⁹³ ». Il est important de souligner, à ce stade, que l'indemnité punitive ne repose pas seulement sur un aspect économique. Un aspect juridique a toujours existé dans le cadre de la mise en application d'une telle indemnité, qui se traduit dans le concept de la sanction de la faute sur la base du respect du droit⁶⁹⁴.

PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEMNISATION PUNITIVE PAR LES ARBITRES INTERNATIONAUX

421. – Il est alors important d'exposer, d'une part, l'étendue du pouvoir des arbitres pour l'allocation des indemnités punitives (A) et, d'autre part, la controverse sur l'admissibilité de l'allocation des indemnités punitives dans la jurisprudence arbitrale internationale (B).

A. L'étendue du pouvoir des arbitres pour l'allocation des indemnités punitives

422. – On commencera par traiter le rôle exercé par les arbitres pour garantir l'allocation des indemnités punitives (1), avant d'aborder le cadre juridique du pouvoir des arbitres à cet égard (2).

1. Le rôle exercé par les arbitres pour garantir l'allocation des indemnités punitives

423. – Les arbitres doivent veiller à garantir une allocation des indemnités punitives tant efficaces, par l'intermédiaire du respect de la convention d'arbitrage conclu, (a) que proportionnées (b).

⁶⁹³ M. Nussenbaum, *L'appréciation du préjudice*, *LPA*, 19 mai 2005, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁹⁴ G. Viney, rapport de synthèse, *colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N°232, p. 70.

a. L'arbitre international en tant que garant de l'efficacité des dommages-intérêts punitifs alloués : L'obligation du respect de la convention d'arbitrage conclu

424. – Les arbitres, statuant sur les litiges d'arbitrage commercial international doivent examiner attentivement l'existence d'une clause expresse dans la convention d'arbitrage incluant ou excluant l'application des dommages-intérêts punitifs au litige arbitrale soumis. Cela sous la réserve que cette règle prescrite par les parties ne viole pas une autre règle impérative du droit applicable⁶⁹⁵. Même encore, les arbitres doivent également déterminer si les parties, en dehors de la conclusion d'une clause expresse permettant l'indemnisation punitive, avaient l'intention de faire appliquer des dommages-intérêts punitifs à leur litige arbitral. Pour cela, les arbitres vérifient si les parties ont expressément choisi une loi applicable au fond du litige qui permet l'allocation des indemnisations punitives. Enfin, même si le Tribunal arbitral est convaincu qu'il dispose à juste titre du pouvoir d'octroyer des dommages-intérêts punitifs, il devrait aussi vérifier si les circonstances qui ont eu lieu étaient de nature de justifier un tel pouvoir, afin de ne pas mettre en cause, plus tard, la validité de la sentence allouant ce type d'indemnisation⁶⁹⁶.

425. – On peut en déduire, alors, le fait que les arbitres prennent surtout en considération les chances d'une décision des dommages-intérêts punitifs forcée, ainsi que les chances d'une attribution de dommages-intérêts punitifs non contestés au stade de l'exécution⁶⁹⁷. En conclusion, dans un effort pour éviter de compliquer encore les choses, il est recommandé que les arbitres, pour rendre une sentence appartenant à l'allocation des dommages-intérêts punitifs, doivent vérifier que leur sentence arbitrale aura une grande probabilité d'être appliquée. Les parties à l'arbitrage, de leur côté, attachent aussi une grande importance au caractère exécutoire de la sentence. Ainsi, l'octroi de dommages-intérêts punitifs devrait être totalement justifiable afin d'anticiper les défis à l'étape de l'exécution de la sentence⁶⁹⁸. Il apparaît de cette illustration qu'il

⁶⁹⁵ V. S. Estreicher & S.C. Bennett, *Public policy limits on punitive damage clauses*, *New York L.J.*, Vol. 1, No. 6, 2006, p. 236.

⁶⁹⁶ J.Y. Gotanda, *Awarding punitive damages in international commercial arbitrations in the wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, *Harv. I.L.J.*, Vol. 38, N° 1, 1997, pp. 85-87.

⁶⁹⁷ V. en ce sens, Darlene S. Wood, *International arbitration and punitive damages: delocalization and mandatory rules: now that non-state parties are using international law, the question whether punitive damages arbitration awards can be enforced has become more important*, article publié le 1^{er} octobre 2004, sur le site internet www.highbeam.com/doc/1G1-125407434.html, (consulté le 12 février 2013).

⁶⁹⁸ Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration : Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, p. 289.

faut se référer, en premier lieu, à la volonté des parties lors de la mise en application des indemnisations punitives. Les parties désirant ainsi l'exclusion de l'octroi des dommages-intérêts punitifs en matière d'arbitrage devraient prévoir, dans leur convention d'arbitrage, que les arbitres ne sont pas autorisés à les accorder en sus des dommages-intérêts compensatoires, ainsi qu'elles devraient prendre soin de ne pas se référer à des règles ou lois permettant leur mise en application⁶⁹⁹. Par ailleurs, l'appuie sur la convention d'arbitrage constitue une garantie juridique par les arbitres en vertu du principe de l'autonomie de la clause compromissoire⁷⁰⁰.

426. – Les difficultés de l'allocation des dommages-intérêts punitifs. – Afin d'assurer l'attribution des dommages-intérêts punitifs en matière d'arbitrage, certaines conditions préalables doivent être prises en compte par les arbitres, dont le respect serait important lors d'une sentence allouant de telles indemnisations. A cette fin, il est important d'établir si le débiteur s'est comporté avec certaine malveillance ou imprudence, et s'il a procédé à des manœuvres frauduleuses, pour justifier sa condamnation à une telle peine privée. Par ailleurs, en cas de violation d'une norme internationale, les arbitres peuvent recourir à l'allocation des indemnisations punitives, selon certains, dans le seul cas où une mauvaise foi serait établie, ou dans le cas où une indemnisation compensatoire serait insuffisante pour dissuader le débiteur. Les arbitres doivent aussi se fonder, dans ce cas, sur des preuves claires et non équivoques afin d'accueillir une demande d'indemnisation punitive, ainsi qu'ils sont supposés recourir, même dans le cas où l'allocation des indemnisations punitives est bien justifiée, à une évaluation non excessive de telles indemnisations, sous peine d'envisager le risque de l'annulation de la sentence rendue en ce sens par les juridictions nationales de contrôle⁷⁰¹. Il apparaît ainsi, à ce stade, les difficultés pratiques que les arbitres peuvent envisager dans le cadre de l'allocation des indemnisations punitives.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, pp. 291-292.

⁷⁰⁰ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, *Droit du commerce international*, D. 2^e éd., 2010, pp. 842-843.

⁷⁰¹ V. S.P. Bedell, *Punitive Damages in Arbitration*, 21 *J. Marshall L. Rev.*, 1988, 43-44.

b. L'arbitre international en tant que garant de l'allocation des dommages-intérêts punitifs proportionnés

427. – L'allocation des dommages-intérêts punitifs ne doit pas être trop disproportionnée. – Dès lors, l'intérêt de respecter les exigences précitées par les arbitres est de garantir l'allocation de dommages-intérêts punitifs pas trop disproportionnés⁷⁰². En outre, cette prudence, ainsi que l'adoption de critères clairs, dans l'allocation de telles indemnités punitives auraient pour effet d'encourager les parties, lors de la conclusion de leurs conventions d'arbitrage, à ne pas se méfier de ce moyen d'indemnisation. Une solution qui vise à apporter plus de confiance envers l'allocation d'indemnisation punitive, ce qui aurait une répercussion positive sur sa mise en œuvre en tant que mode de réparation en matière d'arbitrage⁷⁰³.

La condition de la proportionnalité des dommages-intérêts punitifs est bien reconnue aussi en droit français⁷⁰⁴. Un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 1^{er} décembre 2010 a décidé que, dans l'ordre international, même si les dommages-intérêts punitifs ne sont pas contraires à l'ordre public international français, ils doivent toujours être proportionnés par rapport au préjudice subi et aux manquements du débiteur⁷⁰⁵. Par conséquent, le pouvoir de l'arbitre international d'accorder une telle indemnisation est limité dans son exercice selon le

⁷⁰² Philippe Delebecque, *Droit du commerce international, Chron., RTD com.*, 2011, *op. cit.*, pp. 666-667. En relevant, notamment, le caractère excessif et disproportionné des dommages-intérêts punitifs. Dans l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 2010 n° 09-13.303 relevé dans l'article, il apparaît clairement la légitimité du doute envers l'allocation des indemnités punitives. Il s'agit d'une demande d'exequatur en France d'une décision étrangère par les époux Schlenzka de nationalité américaine, et que la société française *Fontaine Pajot* a réclamé le refus de l'exequatur de cette décision qui a été rendue contre eux par la Cour Suprême de Californie. Cette dernière a condamné la société française à verser aux époux Schlenzka une somme de 1 391 650 dollars américains pour la remise en état du bateau fabriqué par la société française qu'ils avaient acheté, et 402 804 dollars américains pour les frais d'avocats, plus 1 460 000 dollars américains en tant que dommages-intérêts punitifs. Ainsi une indemnisation d'une somme totale de 3 253 734 dollars américains. La cour de cassation en l'espèce a refusé l'exequatur de ce jugement étranger à cause de son disproportionnement manifeste par rapport au préjudice subi et aux manquements contractuels relevés.

⁷⁰³ V. Andrew Matheson & Pamela Rogers Chepiga, « *Available in America: Punitive damages in arbitration* », *I.A.L.R.*, Vol. 7, N° 4, 2004, pp. 116-117.

⁷⁰⁴ Véronique Wester-Ouisse, *La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs !, Responsabilité Civile et Assurances*, N° 3, mars 2011, pp. 9-10.

⁷⁰⁵ Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13.303, *Bull. civ. I, D.* 2011, p. 423, note Licari, *RTD civ.* 2011, pp. 122 et s., spéc. pp. 125-126, obs. Fages, *JCP G* 2011, n° 6.140, pp. 257-259, note J. Juvénal.

principe de la proportionnalité, et cela sous peine que la sentence, allouant ce type d'indemnisation, soit annulée⁷⁰⁶.

428. – Enfin, il est important de souligner deux observations importantes quant aux critères de disproportionnement. D'une part, le disproportionnement des dommages-intérêts punitifs se mesure, selon un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 7 novembre 2012, à l'aune des dommages-intérêts compensatoires alloués⁷⁰⁷. Une telle solution paraît tout à fait logique et adéquate puisque l'indemnisation principale doit correspondre au préjudice réellement subi, alors que l'autre indemnisation punitive, qui est censée intervenir pour réparer les autres chefs de préjudices non indemnisés, ne peut pas certes excéder cette indemnisation compensatoire octroyée, et doit être proportionnée avec celle-ci. Dès lors, les arbitres internationaux doivent prendre en considération cet aspect de proportionnement dans le cadre de l'allocation des dommages-intérêts punitifs afin de garantir l'efficacité de leurs sentences. D'autre part, le disproportionnement doit être relevé par rapport à deux éléments cumulatifs, d'après la décision de la Cour de cassation française susmentionnée du 1^{er} décembre 2010, qui sont le préjudice subi et l'acte illicite commis par le débiteur⁷⁰⁸.

429. – Analyse critique. – Il nous paraît que les critères avancés pour l'appréciation du disproportionnement auront pour conséquence d'octroyer un pouvoir discrétionnaire large au juge de contrôle. Par conséquent, les décisions des dommages-intérêts punitifs rendues par les Tribunaux arbitraux internationaux seront confrontées au risque de ne pas être exécutées. Pour cette raison on partage une solution juridique plus nette invoquée à cet égard, selon laquelle « mieux vaudrait alors exiger que la disproportion soit “manifeste”. Cela rendrait mieux prévisible et contrôlable un refus d'*exequatur*⁷⁰⁹ ».

⁷⁰⁶ Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public, L'ordre public et l'arbitrage*, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

⁷⁰⁷ Cité par François-Xavier Train, *L'ordre public et l'arbitrage*, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

⁷⁰⁸ Philippe Stoffel-Munck, *JCP G, Responsabilité civile, Régime de la réparation*, n° 15, 11 avril 2011, p. 718.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

2. Le cadre juridique du pouvoir des arbitres pour l'allocation des indemnisations punitives

430. – Un pouvoir douteux. – Il est logique de supposer que le Tribunal arbitral dispose de la même compétence que celle des juridictions nationales dans le cadre de l'allocation d'indemnisations conformément à la loi nationale applicable au fond du litige. Toutefois, les pouvoirs des arbitres internationaux ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux des juges nationaux, notamment en ce qui concerne l'allocation des indemnisations punitives⁷¹⁰. Ainsi, la question sur l'étendue des pouvoirs des arbitres par rapport à ceux des juges, notamment dans notre cas concernant l'indemnisation punitive, peut vraisemblablement se poser. Il faut constater, tout d'abord, le fait que les arbitres trouvent leur pouvoir de statuer sur le litige arbitral dans la convention d'arbitrage conclue. Par conséquent, afin de déterminer la loi applicable dans le cas de l'octroi des dommages-intérêts punitifs en matière d'arbitrage, il est nécessaire d'examiner la loi applicable au fond du litige ainsi que la loi du siège de l'arbitrage⁷¹¹.

Dès lors, il est important, dans le cadre de l'allocation des indemnisations punitives dans l'arbitrage international, de trouver la réponse à la question relative au sujet de l'étendue du pouvoir des arbitres pour imposer des telles indemnisations. Une telle réponse reste floue et équivoque. Or, les arbitres doivent traiter les demandes des dommages-intérêts punitifs, ainsi que les dommages-intérêts privés en général, avec beaucoup de prudence. Ainsi, ils doivent examiner leur pouvoir d'accorder une telle indemnisation conformément à la loi applicable au fond du litige. En outre, même si une demande des dommages-intérêts punitifs est recevable en vertu de la loi applicable au fond du litige, les arbitres doivent toujours examiner leur pouvoir de les

⁷¹⁰ V. en ce sens, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern et Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Kluwer, 2009, p. 528.

⁷¹¹ Sur le point de vue soutenant le fait que les Tribunaux arbitraux disposent de pouvoirs plus larges que les juridictions nationales, v. Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2004, para. 8–11, p. 423.

accorder en examinant la portée de la convention d'arbitrage⁷¹² ainsi que la loi de la *lex arbitri*. En effet, le pouvoir des arbitres d'accorder des indemnisations punitives paraît ainsi douteux⁷¹³.

Ainsi, afin de bien aborder le sujet du pouvoir de l'arbitre international pour accorder des dommages-intérêts punitifs, il est important de souligner qu'il s'agit de deux questions juridiques distinctes. La première consiste dans le fait du pouvoir de l'arbitre d'accorder une indemnisation punitive, alors que la deuxième consiste dans le fait de la validité de cette indemnisation allouée. L'importance de cette distinction revient à la détermination de la loi applicable dans chacune des deux hypothèses précédées.

431. – Cette distinction a été relevée dans la doctrine. On peut invoquer à ce stade ce que le professeur Farnsworth a soulevé dans le cadre de l'examen des circonstances dans lesquelles les arbitres internationaux peuvent accorder des dommages-intérêts punitifs. Il a précisé que cette question comporte deux aspects. Tout d'abord, les arbitres doivent vérifier si le litige soumis est susceptible de l'allocation d'une telle indemnisation conformément au droit procédural applicable. Alors que l'autre aspect consiste en l'examen des arbitres, de leur pouvoir, strictement dit, d'allouer ce type d'indemnisation conformément à la loi applicable au fond du litige⁷¹⁴. Une observation similaire a été relevée consistant à préciser que les arbitres internationaux, en envisageant une réclamation des dommages-intérêts punitifs, doivent examiner, d'un côté, la validité de l'allocation d'une telle indemnisation selon la loi applicable au fond ainsi que d'en vérifier, d'un autre côté, leur pouvoir malgré la non contradiction avec cette première loi⁷¹⁵. Dès lors, il est important d'indiquer la loi applicable au pouvoir de l'arbitre international pour accorder une indemnisation punitive (a), qui doit être la loi procédurale régissant le litige arbitral. Il est aussi important de déterminer la loi qui gouverne la validité de l'allocation d'une telle indemnisation (b), qui est la loi applicable au fond du litige.

⁷¹² On peut trouver des conventions d'arbitrage dont les dispositions sont suffisamment larges afin d'accorder, expressément ou implicitement, au Tribunal le pouvoir d'allouer des indemnisations punitives, v. par exemple *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, CIRDI*, affaire n° ARB (AF)/99/1, décision provisoire sur la compétence, rendue le 6 décembre 2000, *I.L.M.*, Vol. 40, 2001, p. 615.

⁷¹³ V. Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration : Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, Vol. 27, N° 3, *op. cit.*, p. 283.

⁷¹⁴ E. Allan Farnsworth, *Punitive damages in arbitration*, *Stetson L. Rev.*, 1991, Vol. 20, N° 2, pp. 395, 398.

⁷¹⁵ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern et Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Kluwer*, 2009, *op. cit.*, p. 531.

a. La loi applicable au pouvoir de l'arbitre international d'accorder une indemnisation punitive

432. – La question du pouvoir des arbitres d'accorder une indemnisation punitive est une question dont la réponse se trouve dans la loi d'arbitrage applicable. En effet, cette loi est celle qui régit tous les aspects liés à la conduite de la procédure arbitrale y compris les questions relatives aux pouvoirs des arbitres. Par conséquent, la loi de l'arbitrage est de nature procédurale, ce qui explique pourquoi un certain nombre de commentateurs y font référence comme un droit procédural⁷¹⁶.

433. – Dès lors, il est établi que la question du pouvoir des arbitres internationaux, inclut celui d'accorder une indemnisation punitive, relève de ce droit procédural. Une solution qui nous conduit à répondre à deux questions pertinentes ; D'abord, comment désigne-t-on la loi procédurale d'arbitrage ? La seconde est relative au sort de l'allocation des dommages-intérêts punitifs en cas de silence d'une telle loi.

D'une part, il est bien reconnu que le choix de la loi procédurale de l'arbitrage relève de la volonté des parties⁷¹⁷. En l'absence d'un tel choix, il est admis que la loi du siège de l'arbitrage doit être appliquée. Sachant que, pratiquement, il sera logique que le choix des parties porte sur la loi du pays où l'arbitrage international a lieu afin d'éviter des conflits juridiques concernant la validité ou l'efficacité de la sentence rendue, ce qui aurait des répercussions sur une décision des dommages-intérêts punitifs⁷¹⁸. Un choix d'une loi procédurale qui désigne les règlements de l'arbitrage d'une institution arbitrale reste toujours un choix pratique et fréquent⁷¹⁹.

⁷¹⁶ La loi procédurale d'arbitrage (*la lex arbitri* ou loi de l'arbitrage) ne doit pas être confondue avec la loi applicable au fond du litige ou la loi de fond (*la lex causae* ou *lex contractus*).

⁷¹⁷ V. par ex. La convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dans l'article 3.1, prévoit que c'est la volonté des parties qui gouverne leur contrat dont aucune limitation ne doit être imposée.

⁷¹⁸ V. en ce sens, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern et Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Kluwer, 2009, *op. cit.*, p. 87.

⁷¹⁹ Sachant que la plupart des règlements des institutions d'arbitrage ne prévoient aucune disposition sur l'admissibilité ou le refus des dommages-intérêts punitifs. Par ex. c'est le cas pour les règlements de la *CNUDCI*, *CCI* et *LCIA* qui restent silencieux en la matière.

D'autre part, on envisage le cas où la loi procédurale de l'arbitrage ne porte aucune indication sur le pouvoir des arbitres pour accorder des dommages-intérêts punitifs. Dans ce cas, certains opposent le fait que les arbitres peuvent accorder des indemnités punitives⁷²⁰, vu qu'il ne s'agit pas d'une disposition expresse pour les permettre, ce qui reflète le caractère exceptionnel de ce type d'indemnité selon cette opinion. Par contre, une autre opinion juridique accepte un tel pouvoir pour les arbitres internationaux en cas de silence des dispositions de la loi procédurale de l'arbitrage. Selon cette opinion, ce cas de silence juridique ne peut pas signifier de retirer aux arbitres le pouvoir de l'allocation des dommages-intérêts punitifs sans justification valable⁷²¹.

b. La loi régissant la validité de l'allocation d'une indemnité punitive

434. – Il est bien établi que la question de la validité des dommages-intérêts punitifs relève de la loi applicable au fond du litige, et non pas de la loi procédurale. Une controverse sur ce sujet n'affecte néanmoins pas l'établissement de cette règle. En fait, les systèmes juridiques de droit international privé établissent une distinction fondamentale entre les questions de procédures et de fond. Toutefois, les frontières entre les questions de fond et celles de procédures peuvent parfois être floues ou indécises⁷²². Par contre, il est clair que la qualification juridique du sujet de la validité de l'allocation des dommages-intérêts punitifs relève évidemment d'une question de fond. Cette soumission à la loi de fond est claire en raison de la différence fondamentale, affectant les droits substantiels des parties, entre le cas où il ne s'agit que d'un seul droit aux dommages-intérêts compensatoires et l'autre cas où il s'agit d'un droit aux dommages-intérêts compensatoires et exemplaires. Ce qui prouve l'appartenance de cette question à la loi de fond⁷²³.

⁷²⁰ V. par ex. *Garrity c. Lyle Stuart, Inc.*, 40 N.Y. 2d 354 – *N.Y. Court of Appeals* 1976, Thomas J. Stipanowich, *Punitive damages in arbitration*, *Boston Univ. L.R.*, Vol. 66, nov. 1986, N° 5, pp. 959 et s.

⁷²¹ V. Markus Petsche, *Punitive damages in international commercial arbitration: A conflict of laws lesson*, *J. Int. Arb.*, 2013, Vol. 30, N° 1, p. 36.

⁷²² James Fawcett, Janeen M. Carruthers et Peter North, *Cheshire, North & Fawcett, Private international law*, 14^e éd., *Oxford*, 2008, pp. 75-80.

⁷²³ V. Markus Petsche, *J. Int. Arb.*, 2013, *op. cit.*, p. 37.

Plus particulièrement, en ce qui concerne les réclamations contractuelles, la question de la validité des dommages-intérêts punitifs doit relever certes de la loi de fond qui est en fait la loi gouvernant le contrat ou la *lex contractus*. On peut trouver aussi cette solution déjà relevée dans la doctrine. On peut invoquer, par exemple, l'aboutissement à cette conclusion par Rouhette en constatant expressément que la loi applicable aux dommages-intérêts punitifs en matière contractuelle est celle de la *lex contractus*⁷²⁴. Dès lors, il s'avère incontestable que la validité de l'indemnisation punitive, notamment en matière contractuelle, est évidemment une question de fond⁷²⁵. Cette illustration représente une importance majeure, vu que les différends soumis à l'arbitrage ont presque toujours d'un caractère contractuel. En effet, ces types de différends sont, en principe, soumis à l'arbitrage en vertu d'une convention d'arbitrage dont les parties ont conclu dans le cadre de leur opération contractuelle. Par conséquent, il s'avère logique que les Tribunaux arbitraux internationaux appliquent la loi régissant ce contrat ou la *lex contractus* au fond du litige. D'où l'application de la *lex contractus* à toutes les demandes formulées par les parties, y compris les demandes de dommages-intérêts punitifs.

435. – La difficulté juridique de l'allocation des indemnisations punitives. – On peut citer à ce propos des exemples de la pratique arbitrale. Dans l'affaire *CCI* n° 8445 en 1996, il s'agissait d'un accord conclu entre les parties du litige qu'ils ont soumis à la loi indienne⁷²⁶. Une demande de dommages-intérêts punitifs a été effectuée par les demandeurs au litige pour violation de l'accord conclu. Par conséquent, le Tribunal a déclaré qu'il n'était pas en mesure d'accorder une telle indemnisation, en l'espèce, vu que la *lex contractus* choisie par les parties ne les permet pas. En effet, la loi indienne ne permet qu'une indemnisation compensatoire en matière contractuelle en raison de la perte subie, et non pas une indemnisation punitive⁷²⁷. Dans une autre affaire *CCI* n° 5946 en 1991⁷²⁸, on constate que les parties ont choisi la loi de l'État de New York comme loi régissant leur contrat. Lors de l'examen du tribunal de la demande pour dommages-intérêts punitifs, il a reconnu l'applicabilité de la *lex contractus* à cette demande. Notant que le Tribunal, en l'espèce, a finalement refusé d'examiner l'attribution de tels

⁷²⁴ V. Thomas Rouhette, *The availability of punitive damages in Europe : Growing trend or nonexistent concept ?*, *Def. Couns. J.*, Vol. 74, N° 4, octobre 2007, *op. cit.*, p. 329.

⁷²⁵ V. aussi Patrick J. Brochers, *Punitive damages, Forum shopping, and the conflict of laws*, *La. L.R.*, *Symposium on punitive damages*, 2010, Vol. 70, N° 2, pp. 529, 545.

⁷²⁶ Sentence *CCI* n° 8445/1996, *YBCA*, Vol. XXVI, 2001, p. 167.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 178.

⁷²⁸ Sentence *CCI* n° 5946/1990, *YBCA*, Vol. XVI, 1991, p. 97.

dommages pour une autre raison étrangère qui s'explique par le fait qu'une telle décision aurait été contraire à l'ordre public du siège suisse d'arbitrage⁷²⁹. Une pratique ainsi constante est établie dans l'arbitrage commercial international pour soumettre la question de la validité des dommages-intérêts punitifs sous l'égide de la loi applicable au fond du litige⁷³⁰.

436. – Enfin, il nous semble intéressant de relever deux observations pertinentes ; D'une part, il est important de souligner le cas de conflit potentiel des lois entre la loi procédurale et la loi de fond de l'arbitrage concernant l'admissibilité de l'allocation des dommages-intérêts punitifs. Dès lors, il nous semble plus approprié de reconnaître un rôle cumulatif de ces deux lois régissant le litige arbitral international. Autrement dit, les deux lois doivent permettre une telle indemnisation pour que l'arbitre puisse l'accorder à la partie lésée. Une raison tant juridique que pratique peut justifier cette solution. La justification juridique consiste dans le fait que la validité de l'allocation d'une indemnisation punitive ne peut être possible que dans le cas où l'arbitre dispose de ce pouvoir. En outre, une justification pratique s'explique par la prudence des arbitres internationaux de rendre une sentence efficace et susceptible d'être exécutée, ce qui est toujours d'ailleurs le but des parties au litige. D'autre part, il faut tenir compte de l'importance du respect de l'ordre public de l'Etat du siège de l'arbitrage, par les arbitres internationaux, dans le cadre de l'allocation de dommages-intérêts punitifs. Cette solution nous semble convaincante dont la justification juridique réside dans l'idée que l'arbitrage ne doit pas être un instrument de contournement de l'ordre public étatique ou d'évasion face à cet ordre public quel qu'il soit. Ainsi, on peut constater un compromis juridique pour le conflit entre la souveraineté de l'Etat et l'autonomie de l'arbitrage⁷³¹. Une autre justification pratique s'illustre dans l'idée que l'arbitre international, malgré la reconnaissance de son autonomie, a néanmoins l'obligation de rendre une sentence efficace, ce qui lui conduit en fait à respecter la *lex causa*, y compris l'ordre public international⁷³². On peut parler alors de la responsabilité morale de l'arbitre⁷³³.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁷³⁰ V. Markus Petsche, *Punitive damages in international commercial arbitration : A conflict of laws lesson*, *J. Int. Arb.*, 2013, *op. cit.*, p. 39.

⁷³¹ Eric Loquin, *Propos introductifs, L'ordre public et l'arbitrage*, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

⁷³² Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris : LGDJ, 2013, pp. 815-816.

⁷³³ Stephanie Grayot, *Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public, L'ordre public et l'arbitrage*, colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

B. La controverse sur l'admissibilité de l'allocation des indemnisations punitives dans la jurisprudence arbitrale internationale

437. – On relèvera, dans ce qui suit, les réticences envers l'admissibilité de l'allocation des indemnisations punitives (1), et on montrera les critiques néanmoins soulevées à l'égard de cette position (2).

1. Réticences envers l'admissibilité de l'allocation des indemnisations punitives

438. – Il est nécessaire de chercher l'efficacité des indemnisations allouées par les arbitres. Ainsi, la partie lésée doit être capable d'avoir une indemnisation effective qui consiste, en partie, dans la validité de l'indemnisation qui lui est due. Or, les Tribunaux américains nous montrent quelques réticences en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales allouant des indemnisations punitives. Un courant de la doctrine affirme le fait qu'une sentence arbitrale internationale étrangère allouant des indemnisations punitives peut tout à fait être exécutée, avec notamment le support de la Convention de New York⁷³⁴ et le Comité international, même si la loi de l'Etat où l'exécution est demandée ne permet pas une telle exécution. Alors que selon un autre courant de la doctrine, la solution précédente est refusée. Les indemnisations punitives qui sont de nature à pénaliser le débiteur, et non pas de le condamner à réparer des vrais préjudices subis, ne peuvent pas être exécutées normalement dans un Etat étranger. Par conséquent, une telle indemnisation doit être déclarée non valable⁷³⁵. Cette hypothèse peut conduire à songer au caractère incertain quant à la validité des indemnisations punitives⁷³⁶.

439. – **Les difficultés juridiques relatives à l'exécution des indemnisations punitives octroyées.** – Même sous l'égide de la Convention de New York, l'allocation des dommages-intérêts punitifs par les arbitres ne serait certainement pas toujours susceptible d'être exécutée,

⁷³⁴ La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 juin 1958, a prévu dans l'article V (2) que : « *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance ou l'exécution sont requises constate : (...) b- Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays* ».

⁷³⁵ J.J. Fei, *Awards of Punitive Damages*, *Stockholm Arb. Rep.*, Vol. 2, 2004, pp. 31-32.

⁷³⁶ V. Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration : Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, *op. cit.*, p. 288.

notamment dans les pays qui ne reconnaissent pas ce type d'indemnisation⁷³⁷. Le refus d'exécuter une sentence allouant des indemnités punitives devrait être fondé sur l'article V.2 (b) de ladite Convention, ce qui permet de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public du pays où l'exécution a été réclamée⁷³⁸.

Toutefois, il n'existe certes pas de mécanisme juridique pour contrôler les indemnités punitives accordées par les arbitres, vu que les sentences arbitrales ne sont pas susceptibles d'appel ou de recours juridique au fond, ni par les juridictions étatiques ni par les juridictions émanant de certaines institutions arbitrales⁷³⁹.

Pour conclure, il faut relever qu'il s'agit toujours de controverses sur le fait de l'allocation des indemnités punitives par les arbitres, en soulevant l'appropriation ou non de l'allocation de telles indemnités dans le cas de sa contrariété avec l'ordre public. Notons que l'invocation de l'ordre public, dans ce contexte, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale allouant des indemnités punitives devrait être examinée et interprétée strictement et ne doit en aucun cas être appliquée largement⁷⁴⁰.

A ce propos, d'après un rapport rendu par le barreau de l'Etat de New York en 1989 sur les dommages-intérêts punitifs dans l'arbitrage commercial, des arguments importants ont été relevés à l'appui de la position, soulevant à la fois que les indemnités punitives ne devraient pas être autorisées dans l'arbitrage, et de l'autre position selon laquelle les dommages-intérêts punitifs devraient être autorisés dans des conditions appropriées⁷⁴¹.

Par ailleurs, selon une tendance majoritaire, l'ordre public devant être pris en compte, dans ce contexte, conformément à la Convention de New York de 1958, est l'ordre public

⁷³⁷ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, CIRDI*, affaire précitée n° ARB (AF)/99/1, décision provisoire sur la compétence, rendue le 6 décembre 2000, *I.L.M.*, Vol. 40, 2001, p. 615.

⁷³⁸ V. Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, *op. cit.*, para. 8–13, p. 425.

⁷³⁹ Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration : Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁴⁰ J.J. Fei, *Awards of Punitive Damages*, *Stockholm Arb. Rep.*, Vol. 2, 2004, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁴¹ E.A. Farnsworth, *Punitive Damages in Arbitration*, *Arb. Int.*, Vol. 7, N° 3, 1991, pp. 10–11.

international, et non pas l'ordre public interne de chaque Etat. Une solution qui constate et confirme l'application étroite de l'ordre public, en évitant une interprétation large par les arbitres⁷⁴².

440. – Conclusion. – De tout ce qui précède, il apparaît que, malgré la difficulté de se prononcer sur des dommages-intérêts punitifs, cette indemnisation peut, en principe, être accordée par les Tribunaux arbitraux internationaux. Toutefois, il est important de souligner que le concept des dommages-intérêts punitifs reste exceptionnel en droit international et notamment dans l'arbitrage international d'investissement⁷⁴³.

2. Les critiques soulevées à l'égard de la non-admissibilité de l'allocation des dommages-intérêts punitifs

441. – Selon le courant de la doctrine admettant l'allocation des indemnisations punitives, celles-ci deviennent de plus en plus une solution pratiquée de réparation. Même les pays traditionnellement opposés à ce type d'indemnisation ont commencé à montrer une attitude favorable à l'égard de l'adoption de l'allocation des dommages-intérêts punitifs, tant en matière délictuelle que dans le cadre d'un engagement contractuel. Et cela dans le but aussi d'allouer une indemnisation adéquate à la partie lésée. De ce point de vue, l'indemnisation punitive dans l'arbitrage peut être octroyée dans le but de jouer un rôle complémentaire au caractère indemnitaire de la réparation. Dans la même logique, l'existence des indemnisations punitives dans une sentence arbitrale n'est pas une raison suffisante afin de refuser l'exécution. L'idée qui renforce toujours le fait que les juridictions internes de contrôle doivent interpréter l'ordre public d'une manière très limitée et ne l'appliquent que dans les cas extrêmes⁷⁴⁴. Une telle position se base sur l'attention croissante, dans ces dernières années, envers l'allocation des dommages-intérêts punitifs dans l'arbitrage commercial international⁷⁴⁵. Ceci reflète la tendance de la

⁷⁴² Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration: Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁴³ V. J. R. Laird, *Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration*, *ICSID Review*, 2011, pp. 171-183.

⁷⁴⁴ V. J.J. Fei, *Awards of Punitive Damages*, *Stockholm Arb. Rep.*, Vol. 2, 2004, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁴⁵ V. M. Scott Donahey, *Punitive damages in international commercial arbitration*, *Journal Int. Arb.*, 1993, Vol. 10, N° 3, p. 67.

reconnaissance de l'allocation des indemnisations punitives, ainsi que l'adoucissement de l'hostilité contre ce type d'indemnisation par les pays de système juridique de *civil law* y compris le droit français⁷⁴⁶.

Ainsi, une tendance peut être relevée vers la mise en application des indemnisations punitives dans l'arbitrage commercial international⁷⁴⁷. Dans ce sens, les partisans de l'allocation des dommages-intérêts punitifs relèvent que les arbitres y ont souvent recours quand une telle indemnisation est prévue dans la loi du contrat ou dans la loi applicable au fond du litige⁷⁴⁸. En outre, une telle indemnisation, outre qu'elle sert à punir et dissuader une faute intentionnelle, joue aussi un rôle supplémentaire en ouvrant la porte pour indemniser la victime de la partie de son préjudice subi qui était considérée non-indemnisable. Par conséquent, le pouvoir d'allouer des indemnisations punitives par les arbitres doit être renforcé dans ce sens. D'une part, une telle solution aurait pour effet de garantir un régime compensatoire qui sera beaucoup plus équitable qu'un régime basé sur la seule fonction indemnitaire⁷⁴⁹. D'autre part, elle est un vrai réflexe des tendances judiciaires modernes⁷⁵⁰.

442. – Vision critique. – Après l'exposition des critiques soulevées plus haut à l'égard de la non-admissibilité de l'allocation des dommages-intérêts punitifs, notamment dans l'arbitrage international, il nous paraît néanmoins que les arguments précités sont peu convaincants. D'abord, il est important de rappeler que, de manière générale, dans les pays du système juridique du droit civil, ainsi que dans les droits européens en générale, l'indemnisation punitive n'est pas vraiment reconnue ou plutôt développée en tant que mode de réparation du préjudice⁷⁵¹. Par ailleurs, il est connu aussi qu'une telle indemnisation ne peut être accordée, même en droit anglais qu'en matière de responsabilité civile délictuelle. Et en tout cas, il a été relevé que, à ce

⁷⁴⁶ V. l'article 1371 de l'avant projet du réforme du droit des obligations du 22 septembre 2005.

⁷⁴⁷ V. sur la réparation à caractère punitif dans l'arbitrage *CCI*, Daniel de Andrade Levy, *L'abus de l'ordre juridique arbitral : contributions de la doctrine de l'abus de droit à l'arbitrage international*, thèse, Christian Larroumet (dir.), Paris 2, pp. 588 et s.

⁷⁴⁸ V. G. Viney, rapport de synthèse, *colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N°232, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁴⁹ V. sur le sujet de rôle et place des dommages-intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité civile, Patrice Jourdain, *Rapport introductif, colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N° 232, p. 5.

⁷⁵⁰ V. Kyriaki Noussia, Alexander von Humboldt et Max Planck, *Punitive damages in arbitration : Panacea or Curse ?*, *Journal of International Arbitration*, 2010, *op. cit.*, pp. 282 et 293-294.

⁷⁵¹ Aline Vignon-Barrault, *Les dommages et intérêts punitifs*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, pp. 87-89.

jour, seuls très peu de Tribunaux arbitraux ont accordé des dommages-intérêts punitifs, notamment dans les litiges commerciaux internationaux⁷⁵².

SECTION II. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE MORAL DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

443. – Le préjudice moral, par opposition au préjudice matériel, consiste dans l'atteinte aux intérêts dits extra-patrimoniaux. On trouve une allusion au préjudice extra-patrimonial dans l'article 1343 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations⁷⁵³. Il est aussi constaté la possibilité de l'indemnisation du préjudice moral pour les personnes morales⁷⁵⁴, et non seulement pour les personnes physiques. Une solution qui trouve une explication convaincante dans l'importance majeure que jouent les personnes morales en tant qu'agents de commerce sur la scène des transactions internationales⁷⁵⁵.

Dès lors, le préjudice moral est celui qui ne découle d'aucun préjudice matériel mathématiquement évaluable. Certains exemples réputés en la matière consistent dans l'atteinte à l'image de l'entreprise, l'atteinte à la clientèle, ainsi que l'atteinte à l'honneur ou au droit d'auteur. Ces types de préjudices peuvent ainsi donner lieu à une indemnisation bien qu'il ne s'agisse pas, en principe, de vraie dégradation pécuniaire subie par la partie lésée. Ainsi, la jurisprudence a admis l'indemnisation du préjudice en cas de violation du droit⁷⁵⁶. Par ailleurs, il est admis, dans la plupart des systèmes juridiques européens, que l'indemnisation du préjudice moral, comme tous les autres préjudices extrapatrimoniaux, constitue une dérogation juridique à l'application du principe de la réparation intégrale⁷⁵⁷.

⁷⁵² V. Markus Petsche, *Punitive damages in international commercial arbitration : A conflict of laws lesson*, *J. Int. Arb.*, 2013, Vol. 30, N° 1, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁵³ L'avant projet du réforme du droit des obligations en 2005 prévoit dans l'article 1343 que : « *Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif* ».

⁷⁵⁴ V. en ce sens, Stoffel-Munck, *Le préjudice moral des personnes morales*, in *Mélanges le Tourneau*, p. 959 ; Wester-Ouisse, *Le préjudice moral des personnes morales*, *JCP*, 2003, I, p. 145.

⁷⁵⁵ V. sur ce sujet, Smain Guennad, *Le préjudice moral des personnes morales*, dir. François Terré, thèse, Paris 2, 2011.

⁷⁵⁶ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *Bull. civ.*, I, n° 378, *D.* 1997, p. 403, note Laulom.

⁷⁵⁷ Fabrice Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, pp. 37-39.

444. – La consécration de l’indemnisation du préjudice moral dans le système juridique français. – Le droit français a reconnu depuis longtemps la réparation du préjudice moral. On peut relever, à cet égard, la généralité des termes de l’article 1382 du Code civil qui a contribué, dans une grande partie, à cette solution⁷⁵⁸. Conformément aux dispositions larges de cet article, rien n’empêche l’allocation d’indemnisation du préjudice tant matériel que moral. En outre, une telle solution peut toujours être valable en matière contractuelle que délictuelle nonobstant que l’article 1382 est classé sous le sujet des délits et quasi-délits dans le Code civil. Or, admettre l’existence d’une controverse sur ce sujet ne renverse pas néanmoins la large reconnaissance du principe de l’indemnisation du préjudice moral bien incarné dans le système juridique français⁷⁵⁹. On peut citer, à titre d’exemple, un arrêt récent de la Cour de cassation, rendu le 24 septembre 2013, qui constate que la violation de l’obligation de la concurrence loyale peut causer un préjudice moral. Un tel préjudice est déduit du comportement déloyal⁷⁶⁰.

445. – Dans le cadre de l’étude de ce sujet, on va exposer, d’une part, les traits essentiels de la mise en cause de l’indemnisation intégrale par la réparation du préjudice moral (Paragraphe I), et d’autre part, la mise en œuvre de l’indemnisation du préjudice moral dans la jurisprudence arbitrale internationale (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES TRAITES ESSENTIELS DE LA MISE EN CAUSE DE L’INDEMNISATION INTEGRALE PAR LA REPARATION DU PREJUDICE MORAL

446. – L’impact de l’indemnisation du préjudice moral sur le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice peut être illustré à travers l’exposition de l’objectif même d’une telle indemnisation (A), ainsi que par l’analyse critique du préjudice indemnisable dans ce contexte (B).

⁷⁵⁸ L’article 1382 du Code civil français dispose que : « *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁷⁵⁹ V. Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préface Patrice Jourdain, *LGDJ*, 2004, p. 115, n° 96.

⁷⁶⁰ Gaëlle Le Nestour Drelon, *De la qualification d’actes de dénigrement* “Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-19.790, P+B”, *RLDC*, décembre 2013, Act. 5305, pp. 23-24.

A. L'objectif de l'indemnisation du préjudice moral

447. – On verra qu'il s'agit indubitablement d'un objectif punitif de l'indemnisation morale (1), ainsi que d'un objectif économique et social (2).

1. La nature punitive de la réparation

448. – En principe, l'objectif d'indemniser un préjudice quelconque consiste toujours dans le fait d'octroyer des dommages-intérêts, afin de réparer le préjudice réellement subi par la partie lésée. Autrement dit, c'est pour remettre le créancier dans l'état où il aurait dû être si l'engagement juridique avait été bien exécuté, ou bien d'effacer les préjudices résultants de la détérioration des biens, ce qui n'est pas le cas dans l'indemnisation du préjudice moral⁷⁶¹.

Par conséquent, l'objectif de l'indemnisation du préjudice moral diffère de celui de l'indemnisation du préjudice matériel réellement subi. Or, le préjudice moral ne peut pas être évidemment supprimé par l'indemnisation pécuniaire allouée⁷⁶². Cette hypothèse montre l'objectif plutôt punitif par l'allocation des dommages-intérêts, sous forme d'une somme symbolique, ce qui signifie le fait de la réparation du préjudice morale par une peine privée⁷⁶³. Une solution qui ne suit pas la même logique de la nature purement indemnitaire du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice.

449. – Toutefois, des justifications juridiques ont été soulevées en faveur de l'indemnisation du préjudice moral⁷⁶⁴. D'abord, il est constaté que l'indemnisation, qui n'est pas destinée à supprimer le préjudice subi, est toujours possible. Une telle indemnisation existe souvent pour sanctionner aussi un préjudice matériel, c'est le cas lorsque le bien endommagé n'existe plus au marché. D'où l'indemnisation qui s'effectue sous la forme de remplacement⁷⁶⁵. En outre, l'indemnisation du préjudice moral relève d'une importance particulière en ce sens

⁷⁶¹ V. en ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations – 2. Le fait juridique*, 14^e éd., D. 2011, p. 171, n° 140.

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ V. Viney et Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, dir. Ghestin, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2006, n° 254.

⁷⁶⁴ V. Henri et Léon Mazeaud, et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n° 301 et s., pp. 400 et s.

⁷⁶⁵ V. Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, Vol. I – *Les Sources*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1988, n° 431.

qu'elle sert à réprimer la faute⁷⁶⁶, juridiquement établie, qui n'a pas néanmoins engendré de préjudices pécuniairement évaluables. Une cohérence juridique apparaît ainsi plus claire entre la nature indemnitaire et la nature punitive de l'indemnisation⁷⁶⁷.

450. – Il reste à soulever l'admissibilité de l'indemnisation du préjudice moral par la jurisprudence française. Une telle solution a été retenue depuis longtemps par les juridictions judiciaires⁷⁶⁸, ainsi que par les juridictions administratives⁷⁶⁹ françaises. Ainsi, une unification de position juridique vers l'indemnisation du préjudice moral apparaît clairement dans le système juridique du droit français. Une telle unification avec laquelle un revirement sur le principe de l'indemnisation du préjudice moral s'avère difficile. En outre, un tel principe se revêt d'un intérêt considérable, voire un progrès de plus en plus grand pour reconnaître des différents préjudices extra-patrimoniaux⁷⁷⁰.

2. La prise en compte de l'aspect économique et social de la réparation

451. – Le besoin de protéger les transactions sur le marché est un des aspects, qui nous semble important, et qui a amené à transposer l'indemnisation du préjudice moral en domaine des engagements contractuels. En effet, on constate qu'il est même admis d'indemniser un préjudice moral dans la phase précontractuelle. Pour en voir des exemples, la Cour d'Appel a pu condamner la rupture de l'engagement juridique dans la période de négociation, en allouant une indemnisation à la partie lésée, au titre de l'atteinte à la réputation⁷⁷¹, ainsi qu'au titre de l'échec

⁷⁶⁶ Pour indemniser un préjudice moral, il est établi qu'un objectif plutôt punitif envers l'auteur de la faute qu'indemnitaire pour la partie lésée est ainsi admis, v. par ex. Ch. mixte, 30 avril 1976, *RTD civ.*, 1976, n° 12, p. 556, obs. Durry.

⁷⁶⁷ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations – 2. Le fait juridique*, D. 2011, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁷⁶⁸ V. par ex. le célèbre arrêt "Dangereux", Ch. mixte, 27 février 1970, *JCP*, 1971, I, p. 2390, obs. J. Vidal.

⁷⁶⁹ C.E., 24 novembre 1961, Letisserand.

⁷⁷⁰ Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁷¹ C.A. Riom, 10 juin 1992, *RTD civ.*, 1993, pp. 343-344, obs. J. Mestre. En l'espèce, la Cour a condamné le défendeur à verser des dommages-intérêts de plus de 3 000 000 de francs français à la partie lésée pour la rupture fautive de la négociation pour conclure un contrat de concession automobile. Une telle rupture fautive de négociation a été considérée ainsi porter atteinte à la réputation de cette dernière.

d'une stratégie⁷⁷². Par ailleurs, la jurisprudence a aussi sanctionné à plusieurs reprises les préjudices moraux survenus en raison du manquement contractuel⁷⁷³.

452. – Un autre aspect social peut conduire à une condamnation en indemnisation d'un préjudice moral, dont le montant pourrait excéder la valeur du préjudice réellement subi. Notons qu'une telle conséquence ne paraît pas choquante du fait que le préjudice moral ne peut pas être monnayé par des dommages-intérêts de nature pécuniaire proprement dite. Il s'avère que dans le système juridique français, ainsi que dans plusieurs systèmes juridiques de *civil law* « le besoin d'apaiser la réprobation sociale est satisfait par l'allocation des dommages-intérêts en cas de préjudice moral »⁷⁷⁴. La nature punitive de l'indemnisation peut ainsi trouver une autre explication dans l'utilité sociale de réparer le préjudice moral. On peut en déduire alors le fait que cette approche sociale de l'indemnisation a pour effet de porter atteinte aussi au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice parce que le but de l'indemnisation est plutôt de punir ou de prévenir l'auteur du préjudice que d'indemniser en premier lieu la partie lésée.

B. Analyse critique du préjudice indemnisable

453. – Il s'avère important de traiter ici la difficulté de transposer des critères exigés pour l'indemnisation des préjudices matériels à ceux moraux (1), ainsi que d'aborder le critère du « raisonnable » afin de pouvoir indemniser le préjudice moral (2).

1. La difficulté de transposer des critères exigés pour l'indemnisation des préjudices matériels

454. – La jurisprudence, ainsi que la doctrine, a indiqué les caractères exigés pour que le préjudice soit indemnisable. Ces caractères ont été précisés principalement en ce qui concerne les préjudices matériels. Le fait exige d'apporter un examen sur la possibilité de transposer ces caractères juridiques au préjudice moral, ce qui n'est pas en principe évident.

⁷⁷² C.A. Paris, 10 janvier 1990, *Droit des sociétés*, 1991, n° 32, p. 8.

⁷⁷³ Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, *op. cit.*, pp. 125-126, n° 107.

⁷⁷⁴ V. Clunet (*JDI*), N° 1, 2010, p. 1250.

La difficulté réside essentiellement dans le fait que l'évaluation du préjudice moral s'effectue d'une manière arbitraire. Un tel préjudice ne peut pas, en principe, être mathématiquement évalué. Le cas s'explique par la nature punitive de l'indemnisation du préjudice moral. Or, une indemnisation punitive, par opposition à la réparation indemnitaire, peut être appréciée par rapport au degré de la faute commise, et non pas selon la valeur du préjudice subi. Une telle solution aura pour effet aussi d'éviter l'allocation des dommages-intérêts excessifs⁷⁷⁵.

Par conséquent, l'exigence du caractère certain du préjudice moral sera ainsi douteuse. Dès lors, l'établissement de la certitude du préjudice ne peut pas être effectué de la même manière que pour le préjudice matériel. Donc, pour établir un préjudice moral on ne peut s'appuyer que sur des présomptions, qui ne représentent normalement qu'une certitude approximative, afin d'aboutir à une indemnisation plutôt symbolique. Une telle hypothèse met certes en cause le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice⁷⁷⁶.

2. Une indemnisation du préjudice moral doit toujours être raisonnable : un critère flou de l'indemnisation

455. – L'importance de l'existence d'une référence du "raisonnable" pour l'indemnisation du préjudice moral. – Un reproche principal adressé à l'indemnisation du préjudice moral consiste en l'étendue de cette indemnisation. La question qui se pose, dans ce cas, est de savoir comment évaluer les *quantum* des indemnisations dues, afin de ne pas aboutir à une évaluation extrêmement arbitraire. Dès lors, la portée de l'indemnisation du préjudice moral mérite une attention particulière. Il est intéressant de relever à ce propos la solution proposée aux Etats-Unis, dont l'idée repose sur l'indemnisation raisonnable du préjudice moral. Là, il faut distinguer entre la nature du préjudice moral indemnisable, celle qui concerne toujours un simple intérêt lésé, et la portée du préjudice proprement dite, où réside cette solution, afin d'être bien déterminée⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations – 2. Le fait juridique*, D. 2011, *op. cit.*, p. 173.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ V. Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, *op. cit.*, p. 115, n° 97.

Une règle bien connue aux Etats-Unis dite « *per diem rule* » a déjà été proposée en 1950 et consiste à chiffrer le préjudice moral par rapport au facteur temps. L'idée est de traduire le dommage moral subi, par l'intermédiaire de l'intervalle du temps, en une somme d'argent⁷⁷⁸. On peut déduire de cette règle qu'il est toujours possible d'indemniser le simple intérêt lésé. Pourtant, un élément de preuve a été exigé afin que l'indemnisation ne soit pas excessive. Par conséquent, il nous paraît qu'un tel équilibre peut être utile dans le but de maintenir une certaine cohérence avec le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice⁷⁷⁹. D'où l'importance d'adopter une référence du « raisonnable » dans l'indemnisation du préjudice moral, en sachant, surtout, qu'une telle indemnisation est accordée en principe sous forme des dommages-intérêts symboliques, par exception aux règles traditionnelles du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

456. – Rappelons que la réparation du préjudice, conformément aux règles de la responsabilité civile, a un objectif essentiel, celui d'indemniser la partie lésée. Un autre objectif complémentaire, consistant en la réparation via une peine privée n'est pas néanmoins exclu⁷⁸⁰. Cette solution montre la validité juridique de réparer un préjudice moral dans un système de *civil law*, bien qu'une telle indemnisation représente, dans la vérité, une sorte de peine privée⁷⁸¹. Même si certains invoquent un caractère indemnitaire de la réparation du préjudice moral, un tel caractère n'est en réalité qu'une apparence afin de voiler le réel aspect punitif d'une telle indemnisation⁷⁸².

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ Sur le sujet de l'exigence d'une indemnisation qui dépasse les seuls dommages causés par une faute, v. par ex. A. Tunc, *La responsabilité civile, Economica*, 2^e éd., 1990, p. 142 ; G. Ripert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chr., p. 1.

⁷⁸⁰ Sur la fonction de la peine privée pour indemniser un préjudice dans le système de la responsabilité civile, v. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, p. 77.

⁷⁸¹ V. P. Esmein, *Peine ou réparation*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, Vol. II, p. 37.

⁷⁸² V. *Clunet*, N° 1, 2010, *op. cit.*, p. 1250.

PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE MORAL DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE

457. – On tient à relever, d'un côté, certaines difficultés juridiques quant à l'allocation d'indemnisation du préjudice moral par les arbitres (A), de l'autre, la constatation de l'indemnisation du préjudice moral par les arbitres internationaux (B).

A. L'invocation de certaines difficultés juridiques quant à l'allocation d'indemnisation du préjudice moral par les arbitres

458. – Il faut souligner, d'abord, la difficulté de relever le préjudice moral notamment dans l'arbitrage d'investissement (1). Ensuite, on mettra la lumière sur le fait de la difficulté juridique relative à la preuve exigée (2).

1. La difficulté de relever le préjudice moral dans l'arbitrage d'investissement

459. – Le défi de l'indemnisation dans ce cas, s'avère, d'une part, dans la difficulté juridique relative à la position rigoureuse des Tribunaux arbitraux transnationaux quant à l'indemnisation du préjudice moral (a), et d'autre part dans la difficulté juridique relative à une telle indemnisation sous les Traités bilatéraux d'investissement (b).

a. La difficulté juridique relative à la position rigoureuse des Tribunaux arbitraux transnationaux

460. – Les Tribunaux arbitraux n'ont aucun souci en principe avec le fait que l'indemnisation du préjudice moral peut être accordée. Pourtant, cette indemnisation ne doit intervenir que dans des circonstances exceptionnelles. Or, aucune définition précise n'existe sur les faits qui constituent de telles circonstances exceptionnelles. Par conséquent, la définition doit être induite à partir de la jurisprudence arbitrale existante⁷⁸³.

⁷⁸³ V. *Joseph Charles Lemire et autres c. Ukraine, CIRDI, Affaire n° ARB/06/18*, sentence rendue le 28 mars 2011, note Dietmar W. Prager et Samantha J. Rowe, *ITA board of Reporters, Kluwer Law International*, para. 326.

461. – L'affaire *Lemire*, dont la sentence a été rendue le 28 mars 2011, a donné une interprétation concernant les « circonstances exceptionnelles » dans le but d'encadrer l'allocation d'indemnisation pour le préjudice moral. Le Tribunal arbitral a déterminé trois conditions afin d'accorder une telle indemnisation ; La première consiste dans le fait de l'existence d'un préjudice physique ou l'établissement d'une menace de préjudice pour l'investisseur par l'Etat hôte. La deuxième concerne l'existence d'une action de l'État qui a entraîné une détérioration de la santé physique ou mentale ou l'atteinte à la réputation de l'investisseur. La troisième condition permet l'indemnisation morale si la cause ou l'effet du préjudice est de nature grave ou substantiel⁷⁸⁴. En l'espèce, M. Lemire (le demandeur) a réclamé des dommages-intérêts d'une somme de 3 000 000 de dollars américains pour les gênes et les harcèlements exercés par le défendeur contre lui. Notant que le Tribunal a refusé, en l'espèce, d'indemniser le préjudice moral réclamé par l'investisseur en relevant que, de l'étude *in concreto* du cas soumis, les éléments de faits ne peuvent pas être considérés en tant que « circonstances exceptionnelles », comme ainsi déjà précisées, pour justifier l'allocation d'une telle indemnisation⁷⁸⁵.

462. – Dans le même ordre d'idée, on observe que dans l'affaire *Tza Yap Shum*⁷⁸⁶, dont la sentence a été rendue le 7 juillet 2011, le Tribunal arbitral a rejeté la demande de l'investisseur de l'indemnisation pour préjudice moral. En s'appuyant sur la sentence *Lemire* contre Ukraine⁷⁸⁷, le Tribunal a conclu qu'aucun des actes commis par l'Etat du Pérou, dans le cadre de ce litige ne peut justifier la survenance des préjudices moraux. Le Tribunal a rendu cette décision sur la base que les actes allégués ne satisfaisaient pas aux conditions susmentionnées concernant les « circonstances exceptionnelles », seules justifiant l'indemnisation du préjudice moral. Ainsi, les

⁷⁸⁴ Sur les conditions exigées pour indemniser le préjudice moral, la sentence *Lemire* précitée (dans la version anglaise) a prévu, dans le para. 333, que : « 1. *The State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act* ; 2. *The State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position* ; 3. *Both cause and effect are grave or substantial* », Patrick Jacob et Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2011, p. 560.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, paras. 312-313, 334-345.

⁷⁸⁶ *Tza Yap Shum c. Pérou*, CIRDI, Affaire n° ARB/07/6, sentence rendue le 7 juillet 2011, paras 274-285, résumé de la sentence est disponible sur le site internet IACL, www.internationalarbitrationcaselaw.com, (consulté le 5 mars 2013).

⁷⁸⁷ Sentence précitée.

actes commis par l'Etat n'étaient pas, selon le Tribunal, suffisamment graves afin d'allouer une telle indemnisation pour l'investisseur lésé⁷⁸⁸.

463. – Il est intéressant de relever, à ce stade, que cette solution signifie que les arbitres, en ce qui concerne le préjudice moral, n'indemnisent pas les simples intérêts lésés. Ils exercent plutôt un examen juridique en vérifiant le rapport entre l'acte illicite commis par l'Etat et l'effet de cet acte sur l'investisseur en tant que partie lésée. Cette hypothèse explique la subordination de l'indemnisation du préjudice moral au degré de la faute commise, ainsi qu'à la gravité du préjudice subi, en établissant ainsi une « gradation dans la responsabilité internationale »⁷⁸⁹.

b. La difficulté juridique relative à l'indemnisation du préjudice moral sous les Traités bilatéraux d'investissement

464. – On peut relever l'application rigoureuse par les arbitres des dispositions des *TBI* dans le cadre de l'indemnisation du préjudice moral (i). Cependant, il s'avère que cette position n'est pas unanime, ce qui peut néanmoins nous conduire à en déduire une certaine admissibilité dans l'indemnisation du préjudice moral sous les *TBI* (ii).

i. Une application rigoureuse des dispositions des Traités bilatéraux internationaux

465. – Une autre difficulté juridique, qui peut être relevée quant à l'indemnisation du préjudice moral dans l'arbitrage d'investissement, apparaît dans la controverse concernant la compétence du Tribunal arbitral sur ce point. On peut citer l'exemple de l'affaire *Biloune*⁷⁹⁰, bien qu'il ne traite pas la question du préjudice moral proprement dite, puisqu'il s'agissait plutôt de l'invocation de l'argument de la violation de droit de l'homme par le demandeur en l'espèce.

⁷⁸⁸ La sentence *Tza Yap Shum*, paras. 281-285, v. Patrick Jacob et Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2011, *op. cit.*, p. 560.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre et Gouvernement de Ghana*, CNUDCI, *Arbitrage Ad hoc*, décision sur la compétence et la responsabilité, rendue le 27 octobre 1989, extrait in *YBCA*, Vol XIX, 1994, pp. 11-32.

Cependant, le traitement de ce point par le Tribunal nous permet de déduire une certaine similarité juridique sur la question de l'indemnisation du préjudice moral⁷⁹¹.

En l'espèce, M. Antoine Biloune, un ressortissant syrien, était l'actionnaire principal la société ghanéenne *Marine Drive Complex Ltd "MDCL"*⁷⁹². En 1985, la société *MDCL* a conclu un contrat de bail avec une autre société ghanéenne en vertu duquel elle devait gérer et rénover un restaurant. Plus tard, cet engagement contractuel a été changé pour une *joint-venture*, et par la suite, la portée du projet de la société *MDCL* a été étendue à la construction d'un vaste complexe d'hôtel quatre étoiles. En 1986, afin d'obtenir certains avantages pour le nouveau projet, la société *MDCL* s'est présentée auprès du Centre d'Investissement Ghanéen "*CIG*" qui a approuvé son investissement avec un accord dans ce sens signé la même année. En 1987, le Conseil de la Ville d'Accra "*CCA*" a rendu une notice pour l'arrêt de travaux à cause de l'inexistence de permis de construction pour *MDCL*, alors que, selon la société, le *CCA* lui avait assuré que l'approbation de construction serait fournie et l'a invité ainsi à poursuivre la construction, même sans permis. Peu de temps après, le *CCA* a ordonné la démolition du projet et a annoncé dans un journal local que les personnes impliquées dans le projet devaient se présenter à la Commission nationale des enquêtes "*CNE*". Par conséquent, M. Biloune, ainsi que d'autres personnes de la société, se sont présentés à ladite Commission et ont reçu l'ordre de remplir un formulaire de déclaration de patrimoine. Plusieurs mois plus tard, M. Biloune a été arrêté et détenu pendant treize jours sans qu'aucune accusation ne soit jamais déposée à son égard. Ensuite, un avis d'expulsion a été émis et il a été déclaré que sa présence au Ghana n'était pas favorable à l'intérêt public du pays. M. Biloune a dû quitter les territoires le jour même. Quelques jours plus tard, il a été expulsé du Ghana vers le Togo⁷⁹³.

Les demandeurs ont entamé une procédure d'arbitrage, en vertu de la clause compromissoire contenue dans le contrat, alléguant que le *CIG* et le gouvernement du Ghana ont porté atteinte à leur investissement dans la société *MDCL*, et que leurs biens avaient été expropriés. Il est à noter que M. Biloune n'a pas expressément demandé une indemnisation

⁷⁹¹ V. Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, *Journal of International Arbitration*, 2010, N° 3, pp. 254-256.

⁷⁹² V. *YBCA*, Vol XIX, 1994, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹³ *Ibid.* p. 12.

pécuniaire davantage pour le préjudice moral subi consécutif à son arrestation et à son expulsion, mais il a réclamé une indemnisation pour déni de justice et violation des droits de l'homme. Et cela en affirmant que le Tribunal devrait examiner cette partie de la réclamation, parce que c'est la seule occasion où la réparation de ces préjudices allégués peut être demandée⁷⁹⁴. Le Tribunal en l'espèce a constaté d'une manière générale, d'un côté, que l'État hôte contractant a l'obligation d'accorder un traitement minimal pour les investisseurs étrangers conformément aux normes reconnues en droit international, ce qui inclut l'obligation du respect des droits de l'homme fondamentaux. Alors que, d'un autre côté, il a conclu qu'il n'avait pas néanmoins compétence sur la réclamation de Mr. Biloune pour violation des droits de l'homme, en raison des termes restrictifs contenus dans la clause d'arbitrage. Dans ce sens, il a été précisé expressément que la compétence du Tribunal est limitée aux litiges commerciaux découlant du contrat conclu, vu que, notamment, le gouvernement ghanéen n'a pas accepté, en vertu de la clause d'arbitrage, d'arbitrer les différends relatifs avec l'investissement étranger⁷⁹⁵.

ii. Vers une admissibilité de l'indemnisation du préjudice moral sous les TBI

466. – Dans une autre affaire arbitrale de *Cementownia*⁷⁹⁶, dont la sentence a été rendue le 17 septembre 2009 sous l'égide du *CIRDI*, le demandeur (*Cementownia*), une société polonaise, prétendait avoir acheté des actions de deux sociétés turques (CEAS et Kepez) en mai 2003. Le 12 juin 2003, le gouvernement turc a mis fin au contrat de concession confié aux deux sociétés. Le demandeur a entamé alors une procédure d'arbitrage, contre la Turquie, sous l'égide du Traité sur la Charte de l'énergie "*TCI*", en réclamant une indemnisation de ces faits⁷⁹⁷.

Le Tribunal a fait une constatation importante concernant l'établissement de sa compétence, selon laquelle les parties peuvent toujours présenter leurs arguments relatifs à

⁷⁹⁴ *Ibid.* p. 13.

⁷⁹⁵ *Ibid.* pp. 14-15.

⁷⁹⁶ *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. Turquie, CIRDI, Affaire n° ARB (AF) 06/2*, sentence rendue le 17 septembre 2009, sentence publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 7 mars 2013), Patrick Jacob et Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général, AFDI*, Paris, 2011, *op. cit.*, pp. 559-560.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

l'incompétence prétendue du Tribunal, sauf qu'ils ne lient pas le Tribunal⁷⁹⁸ étant donné que c'est celui-ci qui détermine l'étendue de sa compétence et non pas les parties. Dès lors, c'est le Tribunal qui statue sur sa compétence, ainsi que sur l'étendue de celle-ci⁷⁹⁹. En l'espèce, le Tribunal a refusé de statuer sur le différend soumis en se basant sur l'absence de preuve de la part de *Cementownia*. En outre, le plus remarquable dans cette affaire, c'est le fait que le Tribunal a constaté que le demandeur était de mauvaise foi car il a abusé intentionnellement de son droit de recourir à l'arbitrage⁸⁰⁰. Par conséquent, le Tribunal a considéré que les réclamations du demandeur étaient frauduleuses⁸⁰¹. De ce fait, la Turquie a réclamé une indemnisation de ses préjudices moraux dans le cadre d'une demande reconventionnelle.

Le tribunal a accordé la Turquie une déclaration attestant que la société demanderesse a déposé une réclamation frauduleuse, mais a refusé d'accorder une indemnité pour le préjudice moral. Dans son analyse, le tribunal a noté qu'il n'y a rien dans la Convention du *CIRDI*, ni dans les règlements d'arbitrage qui l'empêche d'octroyer des préjudices moraux⁸⁰². Toutefois, il a refusé d'allouer une telle indemnisation, en l'espèce, constatant que la Turquie a demandé l'indemnisation du préjudice moral sur la base du principe général de l'abus de procédures, et non pas sur la base des dispositions du *TBI*. Selon le Tribunal, l'invocation d'un tel principe général était insuffisante pour justifier l'allocation d'indemnisation pour le préjudice moral⁸⁰³. Le Tribunal a donc rejeté la demande de la Turquie d'indemnisation fondé sur le fait que le Traité sur la Charte de l'énergie ne contient aucune disposition permettant d'accorder une indemnisation pour préjudice moral subi par un État partie. Cependant, le Tribunal a jugé approprié de sanctionner le demandeur pour ce qui concerne la répartition des coûts en affirmant

⁷⁹⁸ *Ibid.* para. 109 : « (...) *The Arbitral Tribunal is of the opinion that either party may make submissions on what matters should be subject of a tribunal's ruling, but it does not bind the tribunal* ».

⁷⁹⁹ *Ibid.* para. 115 : « (...) *It is obvious that one Party cannot direct the Arbitral Tribunal on the issues that it should rule on. All jurisdictional issues have been referred to the Arbitral Tribunal and it therefore falls to the Arbitral Tribunal to ascertain the matters on which it should rule* », v. aussi Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2009, p. 707.

⁸⁰⁰ *Ibid.* para. 159 : « *In light of all the above-stated considerations, the Arbitral Tribunal is of the opinion that the Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration; it purported to be an investor when it knew that this was not the case. This constitutes indeed an abuse of process. In addition, the Claimant is guilty of procedural misconduct: once the arbitration proceeding was commenced, it has caused excessive delays and thereby increased the costs of the arbitration* ».

⁸⁰¹ *Ibid.* para. 172 : « *On the basis of the above-mentioned considerations, the Arbitral Tribunal declares formally that the Claimant has filed a fraudulent claim against the Republic of Turkey* ».

⁸⁰² *Ibid.* para. 169 : « (...) *there is nothing in the ICSID Convention, Arbitration Rules and Additional Facility which prevents an arbitral tribunal from granting moral damages* ».

⁸⁰³ *Ibid.* para. 170.

que l'admission de la demande du défendeur concernant la déclaration constatant la demande frauduleuse signifie que l'objectif de ce dernier a été atteint⁸⁰⁴. Par conséquent, Le Tribunal a ordonné le demandeur à payer à l'Etat défendeur la somme de 5 304 822,06 dollars américains, ce qui représente les dépenses et frais judiciaires subis par ce dernier (325 000 dollars américains) ainsi que qu'une partie des frais et charges assumés dans le cadre de cette procédure d'arbitrage (4 904 822,06 dollars américains)⁸⁰⁵.

467. – Conclusion. – Pour conclure, il apparaît que, malgré l'admissibilité d'indemniser les préjudices moraux, l'allocation de telles indemnisations reste exceptionnelle en raison de l'application rigoureuse par les arbitres internationaux⁸⁰⁶ d'une part, ainsi qu'en vertu des dispositions des Traités bilatéraux d'investissement qui ne permettent pas expressément l'octroi d'une telle indemnisation, d'autre part.

2. La difficulté juridique relative à la preuve exigée

468. – En ce qui concerne la preuve exigée par les arbitres pour l'indemnisation du préjudice moral, il est important de relever la controverse juridique quant à l'exigence d'une faute grave (a), et celle relative à l'exigence d'une faute intentionnelle (b).

a. La controverse juridique quant à l'exigence d'une faute grave

469. – Rappelons l'exigence, des arbitres dans certains litiges arbitraux concernant l'établissement du cas de « circonstances exceptionnelles », afin de pouvoir accorder l'indemnisation du préjudice moral, comme dans l'exemple des affaires *Lemire*⁸⁰⁷ et *Tza Yap Shum*⁸⁰⁸ déjà illustrées. Dans la même logique, on peut citer aussi l'affaire *Europe Cement*⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ *Ibid.* para. 171.

⁸⁰⁵ *Ibid.* paras. 175-179.

⁸⁰⁶ V. en ce sens, Patrick Jacob et Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2011, *op. cit.*, p. 560.

⁸⁰⁷ V. *supra* n° 461.

⁸⁰⁸ V. *supra* n° 462.

dans laquelle les arbitres ont considéré que la contrainte physique peut représenter une circonstance exceptionnelle, justifiant l'indemnisation du préjudice moral. Plus expressément, dans l'affaire *Siag*, le Tribunal arbitral a constaté que des dommages-intérêts punitifs ou moraux ne peuvent être alloués que dans le seul cas extrême de comportement flagrant⁸¹⁰.

470. – Cette solution a été critiquée sur la base qu'il n'est pas tout à fait convaincant que l'indemnisation du préjudice moral puisse être accordée dans le seul cas du comportement « flagrant » de l'Etat hôte⁸¹¹. Dumberry a pu relever le fait qu'on peut envisager des situations où les actes illicites, commis par l'Etat hôte, ne remontent pas à une telle gravité, mais peuvent causer néanmoins différentes formes de préjudices moraux à son cocontractant. Pour en faire témoin, l'affaire *Lusitania* a constaté que des tels préjudices devaient aussi faire l'objet d'indemnisation⁸¹².

471. – La critique nous semble convaincante et logique puisqu'en tout cas, il est important de noter qu'il s'agit d'un ancien critère qui prévaut dans l'arbitrage international. C'est celui de la proportionnalité dans la sanction dont la plupart des cas analysés font référence, soit directement, soit indirectement. Cette idée aussi a notamment été soulignée dans le cas *Lusitania*. Dès lors, il s'agit d'une règle générale établie de longue date en matière d'indemnisation du préjudice, selon laquelle toute atteinte aux droits de la personne ayant des conséquences dommageables doit être indemnisée⁸¹³. En outre, l'indemnisation doit être proportionnelle à la

⁸⁰⁹ *Europe Cement Investment et Trade S.A. c. Turquie*, CIRDI, Affaire n° ARB (AF)/07/2, sentence rendue le 13 août 2009, Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2009, *op. cit.*, pp. 705-724.

⁸¹⁰ *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. la République d'Egypte*, CIRDI, Affaire n° ARB/05/15, sentence rendue le 1^{er} juin 2009, publiée sur le site officiel de ITA (consulté le 8 mars 2013), para. 545 : « *it appears that the recovery of punitive or moral damages is reserved for extreme cases of egregious behaviour* ».

⁸¹¹ Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, *Journal of International Arbitration*, 2010, N° 3, *op. cit.*, p. 268.

⁸¹² L'opinion rendue dans l'affaire *Lusitania*, *United States-Germany Mixed Claims Commission*, 1^{er} novembre 1923, VII, *UNRIAA*, p. 32, citée par P. Dumberry, 2010, *op. cit.*, pp. 246, 268.

⁸¹³ Opinion rendue dans l'affaire *Lusitania*, *United States-Germany Mixed Claims Commission*, 1^{er} novembre 1923, VII, *UNRIAA*, *op. cit.*, p. 35. « *It is a general rule of both the civil and the common law that every invasion of private right imports an injury and that for every such injury the law gives a remedy. Speaking generally, that remedy must be commensurate with the injury received* ».

perte, de sorte à ce que la partie lésée puisse être indemnisée en principe de tout acte causé par le préjudice⁸¹⁴.

472. – Toutefois, on peut trouver l'exigence relative aux « circonstances exceptionnelles » pour indemniser le préjudice moral dans des cas récents, comme dans l'exemple de l'affaire arbitrale *Desert Line Projects*⁸¹⁵ en 2008. Une interprétation de cette controverse a tenté de justifier l'exigence d'une telle condition, par rapport à la spécificité de l'arbitrage d'investissement, en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral vu que les litiges, dans cette sphère, sont en rapport avec des Etats souverains, ainsi que l'objectif principal de tels litiges, conformément aux *TBI* applicables, est de nature économique afin de gérer les investissements étrangers⁸¹⁶, alors que le concept du préjudice moral est plus connu dans les litiges relatifs aux droits de l'homme⁸¹⁷. D'après cette illustration, nous partageons la position juridique en faveur de l'allocation d'indemnisation du préjudice moral, en tant que règle générale, peu importe la gravité de la faute commise et sans l'exigence d'apporter la preuve d'une faute grave ou de circonstances exceptionnelles⁸¹⁸. Dès lors, aucune obligation d'apporter une telle preuve ne devrait être mise à la charge du demandeur au litige, de même que la gravité de la faute commise ne doit pas être une condition préalable à l'allocation d'indemnisation pour le préjudice moral. Cette solution repose aussi sur l'idée que l'indemnisation du préjudice moral est dotée aussi d'une nature compensatoire et n'exige donc pas, à l'instar d'autres formes de dommages-intérêts compensatoires, l'établissement d'aucune preuve d'une faute grave ou des circonstances exceptionnelles⁸¹⁹.

⁸¹⁴ E.B. Parker, C.P. Anderson et W. Kisselbach, *Mixed Claim Commission, United States and Germany, opinion in the Lutisania cases*, *AJIL*, 1924, Vol. 18, p. 368 ; v. Tarcision Hardman Reis, *Compensation for environmental damages under international law – The role of the international judge*, *Kluwer Law International*, 2011, p. 80.

⁸¹⁵ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, *CIRDI*, affaire n° ARB/05/17, sentence rendue le 6 février 2008, publiée au site officiel du *CIRDI* (consulté le 9 mars 2013), para. 289 « *Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages* ».

⁸¹⁶ V. en ce sens, Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in international investment law*, London, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, pp. 310-312.

⁸¹⁷ V. en ce sens, Wade M. Coriell et Silvia M. Marchili, *Unexceptional Circumstances: Moral damages in international investment law*, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, mai 2010, Vol. III, Ch. 9.

⁸¹⁸ V. Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, *Journal of International Arbitration*, 2010, *op. cit.*, p. 268.

⁸¹⁹ *Ibid.*

b. La controverse juridique quant à l'exigence d'une faute intentionnelle

473. – Par ailleurs, on peut relever l'exigence de certains Tribunaux arbitraux transnationaux de l'existence d'une faute intentionnelle afin d'accorder une indemnisation du préjudice moral. Cette hypothèse s'illustre bien dans l'arbitrage en matière d'investissement. Les Tribunaux ont soulevé, à plusieurs reprises, l'importance d'apporter la preuve d'une faute intentionnelle commise par l'Etat hôte envers son cocontractant, pour permettre l'allocation, le cas échéant, de l'indemnisation du préjudice moral à ce dernier.

Dans ce sens, *Crowford* a invoqué le fait de l'insuffisance, parfois de l'établissement, du simple lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi, autrement dit le simple intérêt lésé, pour permettre d'indemniser la partie lésée. Donc, d'autres critères sont parfois recherchés par les arbitres transnationaux, comme l'exigence de l'établissement d'une faute intentionnelle de la part de l'Etat hôte en matière d'investissement⁸²⁰. Le Tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater*⁸²¹, en 2008, y a fait référence dans le cadre de préciser les principes généraux d'indemnisation. Ainsi que l'arbitre Gary Born a constaté, lors de son opinion dissidente de cette sentence, que l'Etat en commettant délibérément un acte illicite à l'égard de son cocontractant cause ainsi un préjudice moral à cet investisseur⁸²². L'invocation de la notion de faute intentionnelle, dans le cadre de l'examen de l'indemnisation du préjudice moral nous conduit à poser la question de savoir si une telle faute constitue un critère essentiel afin d'accorder une indemnisation de préjudice moral par les arbitres transnationaux.

Une réponse négative nous semble plus appropriée dans cette hypothèse. On peut trouver la trace d'une telle solution dans les dispositions de la Commission du droit international qui a consacré le principe de la responsabilité objective de l'Etat dans le cadre d'arbitrage transnational. Fait qui écarte l'idée de l'exigence d'une faute intentionnelle afin d'indemniser le préjudice moral. Une position identique a été adoptée par la doctrine selon laquelle le préjudice

⁸²⁰ J. Crawford, *The International Law Commission's articles on State responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 204-205. « (...) But other factors may also be relevant: for example, whether State organs deliberately caused the harm in question (...) ».

⁸²¹ *Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/22, sentence rendue le 24 juillet 2008, publiée au site officiel de *ITA* (consulté le 11 mars 2013), para. 785.

⁸²² *Ibid.* para. 33, v. P. Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, 2010, *op. cit.*, p. 269.

subi par l'investisseur à cause du fait de l'Etat hôte est en principe indemnisable, et cela sans regard si ce dernier a délibérément commis une faute. La pratique arbitrale vient confirmer cette solution à plusieurs reprises, comme dans l'affaire *Occidental Exploration*⁸²³ en 2004 et celle de *CMS Gas Transmission*⁸²⁴ en 2005 où le Tribunal a constaté le fait que le concept de la faute intentionnelle ne peut pas constituer une condition d'indemnisation et ne peut pas être non plus un objet de l'examen de l'établissement d'une violation alléguée d'un *TBI*. Or, une faute intentionnelle, ainsi que la mauvaise foi, peuvent avoir un effet sur l'aggravation de l'indemnisation due. Dès lors, le concept de la faute intentionnelle peut avoir une influence sur l'évaluation de l'indemnisation du préjudice, mais ne peut pas être un standard d'indemnisation.

474. – En somme, un Tribunal arbitral transnational peut être évidemment plus enclin à accorder une indemnité pour le préjudice moral quand un Etat commet un acte délibérément illicite. Pourtant, une telle faute intentionnelle reste loin d'être la condition juridiquement requise permettant l'indemnisation du préjudice moral⁸²⁵.

B. La constatation de l'indemnisation du préjudice moral par les arbitres internationaux

475. – Il est important, d'abord, de répondre à la question de savoir comment les Tribunaux arbitraux internationaux indemnisent un préjudice moral (1), avant d'exposer l'existence d'une pratique arbitrale favorable à l'indemnisation du préjudice moral (2).

⁸²³ *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur*, CNUDCI / LCIA, Affaire précitée n° UN3467, sentence rendue le 1^{er} juillet 2004, paras. 185-186.

⁸²⁴ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/8, sentence précitée rendue le 12 mai 2005, publié au site officiel du CIRDI, para. 280 (version anglaise). “*The Tribunal believes this is an objective requirement unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question. Of course, such intention and bad faith can aggravate the situation but are not an essential element of the standard*”.

⁸²⁵ V. P. Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, 2010, *op. cit.*, p. 271.

1. Comment indemnise-t-on un préjudice moral par les Tribunaux arbitraux internationaux ?

476. – Rappelons que les articles de la Commission du droit international “*CDI*” constituent une référence importante pour les arbitres dans le domaine d’indemnisation du préjudice. L’arbitrage d’investissement mérite une attention particulière dans le cadre de l’indemnisation du préjudice moral, vu que les litiges soumis opposent un investisseur étranger contre un Etat souverain. L’article 31 de la *CDI* dispose que le préjudice résultant d’une faute internationalement illicite de la part de l’Etat contractant doit être indemnisé, que ce préjudice soit de nature matérielle ou morale⁸²⁶.

477. – **Les méthodes de l’indemnisation du préjudice moral selon la *CDI*.** – Comment peut-on indemniser un préjudice moral ? On peut trouver une réponse à cette question dans l’article 34 de la *CDI* qui indique qu’il existe trois différentes méthodes de réparation, qui sont ; la restitution, l’indemnisation et la satisfaction⁸²⁷. Une règle générale est établie en vertu de l’article 35 selon laquelle un État responsable d’un fait internationalement illicite doit assumer une obligation de restitution. Ceci afin de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, à condition que ce ne soit pas matériellement impossible⁸²⁸. D’après les règles de droit établies dans les articles de la *CDI*, la compensation devient le mécanisme de réparation approprié lorsque la restitution *in integrum* n’est pas possible. Par conséquent, la survenance d’un préjudice matériel ou moral résultant d’un acte internationalement illicite sera normalement susceptible d’être évalué pécuniairement, et donc couvert par le mécanisme de la compensation. Pour la réparation par satisfaction, l’article 37⁸²⁹ de la *CDI* a prévu aussi que ce mécanisme de réparation est admissible dans la mesure où ni la restitution, ni l’indemnisation ne sont pas possibles, en ce sens qu’ils ne peuvent pas aboutir à une réparation complète. De même, on

⁸²⁶ Article 31 de la *CDI*, al. 1 et 2, (dans la version anglaise) dispose que : « 1. *The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.* 2. *Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State* ».

⁸²⁷ L’article 34 de la *CDI* (dans la version anglaise) dispose que : « *Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter* ».

⁸²⁸ V. article 35 de la *CDI*.

⁸²⁹ V. article 37 al. 1 de la *CDI* (version anglaise) qui prévoit que : « 1. *The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation* ».

trouve que les commentaires de la *CDI* ont soulevé le fait que le recours à la satisfaction pour la réparation du préjudice dans l'arbitrage d'investissement reste exceptionnel.

478. – Afin de réparer un préjudice moral, on constate qu'il est généralement reconnu que la restitution n'est pas le remède approprié⁸³⁰, ce qui paraît logique et évident d'ailleurs au regard de la nature dudit préjudice. Par ailleurs, il faut répondre à la question de savoir quelle forme de réparation pour le préjudice moral peut être utilisée⁸³¹ ? On verra que l'indemnisation par compensation pécuniaire (a) est plus appropriée pour indemniser une entreprise ou un investisseur, alors que la satisfaction (b) paraît un mode de réparation plus appropriée pour l'Etat.

a. L'indemnisation par la compensation pécuniaire

479. – Il paraît clair à la lecture des articles de la *CDI* que l'indemnisation compensatoire est la forme de réparation la plus appropriée pour indemniser un préjudice moral subi par un individu ou une entreprise⁸³². En outre, il a été considéré que ce préjudice moral est normalement susceptible d'évaluation pécuniaire⁸³³.

480. – On peut trouver un témoin dans l'affaire *Desert Line Projects* en 2008, dans laquelle le Tribunal arbitral a précisé que la société demanderesse a subi un préjudice important, touchant sa crédibilité et sa réputation, ainsi que son prestige, et que cette dernière a réclamé 40 000 000 de Rial Omanie au titre du préjudice moral subi, y compris l'atteinte à la réputation⁸³⁴. Le Tribunal en l'espèce a accepté, en principe, l'indemnisation du préjudice moral

⁸³⁰ Christine Gray, *Judicial remedies in international law*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 41.

⁸³¹ V. en ce sens, C. Dominice, *De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat, L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, PUF, Paris, 1997, p. 355 ; Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in international investment law*, London, 2008, *op. cit.*, p. 308.

⁸³² V. Patrick Dumberry, *Satisfaction as a form of reparation for moral damages suffered by investors and respondent States in investor-State arbitration disputes*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, p. 6.

⁸³³ *Draft articles of responsibility of States for internationally wrongful acts – with commentaries*, 2008, *op. cit.*, p. 98.

⁸³⁴ V. *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence précitée rendue le 6 février 2008, para. 289.

subi par la société demanderesse. Il a accordé, à la société demanderesse, une indemnisation de son préjudice moral d'une somme de 1 000 000 de dollars américains⁸³⁵.

481. – L'indemnisation compensatoire du préjudice moral subi par une entreprise a été relevée à plusieurs reprises par les Tribunaux arbitraux transnationaux ; ainsi il est devenu de plus en plus réputé que les sociétés réclament une telle indemnisation pour réparer leurs préjudices moraux⁸³⁶. Il est clair que rien n'empêche une telle pratique, puisqu'elle ne contredit pas, notamment, le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice dans le sens qu'il s'agit d'un préjudice subi, de nature morale, pour lequel il fallait rechercher le mécanisme le plus approprié de son indemnisation, loin de mettre en cause l'indemnisation en principe dans ce contexte. En revanche, le préjudice moral ne peut pas être concilié avec le principe de l'indemnisation intégrale, dans le sens qu'il s'agit d'un aspect certes punitif même si on arrive à monnayer un tel préjudice. Par ailleurs, il est important de souligner les éléments pris en considération par ce Tribunal pour accorder une indemnisation pour le préjudice moral réclamé par la société. En l'espèce, le Tribunal a de même tenu compte des préjudices moraux subis par les personnels de la société dans le cadre de l'appréciation de l'indemnisation due pour ladite société⁸³⁷. Donc, il s'agit là d'une compensation monétaire qui a également été attribuée à la société pour réparer le préjudice subi par des personnes physiques⁸³⁸.

482. – Pourtant, il faut distinguer le préjudice moral subi par une société de celui subi par une personne physique notamment dans le cadre de l'arbitrage international d'investissement. Car le mauvais traitement de l'État hôte des agents d'une entreprise ne doit pas causer forcément de préjudices directs à cette personne morale. Par conséquent, un tel préjudice ne peut pas être

⁸³⁵ *Ibid.* para. 304.

⁸³⁶ *Zhinvali Development Ltd c. La Géorgie, CIRDI*, affaire n° ARB/00/1, sentence rendue le 24 janvier 2003, *ICSID Reports, Cambridge University Press*, 2008, Vol. 13, *International Investment Law and Arbitration – Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May Ltd* 2003, pp. 67-70. Le Tribunal a envisagé une réclamation de la part de la société demanderesse pour l'indemnisation de son préjudice moral concernant l'atteinte à sa réputation par l'Etat géorgien. Le Tribunal en l'espèce s'est déclaré incompétent pour traiter le litige sur la base que l'objet de celui-ci ne peut pas être qualifié en tant qu'investissement selon le droit géorgien applicable au fond ; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo, CIRDI*, affaire n° ARB/77/2, sentence rendue le 8 août 1980, *YBCA*, 1983, Vol. 8, p. 144, *ICSID Reports*, 1993, Vol. 1, p. 330.

⁸³⁷ *Desert Line Projects LLC c. Yémen, CIRDI*, affaire n° ARB/05/17, sentence précitée rendue le 6 février 2008, para. 289 « (...) *The Claimant's executives suffered the stress and anxiety of being harassed, threatened and detained by the Respondent as well as by armed tribes (...)* ».

⁸³⁸ V. Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in international investment law*, 2008, *op. cit.*, p. 311.

indemnisé dans un litige arbitral en matière d'investissement. En tout cas, on peut déduire de cette solution que le préjudice moral, soit d'une société, soit d'une personne physique, est toujours susceptible d'être indemnisé selon le type d'arbitrage soulevé. Dès lors, les dirigeants d'une entreprise auraient pu faire valoir leurs propres préjudices moraux dans une procédure distincte afin d'avoir une indemnisation en dehors de l'investissement affecté, sous peine de mettre la compétence du Tribunal en cause⁸³⁹.

483. – L'indemnisation compensatoire, allouée, est-elle dotée d'une nature symbolique ? – On peut relever une controverse juridique sur cette question. Dans l'affaire *Lusitania*, il a été précisé qu'en cas de préjudice moral, notamment, en cas de souffrance mentale en l'espèce, la réparation sous forme d'indemnisation punitive ou exemplaire est exclue dans le cadre de l'arbitrage international entre un Etat souverain et un ressortissant d'un autre Etat⁸⁴⁰. Par contre, dans l'affaire *Desert Line Projects*, on a vu que le Tribunal a accordé expressément des dommages-intérêts symboliques à la partie lésée (l'investisseur) d'une somme de 1 000 000 de dollars américains afin de réparer son préjudice moral subi⁸⁴¹.

b. L'indemnisation par satisfaction

484. – L'indemnisation du préjudice moral des Etats sous forme de satisfaction. – Conformément au travail précédemment mentionné de la codification de la *CDI*, la position générale des Tribunaux arbitraux transnationaux, à l'égard de l'allocation d'indemnisation du préjudice moral réclamé par un Etat, est la réparation par satisfaction, la solution la plus

⁸³⁹ V. P. Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes* 2010, *op. cit.*, p. 267.

⁸⁴⁰ Opinion rendue dans l'affaire *Lusitania*, *United States-Germany Mixed Claims Commission*, 1^{er} novembre 1923, VII, *UNRIAA*, *op. cit.*, p. 35. « Held that real and actual mental suffering, though difficult to measure, forms basis of recovery. Held also (1) that concept of damages does not include "exemplary (punitive, vindictive) damages" (origin: difficulty for judges in tort cases of clearly instructing juries how to measure mental suffering etc. by pecuniary standards; no precedent in arbitrations between one sovereign State against another presenting claim on behalf of national), and (2) that Commission without jurisdiction to award exemplary damages ».

⁸⁴¹ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence précitée rendue le 6 février 2008, para. 290 « (...) Nevertheless, the amount asked by the Claimant is exaggerated and cannot be allocated in its entirety. The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and the general principles, an amount of USD 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation. This amount is indeed more than symbolic yet modest in proportion to the vastness of the project ».

appropriée dans ce cas, et non pas la réparation pécuniaire⁸⁴². On en peut trouver un exemple dans l'affaire *Europe Cement*⁸⁴³ en 2009, dans laquelle la Turquie a invoqué que la demande d'arbitrage en l'espèce reposait sur la fraude, ce qui constitue un abus procédural de recourir à l'arbitrage international. Par conséquent, la Turquie a réclamé une réparation monétaire à cause de cette fraude procédurale ainsi que des préjudices causés à sa réputation qui en découlaient. Le Tribunal a refusé d'accorder une indemnisation monétaire pour l'Etat, en déclarant néanmoins que les conclusions de la sentence avaient pour effet de réparer tout préjudice causé à la réputation de la Turquie. En outre, il est important de souligner, en l'espèce, que le Tribunal a condamné aussi la société demanderesse à supporter l'intégralité du coût de la procédure d'arbitrage⁸⁴⁴, y compris les frais légaux avancés par la Turquie, qui s'élevait à environ 3,9 millions de dollars américains⁸⁴⁵. Dans le même sens, on peut aussi citer l'affaire *Cementownia*⁸⁴⁶, dont la sentence a été rendue plus tard en 2009, dans laquelle le Tribunal a donné droit à la demande de la Turquie cette fois-ci ; d'avoir une déclaration constatant que son cocontractant a soumis une demande d'arbitrage frauduleuse⁸⁴⁷. De la même manière, le Tribunal a déclaré que le préjudice moral potentiel peut être sanctionné au niveau de la décision sur les coûts d'arbitrage⁸⁴⁸. Rappelons ainsi que le Tribunal en l'espèce a ordonné le demandeur à payer à l'Etat défendeur la somme de 5 304 822,06 dollars américains pour les dépenses et les frais judiciaires, ainsi que pour les frais et charges assumés dans le cadre de cette procédure d'arbitrage. Comme indiqué par le Tribunal, cette solution a déjà été relevée par d'autres

⁸⁴² V. P. Dumberry, *Satisfaction as a form of reparation for moral damages suffered by investors and respondent States in investor-State arbitration disputes*, 2012, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁴³ *Europe Cement Investment et Trade S.A. c. Turquie*, CIRDI, affaire, n° ARB (AF)/07/2, sentence précitée rendue le 13 août 2009.

⁸⁴⁴ *Ibid.* para. 181 « *The Tribunal believes that any potential reputational damage suffered by the Respondent will be remedied by the reasoning and conclusions set out in this Award, including an award of costs, which as set out below is significant. This provides a form of "satisfaction" for the Respondent. In the circumstances, therefore, the Tribunal decides not to make a monetary award of compensation to the Respondent* ».

⁸⁴⁵ V. Damon Vis-Dunbar, *Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration*, *Investment Treaty News*, 31 août 2009, disponible sur le site internet officiel de <http://www.iisd.org>.

⁸⁴⁶ *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. Turquie*, CIRDI, Affaire n° ARB (AF) 06/2, sentence précitée rendue le 17 septembre 2009.

⁸⁴⁷ *Ibid.* para. 163 « *Consequently, the Arbitral Tribunal accepts the Respondent's request for a declaration in the Award that the Claimant has filed a fraudulent claim before ICSID* ».

⁸⁴⁸ *Ibid.* para. 158 « *With respect to the sanction in case of an abuse of rights, ICSID tribunals can award costs against parties as a sanction against what they see as dilatory or otherwise improper conduct in the proceedings* ».

Tribunaux transnationaux à plusieurs reprises⁸⁴⁹, ce qui montre sa consécration dans la jurisprudence arbitrale.

485. – Analyse critique. – On peut déduire ainsi, de la forme de réparation par satisfaction indiquée, qu’il s’agit d’une déclaration rendue par le Tribunal constatant l’existence d’une demande frauduleuse ou l’abus de procédures, ainsi que de faire supporter la partie demanderesse l’intégralité de coûts d’arbitrage. Une telle solution nous paraît juste et équitable dans le sens qu’elle protège la réputation de la partie lésée, et qu’elle la décharge des dépenses qu’elle n’aurait pas dû payer. Pourtant, l’allocation d’une indemnisation davantage symbolique peut être aussi justifiée afin de punir et de prévenir de tels comportements frauduleux, ce qui aurait une répercussion positive sur la réputation des transactions internationales. Sachant qu’on a pu relever un exemple dans la sentence *Cementownia* qui a fait une allusion par rapport à cette solution, bien qu’elle n’ait pas accordé une réparation monétaire en l’espèce⁸⁵⁰. Dès lors, la controverse sur la réparation par satisfaction pécuniaire semble logique au sens juridique⁸⁵¹. Ce qui pourrait être la consécration d’une telle solution de la jurisprudence arbitrale à l’avenir.

486. – L’opération de l’évaluation juridique de la réparation par satisfaction. – Les Tribunaux arbitraux transnationaux ont envisagé, à plusieurs reprises, des demandes d’indemnisation du préjudice moral invoquées par les Etats, sous forme souvent de demandes reconventionnelles, dans le cadre de l’arbitrage international d’investissement. Une telle indemnisation peut être recevable, sauf que la question qui se pose à ce stade, est de savoir sur quelle base on peut évaluer l’indemnisation dans ce cas. La sentence *Lemire*, rendue en 2011, nous a donné une réponse satisfaisante⁸⁵². Les arbitres, dans cette hypothèse, doivent prendre en

⁸⁴⁹ *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, CIRDI, Affaire n° ARB/77/2, sentence rendue le 5 août 1980, in *ICSID Reports*, Vol. 1, 1993, p. 365 ; *MINE c. Guinée*, CIRDI, affaire n° ARB/84/4, sentence rendue le 6 janvier 1988, in *ICSID Reports*, Vol. 4, p. 78 ; *American Manufacturing Trading v. Zaïre*, CIRDI, affaire n° ARB/93/1, sentence rendue le 21 février 1997, in 36 ILM 1531 ; *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia (LETCO)*, CIRDI, affaire n° ARB/83/2), sentence rendue le 31 mars 1986, in *ICSID Reports*, Vol. 2, p. 370.

⁸⁵⁰ *Cementownia “Nowa Huta” S.A. c. Turquie*, CIRDI, sentence précitée rendue le 17 septembre 2009, para. 171 « *A symbolic compensation for moral damages may indeed aim at indicating a condemnation for abuse of process. However, in the case at hand, the Arbitral Tribunal deems it more appropriate to sanction the Claimant with respect to the allocation of costs* ».

⁸⁵¹ V. P. Dumberry, *Satisfaction as a form of reparation for moral damages suffered by investors and respondent States in investor-State arbitration disputes*, 2012, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁸⁵² *Joseph Charles Lemire et autres c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/06/18, sentence précitée rendue le 28 mars 2011, paras 339, 344.

considération l'intensité de l'acte illicite commis et sa conséquence sur le préjudice subi, ainsi que la violation des obligations internationales faite par l'Etat et la perte économique établie de l'investisseur qui en découle. Dès lors, la prise en compte de ces éléments pour l'indemnisation du préjudice moral est juridiquement admise dans le cadre de la réparation sous forme de satisfaction. Toutefois, une réticence envers une telle pratique par les arbitres peut être toujours soulevée, notamment en raison de l'aspect punitif de l'indemnisation du préjudice moral à cause duquel une approche restrictive est adoptée sur ce point⁸⁵³.

2. La pratique arbitrale favorable à l'indemnisation du préjudice moral

487. – La prise en compte de l'aspect économique dans l'indemnisation du préjudice moral par les arbitres transnationaux. – Dans ce sens, Les Tribunaux arbitraux transnationaux ont tendance à indemniser le préjudice moral, comme le préjudice matériel, même s'ils accordent le premier à titre exceptionnel. Une telle indemnisation trouve sa source, en premier lieu, dans l'aspect économique que représente l'investissement objet du litige⁸⁵⁴.

En tout cas, la tendance générale dans l'arbitrage international ne refuse pas en principe l'indemnisation du préjudice moral. Les Tribunaux arbitraux transnationaux en ont fait preuve à plusieurs reprises. Cette solution mérite qu'on l'aborde plus particulièrement dans le cadre de l'arbitrage international en matière d'investissement. De l'étude des cas récents, il s'avère que les préjudices indemnisables sont de nature plutôt économiques vu qu'ils sont censés être en rapport avec l'investissement établi. Or, il arrive que, d'un côté, les investisseurs cherchent, de plus en plus, l'indemnisation de leur préjudice moral en amont de celui matériel⁸⁵⁵. De l'autre côté, les Etats hôtes contractants ne manquent pas aussi à réclamer, dans le cadre d'une demande

⁸⁵³ V. Patrick Jacob et Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2011, *op. cit.*, p. 561.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 559.

⁸⁵⁵ V. par ex. *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence rendue le 8 mai 2008, publiée au site officiel de ITA, paras 689, 704 ; *Biwater Gauff Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, sentence précitée rendue le 24 juillet 2008, sp. op. diss. Born, paras 29-33 ; *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/06/18, sentence précitée rendue le 28 mars 2011, para. 333 ; *Tza Yap Shum c. Pérou*, CIRDI, Affaire n° ARB/07/6, sentence précitée rendue le 7 juillet 2011, para. 281.

reconventionnelle, l'indemnisation du préjudice moral notamment dans les cas de fraude et de l'abus de l'utilisation du droit de l'arbitrage de la part des investisseurs étrangers⁸⁵⁶.

488. – Par ailleurs, il est important de relever que la Commission de droit international « *CDI* » admet, dans l'article 31 al. 2, l'indemnisation du tout préjudice subi, inclus celui de nature morale⁸⁵⁷. Notons que les arbitres internationaux se réfèrent souvent aux dispositions de la *CDI* en statuant sur leurs litiges. On constate ainsi dans le cadre de l'arbitrage international d'investissement que tout acte illicite commis par l'Etat hôte, qu'il soit matériel ou moral, puisse être alors sanctionné⁸⁵⁸.

489. – On peut rappeler, à ce propos, la sentence *Desert Line Projects*⁸⁵⁹, dont la sentence a été rendue le 6 février 2008. Elle est notable aussi en ce sens qu'elle a pris l'initiative, dans la jurisprudence arbitrale, d'admettre l'allocation des dommages-intérêts pour un préjudice moral dans l'arbitrage en matière d'investissement basé sur un Traité bilatéral d'investissement⁸⁶⁰. Par ailleurs, le Tribunal a constaté le fait de l'admissibilité de l'indemnisation du préjudice moral en tant que principe général de droit, sans besoin même de se référer aux articles de la *CDI* sur ce sujet⁸⁶¹. Rappelons qu'en l'espèce le Tribunal a accordé à la demanderesse des dommages-intérêts moraux forfaitaires de 1 000 000 de dollars américains. Dès lors, cette solution a pour effet de garantir une application large et solide du principe de l'indemnisation du préjudice moral⁸⁶². On constate qu'une telle solution a été confirmée dans l'opinion dissidente susmentionnée de l'arbitre G. Borne, dans la sentence *Biwater Gauff*⁸⁶³, rendue plus tard dans la même année. Cette fois-ci, une référence a été faite à la codification de la *CDI*, notamment à

⁸⁵⁶ V. par ex. *Europe Cement Investment et Trade S.A. c. Turquie*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/07/2, sentence précitée rendue le 13 août 2009, para. 181 ; *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. Turquie*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/06/2, sentence précitée rendue le 17 septembre 2009, paras 169-171.

⁸⁵⁷ L'article 31 al. 2 de la *CDI* (un extrait de la version anglaise) a précisé les préjudices pour lesquels l'Etat doit indemniser l'investisseur. « (...) *Any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State* ».

⁸⁵⁸ V. Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2010, p. 635.

⁸⁵⁹ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, Affaire n° ARB/05/17, sentence précitée rendue le 6 février 2008, E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. II (2004-2008), éd. A. Pedone, Paris, 2010, pp. 439 et s.

⁸⁶⁰ V. E. Gaillard, *Chronique CIRDI*, in *JDI*, 2009, p. 350.

⁸⁶¹ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence précitée rendue le 6 février 2008, para. 289 « (...) *It is generally accepted in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them* ».

⁸⁶² V. dans ce sens, E. Gaillard, *Clunet, Chronique des sentences arbitrales*, N° 1, janvier 2009, Chron. 2.

⁸⁶³ *Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, sentence précitée rendue le 24 juillet 2008, opinion dissidente rendue par l'arbitre G. Borne, paras. 24-25.

l'article 31 al. 2, pour constater la possibilité de l'indemnisation du préjudice moral. En précisant aussi que cette solution est en cohérence avec les principes généraux de droit international⁸⁶⁴.

490. – Cette position a pour conséquence de réfuter l'argument selon lequel l'arbitrage d'investissement est supposé être basé sur le *TBI* applicable dont le rôle est de protéger les droits économiques. Cependant, on peut relever des enjeux juridiques en la matière consistant dans la difficulté qu'envisagent les arbitres dans l'évaluation des préjudices non-matériels, ainsi que sur l'élément de preuve⁸⁶⁵. Dans ce sens, on peut invoquer l'exemple de l'affaire *Pey Casado* en 2008, dans laquelle le Tribunal n'a pas pu accorder certaines indemnisations, inclus l'indemnisation du préjudice moral, à la partie lésée, en raison de manquement de preuve en constatant l'existence des difficultés pratiques confrontant la demanderesse dans le cadre d'apporter les preuves puisque, rappelons-le, que la simple vraisemblance d'un préjudice n'est pas suffisante pour permettre l'indemnisation⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ *Ibid.* para. 24 « *This analysis is important as a conceptual matter, and also consistent with more general principles of international law (...)* ».

⁸⁶⁵ Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, AFDI, Paris, 2008, p. 498.

⁸⁶⁶ V. *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence précitée rendue le 8 mai 2008, publiée au site officiel de ITA (consulté le 21 mars 2013), para. 689 « *Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du damnum emergens, du lucrum cessans, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas* » ; cf. Sentence CCI n° 12745, YBCA 2010, Vol. XXXV, p. 115.

CONCLUSION DU CHAPITRE

491. – L’impact des dommages-intérêts punitifs sur le principe de l’indemnisation intégrale du préjudice. – Il est vrai que les systèmes juridiques de *civil law* ont montré de plus en plus de tolérance par rapport à la reconnaissance et l’exécution des indemnisations punitives⁸⁶⁷. Le recours à ce type d’indemnisation remet certes d’ailleurs en cause l’interprétation traditionnelle du principe de l’indemnisation intégrale. Plus particulièrement, parce que l’indemnisation punitive représente une prévention ou une punition qui tend à être conciliée avec la réparation indemnitaire en tant que deux dimensions cohérentes, ou au moins complémentaires, du système de la réparation⁸⁶⁸. Ceci peut conduire à adopter une notion plus large de la réparation, permettant d’y inclure l’indemnisation punitive afin de pouvoir indemniser tous les chefs de préjudices subis⁸⁶⁹.

Pourtant, il ressort clairement de l’illustration précédente que la pratique arbitrale n’est pas encline à accorder ce type d’indemnisation. Une position qui paraît logique puisqu’il faut toujours éviter d’accorder des dommages-intérêts très arbitraires, ce qui serait un obstacle juridique vis-à-vis de l’exécution de la sentence arbitrale. En tout cas, rien n’empêche néanmoins qu’une indemnisation punitive allouée par un Tribunal arbitral soit conciliée avec le principe de l’indemnisation adéquate, à l’opposition de celui de l’indemnisation intégrale, si une telle indemnisation ne s’avère pas très arbitraire et disproportionnée.

492. – L’hypothèse de l’indemnisation du préjudice moral. – On constate que le préjudice matériel est incontestablement indemnisable. Cette constatation nous conduit à supposer que le préjudice moral doit être pareillement indemnisable, vu que son indemnisation repose dans plusieurs cas sur la même source juridique. Cette hypothèse reflète la distinction difficile et floue entre ces deux types de préjudices, dans certaines circonstances. En ce sens, il

⁸⁶⁷ V. Th. Rouhette, *The availability of Punitive damages in Europe, Growing trend or nonexistent concept ?*, *Def. Counsel J.*, Vol. 74, N° 4, octobre 2007, *op. cit.*, pp. 323 et s.

⁸⁶⁸ V. en ce sens, C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : Contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes*, thèse, Universités d’Orléans et de Montréal, Dalloz 2011, pp. 205 et s. ; Patrice Jourdain, *Rapport introductif, colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁶⁹ V. En ce sens, L. De Graeve, *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, thèse, Lyon III, 2006, n° 1299.

existe de nombreux cas où le préjudice moral subi par la partie lésée est une conséquence inévitable du préjudice matériel subi par la même partie. C'est le cas, par exemple, de certaines formes de mauvais traitements qui engendraient des pertes économiques mathématiquement évaluables, et par conséquent indemnifiables. Pourtant, cette même faute peut résulter aussi des préjudices moraux inhérents à la partie lésée. Inversement, un préjudice purement moral peut causer en même temps d'autres préjudices matériels. Comme, par exemple, le cas de l'humiliation ou de l'atteinte à l'intégrité qui peuvent engendrer aussi des pertes économiques, en tant que conséquences logiques de ces types de violations juridiques⁸⁷⁰. Pour conclure, l'incohérence de l'indemnisation du préjudice moral, en principe, avec l'application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, n'a pas empêché néanmoins l'exigence, voire la nécessité, de sa réparation.

⁸⁷⁰ V. en ce sens, Stéphane Wittich, *Non-material damage and monetary reparation in international law*, *Finnish Y.B.I.L.*, Vol. XV, 2004, p. 330, P. Dumberry, 2010, *op. cit.*, p. 249.

CONCLUSION DU TITRE II

493. – Sur la lumière des développements précédents, il s'avère nettement, dans le cadre de l'exposition des mécanismes de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international, la difficulté d'une application optimale du principe générale de l'indemnisation intégrale.

494. – D'un côté, une telle difficulté apparaît dans la mise en œuvre même de ce principe. Cette difficulté est de nature intrinsèque audit principe. Fait qu'on a tenté de relever au niveau de l'opération de l'évaluation d'indemnisation par les arbitres dans le cadre de la mise en œuvre du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. On a vu que cette constatation apparaît, par exemple, dans la pratique de l'indemnisation du gain manqué, qui relève d'ailleurs des interrogations dans beaucoup de cas relatifs quant à sa cohérence avec les règles de l'indemnisation intégrale, et notamment celle de l'indemnisation du seul préjudice réellement subi. En outre, cette question d'incohérence ne relève même pas de doute quant au sujet de l'allocation des dommages-intérêts moratoires par les arbitres internationaux. Les explications inhérentes à la difficulté de la mise en œuvre du principe de l'indemnisation intégrale ne s'arrêtent pas là, vu qu'elles existent toujours dans le processus même de l'évaluation.

495. – D'autre côté, on constate que le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice est manifestement mise en cause d'ailleurs dans le cadre de l'allocation, par les arbitres internationaux, de certains types d'indemnisations en dehors même du cadre juridique des règles de l'indemnisation intégrale. Afin de bien illustrer cette hypothèse par des exemples concrets, il apparaît des développements amenés sur ce point, que les dommages-intérêts punitifs constituent un réel défi au principe de l'indemnisation intégrale. En admettant que l'allocation de ce type d'indemnisation reste restreinte et douteuse, le cas n'est pas complètement pareil quant à l'allocation des dommages-intérêts moraux par les arbitres. Un tel défi manifeste relève, d'une part, de la difficulté de procéder à un calcul précis pour évaluer le montant de l'indemnisation due, ainsi qu'au fait « qu'une telle réparation laisse place à une grande part de subjectivité⁸⁷¹ »,

⁸⁷¹ Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, p. 215.

et d'autre part, notamment de la nature indubitablement punitive de l'indemnisation du préjudice moral.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

496. – De l'étude des règles fondamentales de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international, il ressort, des développements suivis sur ce sujet, qu'une application littérale du principe de l'indemnisation intégrale s'avère pratiquement inaccessible. On peut conclure de la démonstration précédente sur ce sujet qu'une allocation d'une indemnisation adéquate est plus appropriée à aborder comme principe juridique. Une telle indemnisation adéquate a pu être relevée lors de l'exposition des facteurs essentiels d'indemnisation du préjudice, ainsi que des mécanismes d'indemnisation dans le cadre de la jurisprudence arbitrale internationale. D'une part, l'examen des facteurs d'indemnisation du préjudice par les arbitres nous montre l'importance de la mise en œuvre des règles de l'appropriation dans le cadre de l'indemnisation du préjudice. Ce fait peut être constaté, d'un côté, de l'interprétation extensive de certains faits générateurs d'indemnisation, ce qui conduit à admettre un pouvoir discrétionnaire considérable des arbitres. D'un autre côté, la démonstration des principes juridiques gouvernant les préjudices indemnifiables nous montre que certains chefs de préjudices peuvent être exclus sous ce titre, en étant dépourvus ainsi d'aucune indemnisation. D'autre part, l'examen des mécanismes de l'indemnisation du préjudice nous a permis de relever les difficultés d'une application stricte du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Ceci est apparu d'une manière inhérente à l'application même dudit principe. L'écart avec ce principe s'élargit encore dans d'autres cas quand les arbitres internationaux recourent à l'allocation de certaines indemnisations spécifiques ayant de nature juridique incompatible avec les règles littérales de l'indemnisation intégrale du préjudice.

497. – On peut considérer ces règles comme primordiales afin d'évaluer le montant de l'indemnisation dans un sens positif. Autrement dit, ce sont les règles principales établies pour l'évaluation de tous les chefs de préjudices subis par la partie lésée. Dans le but d'atteindre une juste évaluation du préjudice, il est important dans un autre sens de prendre en considération toutes les dérogations juridiques possibles de l'indemnisation du préjudice afin d'aboutir à une réparation nette de celui-ci. Dès lors, il est nécessaire d'aborder, dans ce sens négatif,

l'évaluation du préjudice dans le cadre de l'étude des règles contingentes de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international.

PARTIE II. LES REGLES CONTINGENTES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

498. – Les règles contingentes de l'indemnisation du préjudice constituent un complément nécessaire des règles fondamentales de celle-ci dans le cadre du processus de l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation due. On peut relever ainsi plusieurs dérogations quant à l'appréciation positive des indemnisations. Ces variables affectant l'opération de l'évaluation de l'indemnisation par les arbitres peuvent être soit endogènes (Titre I) soit exogènes (Titre II) au comportement fautif des parties.

TITRE I. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT FAUTIF DES PARTIES

499. – Les variables tenant au comportement fautif des parties peuvent apparaître sous différentes formes. Afin que la partie lésée puisse réclamer une indemnisation de tous les préjudices subis, elle doit aussi respecter certaines obligations juridiques ainsi qu’aucun acte ne lui soit imputable dans le cadre de l’exécution du contrat. Dès lors, on peut invoquer les obligations juridiques incombant à la partie lésée pour la minimisation de ses préjudices (Chapitre I). En outre, la partie lésée doit toujours agir de bonne foi dans le cadre de la relation contractuelle avec son cocontractant, ce qui nécessite d’étudier l’incidence de la fraude sur l’indemnisation du préjudice (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES INCOMBANT A LA PARTIE LESEE POUR MINIMISER LES PREJUDICES SUBIS

500. – Le concept de la minimisation du préjudice. – L'obligation de minimiser le préjudice incombant à la partie lésée s'appuie, avant tout, sur le concept de bon sens. Or, est parfaitement opportune l'idée selon laquelle on ne peut pas laisser le préjudice s'aggraver, sans prendre les mesures raisonnablement diligentes pour le limiter, voire le supprimer. Par contre, on ne peut pas exiger du débiteur, sauf convention contraire, de minimiser les pertes subies⁸⁷².

Pour mieux comprendre la perspective du principe de minimiser le préjudice, il faut préciser que, si la partie lésée est amenée à le respecter, toutefois, ce n'est pas dans le but de protéger les intérêts de son débiteur ni, évidemment, au détriment de ses propres intérêts. Même si, en apparence, la conséquence de minimiser les préjudices aura pour effet de limiter la responsabilité du débiteur. Dès lors, il est patent qu'il s'agit, dans ce cas, d'un effet contingent lorsque les dépenses entretenues à cet effet sont indemnisées, le cas échéant, par le débiteur⁸⁷³.

501. – Une controverse relevée sur ce concept. – Un courant important de la doctrine, dont Domat, Pothier et Demogue n'étaient pas hostiles à une obligation de minimisation du préjudice par la partie lésée. Par contre, ultérieurement, une position ferme a été adoptée par la jurisprudence et la doctrine, résumée par Léon Mazeaud selon lequel "*la victime était dans son droit en attendant que le responsable exécute son obligation*". Le droit à une indemnisation intégrale prime toute obligation de réduire le préjudice, car les préoccupations gouvernant le droit de la responsabilité visent essentiellement l'auteur du préjudice dont il s'agit de sanctionner la faute. Cependant, comme l'a dit M. Bénabent, la qualité de créancier ne peut pas justifier, à elle seule, un attentisme ou une incurie aux conséquences préjudiciables. Il n'est pas question de traiter ici l'intégralité des aspects que recouvrent le principe de minimisation du préjudice et son admission en droit français⁸⁷⁴.

⁸⁷² Philippe Delebecque, *Que recouvre l'obligation de minimiser son préjudice ?*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 1.

⁸⁷³ V. dans ce sens, Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, 2004, réimpr. 2007, *LGDJ*, n° 342.

⁸⁷⁴ Jean-Luc Aubert, *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?*, *RJDA*, avril 2004, p. 355.

502. – Le rapport entre la minimisation du préjudice et le principe de l’indemnisation intégrale. – Toutefois, le principe de minimiser le préjudice, comme appelé dans la plupart des doctrines, a pour objectif de traiter de simples considérations ayant des impacts sur le principe de la réparation intégrale de préjudices. Par conséquent, un préjudice qui remplit tous les critères juridiques pour qu’il soit intégralement indemnisé, n’est, toutefois, réparable que dans la limite où il ne pouvait être évité par la partie lésée⁸⁷⁵. Dès lors, il s’agit de voir le statut de la partie lésée d’un préjudice, soit elle n’assume aucune obligation juridique de modérer le préjudice après sa production, soit elle est tenue responsable d’agir passivement alors qu’elle aurait dû se comporter, dans ce cas, d’une manière diligente afin de ne pas laisser s’aggraver son propre préjudice.

Dans le bon sens, en matière d’arbitrage international, les arbitres sont invités en premier lieu, une fois la responsabilité de l’une des parties au litige établie, à appliquer le principe de la réparation intégrale après avoir encadré le préjudice réparable. Plus tard, les arbitres doivent examiner, s’il y a lieu, une réduction de ces indemnisations en raison du comportement de la partie lésée en vérifiant aussi les obligations à subir du côté de cette partie, dont l’obligation de minimiser le préjudice en fait un trait essentiel. En l’occurrence, la réception du principe de minimisation du préjudice exige l’analyse du comportement de la partie lésée suite à la survenance du préjudice.

503. – Afin de mieux illustrer le principe de la minimisation du préjudice, il faut traiter, d’abord, les fondements et la consécration de l’obligation de minimiser les préjudices en droit comparé (Section I), ensuite il est important d’étudier les caractéristiques d’une telle obligation, ainsi que sa mise en application par les arbitres internationaux (Section II).

⁸⁷⁵ V. Y. Derains, *L’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, *RDAL*, 1987. 375, n° 21, p. 380.

SECTION I. LES FONDEMENTS ET LA CONSECRATION DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LES PREJUDICES EN DROIT COMPARE

504. – Afin de trouver une assise juridique de l'obligation de minimiser les préjudices par la partie lésée, différents fondements ont été relevés par la doctrine, selon l'objectif à atteindre (Paragraphe I), alors que le principe même de la minimisation de préjudices est bien consacré dans les différents systèmes juridiques (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. FONDEMENTS ET OBJECTIFS DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LES PREJUDICES

505. – Il nous paraît important de commencer, à ce stade, par l'étude des fondements juridiquement retenus, afin de justifier l'application d'une obligation de minimiser le préjudice (A). Ensuite, on verra l'idiologie à laquelle on se réfère à cet égard, en étudiant les objectifs d'une telle obligation (B). La doctrine a contribué à amener des études sur les fondements qui peuvent servir à justifier une obligation de minimiser le préjudice. Aussi, elle a présenté des analyses sur les objectifs éventuels d'une telle obligation, afin qu'il y ait une cohérence, par conséquent, avec ces fondements juridiques.

506. – La notion du devoir de la minimisation du préjudice. – Des études ont été faites en la matière pour traiter de l'obligation de minimiser le préjudice pour la partie lésée. Il est important de préciser que notre recherche à ce stade admet plutôt l'idée d'un « devoir de minimiser le préjudice ». Dans ce sens, le terme d' « obligation » de minimiser le préjudice signifie que la partie lésée est le débiteur de l'auteur du préjudice initial. Liée à ce dernier, elle serait obligée de rendre une prestation ou de supporter une charge quelconque. Cette solution s'avère incompatible avec le concept de la minimisation du préjudice, selon lequel la partie lésée est amenée à réduire son propre préjudice, sinon elle nuirait à ses intérêts et ne pourrait, ensuite, réclamer des indemnisations sur l'étendue du préjudice causée par son propre fait. Autrement dit, le terme « obligation » signifie que la partie lésée devient un débiteur à l'égard de son cocontractant qui est l'auteur du préjudice. Il s'agit donc d'un créancier et d'un débiteur en même temps, alors que, dans ce cas, on ne peut pas parler d'un débiteur lorsqu'il est chargé de

bien sauvegarder ses propres intérêts, comme on l'a indiqué, puisqu'il sera responsable de ses dédommagements causés par lui-même. De ce fait, il devient logiquement, voire juridiquement, acceptable d'aborder un « devoir » de minimisation du préjudice.

A. Les fondements juridiquement retenus de la minimisation du préjudice

507. – Plusieurs fondements ont été attribués par la doctrine⁸⁷⁶ pour justifier le principe de minimiser le préjudice, afin de mettre en place une base juridique sur laquelle les arbitres et les juges peuvent déterminer les différentes dimensions et conséquences juridiques, lors de l'application d'un tel principe. En somme, le principe de minimiser le préjudice, à qui plusieurs fondements différents ont été attribués, peut être soumis à deux fondements principaux qui sont largement admis par la doctrine et la plupart des systèmes juridiques internes. Ces deux fondements se représentent, d'une part, par la faute de la victime elle-même (1) dont l'efficacité est controversée, et d'autre part, on constate dans le lien de causalité (2) un fondement bien établi pour justifier la minimisation du préjudice.

1. La faute de la partie lésée et le principe de minimiser le préjudice

508. – Nous verrons dans la suite un des fondements largement invoqué par la doctrine afin de justifier l'application du principe de la minimisation du préjudice, en tentant de rattacher ledit principe à la notion de la faute de la partie lésée, en exposant, d'ailleurs, les critiques qui y sont opposées dans le but d'illustrer l'efficacité de ce fondement. On verra au bout de notre analyse là-dessus que la notion de la faute de la partie lésée (a) ne s'avère pas d'une efficacité suffisante pour fonder le principe de la minimisation du préjudice, ce qui nous amènera à mettre la lumière sur d'autres notions alternatives (b) qui, à leur tour, montrent moins d'efficacité.

⁸⁷⁶ V. dans ce sens : P.-J. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Librairie de la J.Cl., éd. GODDE, 1931, pp. 59 et s. ; Stéphane Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille "PUAM", 2002, pp. 107 et s. ; Catherine Popineau-Dehaulon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat - études comparative*, thèse, LGDJ, 2008, pp. 587 et s.

a. La notion de la faute de la partie lésée

509. – Les raisonnements soulevés dans la doctrine en faveur de la notion de la faute de la partie lésée. – La contribution de la partie lésée au préjudice est, en principe, sanctionnée sur le fondement de la faute de la victime. La théorie de la faute de la partie lésée exige que la faute commise par celle-ci soit la raison ou l'une des raisons du préjudice principalement subi. Dans ce cas, il s'agit d'une faute de la victime qui engendre, par conséquent, l'exonération partielle ou totale de l'auteur du préjudice, notamment en droit commun de la responsabilité⁸⁷⁷.

Toutefois, la faute commise par la partie lésée peut ne pas être la raison du préjudice principal, mais reste la raison qui a provoqué l'aggravation dudit préjudice. On distingue alors entre la faute concomitante ou antérieure au préjudice subi et l'autre postérieure à celui-ci. L'obligation de minimiser le préjudice trouve son champ d'application dans le second cas⁸⁷⁸. Autrement dit, l'obligation de minimiser le préjudice ne peut exister qu'après la survenance d'un préjudice initial. A contrario, le fait dans lequel la partie lésée, qui par son comportement passif ou fautif, a contribué à l'aggravation de son préjudice initial, antérieurement à l'engagement de la responsabilité de son débiteur de l'indemnisation de ce préjudice, écarte l'application de l'obligation de minimisation du préjudice⁸⁷⁹.

510. – En droit comparé. – Cette dualité de la théorie de la faute de la partie lésée a été constatée dans certains droits étatiques, en distinguant la faute concomitante ou antérieure à la survenance du préjudice de celle qui lui est postérieure. Ainsi, l'article 1227 du Code civil italien distingue entre la faute concomitante et la faute postérieure de la partie lésée. Aussi le § 254 du Code civil allemand distingue entre le cas où une partie lésée, qui a subi le préjudice, a contribué par sa propre faute à sa survenance même, et le cas où cette partie lésée s'est comportée passivement, en omettant d'aviser le débiteur du danger d'un préjudice exceptionnellement élevé, ou en ne prenant pas les mesures nécessaires pour éviter ou réduire le préjudice.

⁸⁷⁷ V. dans ce sens, Brigitte Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 310 s.

⁸⁷⁸ V. B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, *RDAl*, 1987, n° 3, p. 394 ; R. O. Dalcq, *L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle*, *RDAl*, 1987, n° 6, p. 365.

⁸⁷⁹ V. dans ce sens, R. Kruithof, *L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage*, *R.C.J.B.*, 1989, n° 3, p. 14.

Par contre, en droit belge, les textes juridiques ne disposent pas d'une telle distinction précitée par rapport à la notion de la faute de la partie lésée afin d'évaluer son préjudice et de bien fonder le champ d'application de l'obligation de minimisation du préjudice. Pourtant, la doctrine belge a pu relever, certes, le fait que l'obligation de minimiser le préjudice est fondée sur la faute de la partie lésée⁸⁸⁰. Une telle position avait été aussi constatée par la jurisprudence belge à plusieurs reprises⁸⁸¹.

En France, comme nous le démontrerons plus tard, la tendance refusant l'intégration de l'obligation de minimiser le préjudice dans son droit interne, la situation est proche de celle du droit belge lorsque la jurisprudence française, malgré le manquement d'une disposition expresse dans les textes juridiques, s'est prononcée, à diverses occasions, sur le comportement de la partie lésée⁸⁸².

511. – Les caractéristiques d'une telle faute de la partie lésée. – Dès lors, conformément à la notion de la faute de la partie lésée, c'est seulement dans le cas où la cause du préjudice est le fruit de la faute de celle-ci, qu'elle ne devra pas être indemnisée. Elle sera ainsi considérée comme « *responsable devant elle-même* », corolairement indigne de toute indemnité pour ce préjudice⁸⁸³. Afin de conforter cette notion de faute de la victime, Dabin a relevé aussi la même idée de la faute envers soi-même en invoquant que « *tout individu est en faute quand, volontairement ou par négligence, il viole les lois et les règlements ou quand il transgresse les normes de la conduite honnête, diligente et prudente* »⁸⁸⁴.

Afin d'atteindre une certaine cohérence entre la notion de faute de la partie lésée et le principe de minimisation du préjudice, il sera utile de relever que le comportement de celle-ci n'est pas, proprement dit, fautif tant qu'elle ne porte pas atteinte à ses propres intérêts. En

⁸⁸⁰ V. R. O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 2386, n° 2447, n° 2515, n° 3437, n° 4130 ; R. Pirson et R. De ville, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles : Bruylant, 1935, n° 220 ; T. Delahaye, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles : Bruylant, 1984, n° 225.

⁸⁸¹ V. Hayoit De Termicourt, *Concl. Avant Cass. Belge*, 8 mai 1952, Pas. 1952. I. 570, spéc. p. 575.

⁸⁸² V. T.G.I. Laval, 13 février 1967, *D.* 1968. 39, note M. Le Roy ; C.A. Paris, 11 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968. 2. 118.

⁸⁸³ V. L. Josserand, *La responsabilité envers soi-même*, *D.* 1934. Chron. 76, n° 28.

⁸⁸⁴ V. J. Dabin, *Faute dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches*, *Ann. dr.* 1955. 122 et J. Brethe de la Gressaye (dir.), *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 144, spéc. p. 146.

revanche, si cette partie lésée reste inerte à l'égard de son préjudice subi, en étant la cause de son aggravation, elle sera ainsi fautive à l'égard de son débiteur. Dans cette même logique, Mazeaud et Tunc ont relevé en la matière que « *sans doute est-ce une faute envers soi-même, mais c'est aussi une faute envers le défendeur, puisque, en participant à la réalisation du dommage, la victime nuit à ce dernier, tenu de réparer* »^{885 886}.

512. – Vision critique sur la notion de la faute de la partie lésée dans le cadre de l'obligation de minimiser le préjudice. – Malgré les illustrations précitées, la minimisation du préjudice se concilie difficilement avec la notion de faute de la partie lésée pour les raisons suivantes :

En premier lieu, il s'agit de la faute de la partie lésée qui affecte l'étendue du préjudice dans sa portée finale qui vient s'ajouter au préjudice initial, déjà subi, initié par son débiteur. En aggravant le préjudice existant, cette partie lésée aurait commis ainsi, comme on l'a exposé plus tôt, une faute envers elle-même. Il sera trop tôt pour constater une telle faute à l'égard de son débiteur tant que la partie lésée n'aura pas réclamé davantage d'indemnisation. Cela veut dire que, en principe, il n'est pas judicieux de relever une faute à l'égard du débiteur du seul fait de la faute de la partie lésée en gérant son préjudice. Dès lors, la partie lésée ne peut pas réclamer l'indemnisation de la partie du préjudice dont il aura été l'auteur par sa négligence. Par conséquent, il serait plus juste de constater, dans ce cas, l'existence d'un « fait exonératoire de responsabilité » au profit du débiteur.

Ensuite, il ne s'avère pas pratique de fonder l'obligation de minimiser le préjudice sur la notion de faute de la partie lésée, puisque son rôle classique se trouve dans le cas où il s'agit d'une faute antérieure ou concomitante au préjudice initial. Alors que, pour reconnaître la faute de la partie lésée en tant que fondement de l'obligation de minimiser le préjudice, il est

⁸⁸⁵ V. H. L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6^e éd., Paris : Montchrestien, 1970, n° 1467-2.

⁸⁸⁶ Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, n° 250 et s., pp. 150 et s.

nécessaire de constater définitivement la portée juridique de la faute postérieure de celle-ci au préjudice initial. Une telle reconnaissance n'est pas certaine⁸⁸⁷.

S'il n'est pas fort probable ainsi d'accepter de justifier le principe de minimiser le préjudice sur la base juridique de la faute de la partie lésée, le cas serait encore moins juste par rapport aux autres notions équivalentes invoquées toujours par la doctrine.

b. Les notions alternatives

i. L'acceptation des risques⁸⁸⁸

513. – Exposé de la notion de l'acceptation des risques. – On entend par la notion de l'acceptation des risques que la partie lésée, sans être consentie au préjudice subi dans le cadre de la relation juridique avec le débiteur, peut en être considérée acceptant les risques. Il en découle que le débiteur peut être exonéré des conséquences des risques auxquels cette partie lésée a accepté de se soumettre⁸⁸⁹. D'ailleurs, la théorie de l'acceptation des risques est bien admise par la doctrine depuis longtemps⁸⁹⁰, tant dans le domaine de l'indemnisation du préjudice contractuel qu'extracontractuel, ce qui fait de l'application d'une telle théorie un des principes généraux de l'indemnisation des préjudices.

L'acceptation des risques de la part de la partie lésée peut être réalisée par le fait de se comporter passivement à l'égard du préjudice principal subi, d'une manière qui amène à l'aggravation de celui-ci. Alors que la doctrine, en la matière, n'était pas du tout favorable à l'idée que l'obligation de minimiser le préjudice soit basée sur la théorie de l'acceptation des risques susmentionnée⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, n° 257-258.

⁸⁸⁸ V. sur cette notion, Marie Heran, *Acceptation des risques et clauses d'irresponsabilité quant aux dommages causés aux personnes*, thèse, Université de Montpellier, Faculté de droit, 1952, pp. 60 et s. ; Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, pp. 160-162.

⁸⁸⁹ V. P.-J. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, *op. cit.*, pp. 59 et s.

⁸⁹⁰ V. par exemple, Marie Heran, *Acceptation des risques et clauses d'irresponsabilité quant aux dommages causés aux personnes*, thèse, *op. cit.*, pp. 27 s.

⁸⁹¹ V. R. O. Dalcq, *L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle*, 1987, *op. cit.*, n° 17, p. 369 ; R. Kruithof, *L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage*, *op. cit.*, n° 20, p. 33.

514. – Vision critique sur la notion de l’acceptation des risques. - Il nous paraît difficile de reconnaître la notion de l’acceptation des risques en tant que telle en raison de l’ambiguïté d’une telle notion. En premier lieu, on s’interroge sur la signification du terme de « l’acceptation » des risques qui aurait pour effet de réduire les indemnisations dues à la partie lésée. Il faut préciser que la connaissance par cette partie lésée d’un risque quelconque ne signifie pas forcément qu’elle l’a accepté ; d’où la difficulté de la détermination des risques bien acceptés, d’après cette théorie⁸⁹².

En second lieu, même si on arrive à déterminer les risques acceptés, il reste à étudier si tout risque accepté aura pour conséquence la réduction des indemnisations en cas de préjudice subi, ou bien si ce risque doit être revêtu du caractère fautif. M. Durand a invoqué, en 1931, le rapport entre la notion de l’acceptation des risques et celle de la faute de la victime⁸⁹³. Plus tard, MM. Henri et Mazeaud ont accentué cette théorie en exprimant que « certains cherchent en effet à construire aujourd’hui une théorie générale de risque accepté. On entend par là le consentement, donné à l’avance par la victime, au dommage, susceptible de se réaliser et l’on prétend que chaque fois que la victime a ainsi accepté les risques, elle n’a droit à rien. ‘ *Volenti non fit injuria* ’. Thèse inexacte car la maxime invoquée ne joue que dans les cas où la victime a voulu le dommage, non dans ceux où elle a simplement consenti à la possibilité de la réalisation de ce dommage. Quant à la question de savoir si ce consentement a une incidence sur la responsabilité, il suffit d’appliquer des règles générales ; il ne sera susceptible d’exonérer l’auteur du dommage que dans le cas où il sera fautif, c’est-à-dire où il constitue une faute de la victime⁸⁹⁴ ».

⁸⁹² V. R. O. Dalcq, *op. cit.*, 1987, p. 370.

⁸⁹³ V. P.-J. Durand, *Des conventions d’irresponsabilité*, thèse, Paris, Godde 1931, *op. cit.*, n° 19-21, pp. 65-69.

⁸⁹⁴ V. H. et L. Mazeaud, *Obligations en général et responsabilité civile*, *RTD civ.*, 1938, n° 16, p. 465.

*ii. L'abus de droit*⁸⁹⁵.

515. – Exposé de la notion de l'abus de droit. – Une autre partie de la doctrine a justifié le manquement à l'obligation de minimiser les préjudices sur la base de la théorie de l'abus de droit. De la même manière, selon M. André de Bersaques, une partie lésée qui ne prend pas les mesures nécessaires afin de ne pas aggraver son préjudice aurait commis, ainsi, un usage abusif de son droit de la réclamation d'une indemnisation intégrale, et par corolaire un manquement à son obligation de minimiser le préjudice, comme il a relevé que « le titulaire d'un droit n'est pas fondé à épuiser âprement toutes les prérogatives qu'il lui confère sans le moindre souci des intérêts de celui à qui il peut l'opposer ⁸⁹⁶ ».

Cela veut dire que la réclamation de l'indemnisation intégrale du préjudice, que la partie lésée aurait pu minimiser ou dont elle aurait pu éviter l'aggravation ou poursuivre le recours à un remède disproportionné par rapport au préjudice initial, aura pour conséquence d'engendrer de sa part un exercice abusif de son droit de demander l'indemnisation des préjudices.

La théorie de l'abus de droit, en droit français, peut être appliquée autant dans le domaine de la responsabilité délictuelle que dans celui de la responsabilité contractuelle. Une théorie reconnue largement, dont la violation peut être sanctionnée par l'article 1134 alinéa troisième du Code civil français, selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

516. – Vision critique sur la notion de l'abus de droit. – Après analyse, l'abus de droit ne peut pas, de toute manière, être une vraie base juridique afin de justifier, le cas échéant, le manquement à l'obligation de minimiser le préjudice, en raison de sa définition classique étroite qui s'appuie sur le critère de l'intention de nuire. Alors que, dans la minimisation du préjudice, la

⁸⁹⁵ V. sur cette notion, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, thèse, 2^e éd., éd. Dalloz 2006, pp. 164 et s. ; Audrey Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, thèse, PUAM, 2006, pp. 472, 482 et s. ; Stéphane Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, *op. cit.*, pp. 162-166.

⁸⁹⁶ V. André De Bersaques, *L'abus de droit*, *R.C.J.B.* 1953, p. 281 ; v. également du même auteur, *L'abus de droit en matière contractuelle*, *R.C.J.B.* 1969, p. 505.

partie lésée peut être sanctionnée par sa négligence, même si elle n'avait pas l'intention de nuire⁸⁹⁷.

*iii. Le concept de la gestion d'affaires*⁸⁹⁸

517. – Exposé de la notion de la gestion d'affaire. – La teneur de la conception de la gestion d'affaires consiste dans l'idée de la bonne gestion de l'affaire de la part de la partie lésée, ce qui tend à la réduction ou à la non aggravation de son préjudice. C'est à ce stade qu'intervient un autre fondement sanctionnant la négligence de la partie lésée.

Afin de bien articuler la situation juridique en l'occurrence, il est utile de situer les deux parties concernées. D'une part, il s'agit du gérant, qui est représenté par la partie lésée. D'autre part, il s'agit du maître de l'affaire, qui est le débiteur de l'indemnisation du préjudice. Ainsi, c'est au premier de gérer les affaires du second, en prenant les mesures nécessaires pour réduire, limiter ou ne pas aggraver son propre préjudice.

La doctrine a pu relever le principe de la gestion d'affaires pour justifier l'obligation de la minimisation du préjudice. M. DALCQ, par exemple, a invoqué le fait que la victime « doit, en application des règles de la gestion d'affaires, gérer les intérêts du responsable en limitant son dommage dans la limite du possible »⁸⁹⁹.

518. – En droit français. – De prime abord, suivant la même logique du principe de la minimisation du préjudice, le droit français reconnaît aussi la notion de la gestion d'affaires. Ainsi l'article 1374 alinéa premier⁹⁰⁰ du Code civil fait référence à la gestion d'affaires dans le sens où la partie lésée doit agir en tant que bon père de famille dans le cadre de sa gestion

⁸⁹⁷ Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, *op. cit.*, p. 166.

⁸⁹⁸ Sur le concept de la gestion d'affaires, v. dans ce sens : M. Picard, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, RTD civ., 1921. 420 ; F. Goré, *Le fondement de la gestion d'affaires, source autonome et générale d'obligations*, D. 1953. Chron. VII, pp. 39-42 ; R. Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972, pp. 23 et s.

⁸⁹⁹ V. R. O. Dalcq, *L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle*, RGAR, 1987, n° 11271, p. 5 et s. ; B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit de commerce international*, RDAI, 1987, *op. cit.*, n° 28, p. 400.

⁹⁰⁰ Article 1374 al. 1 du Code civil français dispose que « il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille »

d'affaires, alors que le deuxième alinéa du même article⁹⁰¹ relève les cas de l'atténuation de la responsabilité du gérant, selon les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire. Par ailleurs, le gérant est obligé, pour le besoin de la gestion d'affaires, dans l'article 1372 alinéa premier du Code civil⁹⁰², d'apporter toutes les dépenses nécessaires afin de réduire, limiter ou de ne pas aggraver le préjudice subi. En contrepartie, le maître d'affaires doit, selon les dispositions de l'article 1375 du Code civil⁹⁰³, rembourser le gérant de toutes les dépenses qu'il a apportées à cette fin.⁹⁰⁴

519. – Vision critique sur la notion de la gestion d'affaires. – Nous relevons, à ce stade, des incompatibilités manifestes des caractéristiques du concept de la gestion d'affaires avec ceux du principe de la minimisation du préjudice.

En premier lieu, conformément au concept de la gestion d'affaires, le gérant doit se comporter dans l'intérêt du maître d'affaires, dans le sens que le premier doit gérer l'affaire du deuxième afin de ne pas aggraver son préjudice, ou en tant que « *bon père de famille* ». Alors que dans l'obligation de la minimisation du préjudice, la partie lésée agit pour protéger ses propres intérêts et non pas au profit de son débiteur. En deuxième lieu, dans la théorie de la gestion d'affaires, le gérant est dans une position juridique similaire à un mandataire. L'article 1372 dans son deuxième alinéa du Code civil français⁹⁰⁵ soumet les obligations du gérant aux règles régissant un mandat exprès, contrairement aux règles de base de la conception de la minimisation du préjudice. En troisième lieu, la gestion d'affaires est, en principe, un acte volontaire dont les dispositions juridiques ne s'appliquent pas si les parties sont liées soit par une

⁹⁰¹ Article 1374 alinéa 2 du Code civil français dispose que « (...) Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ».

⁹⁰² Article 1372 alinéa 1 du Code civil français dispose que « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pouvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire (...) ».

⁹⁰³ Article 1375 du Code civil français dispose que « le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contracté en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

⁹⁰⁴ Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, *op.cit.*, p. 157.

⁹⁰⁵ Article 1372 alinéa 2 du Code civil français dispose que « Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ».

loi, soit par un contrat. L'article 1371 du Code civil français⁹⁰⁶ l'a relevé aussi en traitant les quasi-contrats, ce qui écarte toute application du concept de la gestion d'affaires en tant que fondement juridique de l'obligation de minimiser le préjudice.

Dans le souci d'arriver à un compromis sur un fondement juridique justifiant mieux le principe de la minimisation du préjudice, il est important de traiter, dans ce qui suit, un autre concept qui se base sur le lien de causalité.

2. Le lien de causalité et le principe de minimiser le préjudice

520. – Le principe de la minimisation du préjudice peut être fondé, à juste titre, sur le lien de causalité (a). Cependant, il s'agit aussi de critiques adressées à ce fondement juridique, ce qui a nécessité de les réfuter (b) afin d'établir la validité du fondement du lien de causalité dans ce cas.

a. Exposé du fondement

521. – **L'illustration de ce fondement juridique.** – Il est évident que le lien de causalité, dans son sens classique, se représente dans le fait d'un comportement reproché au débiteur, sans lequel le préjudice ne serait néanmoins pas engendré au créancier. Par analogie, ou notamment par extension, en suivant la même logique juridique, nous constatons que la circonstance qui aggrave un préjudice peut être considérée en tant que cause de celui-ci⁹⁰⁷.

522. – Dans le souci de conforter ce constat, le principe de minimiser le préjudice peut trouver son fondement juridique, ainsi, dans le lien de causalité par rapport au préjudice indirect⁹⁰⁸. Vu que la notion de « *duty to mitigate* » est issue de *common law*, il est important de

⁹⁰⁶ Article 1371 du Code civil français dispose que « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

⁹⁰⁷ V. dans ce sens : Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, pp. 172 et s. ; Pour la notion de causalité en droit français, v. notamment : M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil, Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle*, sous la dir. C. Larroumet *Economica*, tome V, 2^e éd., 2012, pp. 585 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations – 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Dalloz : Sirey, 2011, *op. cit.*, pp. 190 s.

⁹⁰⁸ V. P. Azard, note sous Montpellier, 9 décembre 1965, *D.* 1967. 477 ; Anne Michaud, *Mitigation of damages in the context of remedies for breach of contract*, *R.G.D.*, 1984, p. 313.

mettre la lumière sur l'indication faite par M. Heuzé par rapport à ce sujet, d'après laquelle cette notion « impose de ne retenir, parmi les dommages dont la réparation peut être demandée que ceux qui sont la conséquence nécessaire de l'infraction commise par le débiteur et qui résulte du fait ou de la faute de la victime »⁹⁰⁹. Autrement dit, ne doit pas être pris en compte dans l'indemnisation du préjudice ce qui n'est pas le corolaire direct de la faute commise par le débiteur et qui soit, en même temps, engendré par la partie lésée. De ce fait, le lien de causalité peut être établi sur la base du préjudice indirect.

En généralisant cette idée, on obtient le principe selon lequel lorsque, par son comportement postérieur au fait dommageable initial, la partie lésée influe sur l'étendue du préjudice final, soit qu'elle l'aggrave, soit qu'elle omet de le restreindre ou de le réduire, lorsque cela est possible au moyen de mesures raisonnables, elle rompt ainsi le lien de causalité qui doit nécessairement exister entre le fait dommageable et le préjudice qui en découle. Or, cette partie lésée doit supporter seule la partie du préjudice qu'elle aurait pu éviter. Possible et utile, le recours à la notion de causalité n'en soulève pas moins quelques difficultés⁹¹⁰.

523. – Cardozo a pu relever que quand la partie lésée ne réduit pas son préjudice, alors que toutes les conditions requises pour un tel devoir sont remplies, le lien de causalité serait considéré rompu de ce fait et elle n'aura pas droit à une indemnisation intégrale⁹¹¹.

524. – La doctrine française a aussi invoqué le rapport entre le principe de minimiser le préjudice et le lien de causalité⁹¹². Pothier a pu relever ledit principe, malgré la méconnaissance de ce concept dans les textes juridiques français, à l'occasion de son traitement du sujet de lien de causalité dans son *Traité des obligations*. Afin de démontrer le rattachement dudit principe au lien de causalité en tant que fondement juridique, l'auteur a précisé que, s'il est bien admis que le débiteur commettant une faute dolosive soit responsable, en principe, du préjudice imprévisible

⁹⁰⁹ V. Heuzé, *La vente internationale des marchandises*, GLN, Joly, 1992, n° 437, note 497 ; Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, *op. cit.*, n° 314, p. 175.

⁹¹⁰ *Ibid.*, n° 319 et s., pp. 177 et s.

⁹¹¹ V. *McClelland v. Climax Hosiery Mills*, 169, N.E. 605, spéc., p. 609 ; Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ, 2007, *op. cit.*, n° 347.

⁹¹² V. Heuzé, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, LGDJ, 2000, n° 451.

qui en découle, cela doit être dans la mesure où il ne répond qu'au préjudice qui a été la cause nécessaire de sa faute, et non pas d'autres préjudices ayant d'autres causes⁹¹³.

En droit français, le lien de causalité entre la faute et le préjudice dépend, en principe, selon que la responsabilité en cause est délictuelle ou contractuelle. En matière de responsabilité délictuelle, on se réfère à l'article 1382 du Code civil, alors que c'est l'article 1151, classé parmi les articles traitant le sujet des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, qui s'applique en matière contractuelle⁹¹⁴.

Il est judicieux de relever, à ce stade, que les dispositions de l'article 1151 du Code civil français peuvent être interprétées favorablement afin d'admettre la minimisation du préjudice. Ainsi, le juge français peut avoir une base juridique pour prendre en considération, le cas échéant, la minimisation du préjudice par la partie lésée sans être forcément obligé de recourir expressément, en fondant sa décision, à la spécifique obligation de minimiser le préjudice.

525. – Certes, certaines critiques ont été adressées au concept du lien de causalité en tant que fondement tout à fait valable pour justifier le principe de la minimisation du préjudice, et qu'il est important de réfuter afin de se prévaloir de ce concept.

b. Réfutation des critiques

526. – Dans le souci d'étayer notre raisonnement précité, nous allons répondre, dans ce qui suit, à quelques critiques sur la validité du lien de causalité en tant que bon fondement juridique du principe de la minimisation du préjudice.

⁹¹³ V. Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 2007, *op. cit.*, n° 347.

⁹¹⁴ L'article 1382 du code civil français dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », et l'article 1151 du même code dispose que « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ».

527. – Concernant l'étendue de l'obligation de la minimisation du préjudice conformément à l'article 1151 du Code civil. – Selon l'opinion non favorable à fonder le principe de la minimisation du préjudice sur la base du lien de causalité, l'article 1151 du Code civil ne donne pas d'explication sur le fait que c'est à la partie lésée qu'il incombe la charge de la minimisation du préjudice. Dans ce sens, le débiteur aussi peut matériellement minimiser le préjudice subi, par conséquent, il sera opportun de dire que le préjudice raisonnablement évitable a été causé par celui-ci. Dès lors, le préjudice qui aurait pu être réduit peut être résulté juridiquement, tant du comportement de la partie lésée que de celui du débiteur. Ainsi, si on retient uniquement le premier cas, le créancier sera systématiquement obligé de réduire le préjudice, y compris lorsque celui-ci résulte de la propre faute du débiteur.

528. – Nous ne partageons pas la même position concernant l'argument avancé pour les raisons suivantes. D'une part, pour la bonne application de l'article 1151 du Code civil, il aurait fallu distinguer entre deux catégories de préjudices qui sont le préjudice « initial » et le préjudice « final ». Le préjudice initial, c'est ce qui a été causé par le débiteur et qui constitue l'objet de l'indemnisation, alors que le préjudice final, c'est quand la partie lésée contribue, soit par son comportement positivement fautif, soit par sa négligence, à aggraver ou ne pas réduire un préjudice évitable. C'est dans ce contexte que l'article 1151 peut trouver une assise juridique de la minimisation du préjudice par la partie lésée, lorsque l'obligation incombant sur celle-ci ne peut jamais être mise en cause pour indemniser le préjudice initial, causé par le débiteur.

D'autre part, de la lecture soigneuse dudit article 1151, on peut déduire que la minimisation du préjudice par le créancier ne peut pas porter, en tout cas, sur un préjudice causé par le débiteur. En fait, tout préjudice engendré par le débiteur constitue une cause directe de l'indemnisation due à la partie lésée, alors que selon les dispositions de l'article 1151, les indemnités qui seront prises en compte sont uniquement « *...ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* ». A contrario, ce sont pour les autres types de préjudices, qui n'émanent pas du débiteur, que l'indemnisation ne sera pas prise en compte. Ce qui signifie que la partie lésée ne peut être dans la situation où elle doit réduire un préjudice résultant de la propre faute du débiteur.

529. – Concernant la charge de la preuve conformément à l’article 1151 du Code civil. – Par ailleurs, l’opinion non favorable précitée invoque une autre critique en soulevant que si la minimisation du préjudice est fondée sur l’article 1151 précité, il devrait revenir au créancier le soin de rapporter la preuve que le préjudice ne pouvait pas raisonnablement être modéré, du moins toutes les fois que la charge de la preuve du lien de causalité pèse sur lui. Une telle solution contredit une des règles de base en matière de minimisation du préjudice qui impose au débiteur de démontrer que le préjudice aurait pu être réduit et non pas à la partie lésée.

530. – Pour réfuter aussi cette deuxième branche de critique, nous relevons, en premier lieu, que le problème de la charge de la preuve est apparu parce que le traitement de ce sujet était sur la base d’une « obligation » de minimiser le préjudice, alors que notre point de départ, dans le raisonnement, c’est qu’il s’agit d’un « devoir » de minimiser le préjudice. Or, on ne peut pas appliquer là-dessus les règles strictes des droits des obligations, notamment celles qui concernent la charge de la preuve. En second lieu, l’article 1151 n’est pas conçu pour traiter, à proprement parlé, la minimisation du préjudice. Il s’agit simplement, conformément aux dispositions dudit article, d’une assise juridique possible dont le juge peut faire référence pour décider de ne pas prendre en compte une partie de l’indemnisation qui a été engendrée par le créancier lui-même, ce qui exige une preuve apportée par le débiteur afin de réduire sa responsabilité. Une solution qui paraît, juridiquement, tout à fait logique et cohérente⁹¹⁵.

D’ailleurs, nous constatons que dans le cas où il s’agit du droit français en tant que droit applicable au fond dans un litige arbitral, la même illustration précitée sera retenue, que ce soit dans le cas où il s’agit d’un arbitrage commercial basé sur un contrat ou d’un arbitrage d’investissement basé sur un traité bilatéral d’investissement. Afin de justifier cette constatation, il sera utile de se référer aux dispositions de l’article 1151 du Code civil français, dont le mot « Convention » peut s’interpréter comme tout accord écrit sur lequel les parties entendent fonder leur litige, de même qu’il est relevé que la « Convention » signifie « *nom générique donné - au sein des actes juridiques - à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété (V.*

⁹¹⁵ Pour les critiques apportées au rattachement du principe de minimiser le préjudice au lien de causalité : Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, 2007, *op. cit.*, n° 347 s.

*Contrat).... ; désigne en général l'acte juridique dans son ensemble par opp. aux clauses et stipulations qui le composent, lesquels sont cependant, en un sens, des conventions. V. acte juridique conventionnel, pacte, conventionnel, convenu, loi, partie, protocole*⁹¹⁶».

B. Objectifs de l'obligation de minimiser le préjudice

531. – Les objectifs de l'obligation de la minimisation du préjudice peuvent être illustrés, d'une part, dans la prise en compte de l'intérêt du marché (l'aspect d'ordre libéral) (1) et, d'autre part, dans la prise en compte de l'intérêt des droits de la partie lésée (l'aspect d'ordre traditionnel) (2).

1. L'aspect d'ordre libéral : la prise en compte de l'intérêt de l'économie du marché

532. – Il s'agit des considérations économiques qui inspirent le principe de minimisation des préjudices. On observe, notamment dans le droit anglo-saxon, que cet aspect est bien pris en compte, que l'intérêt général commande un comportement diligent. Cette analyse économique s'est développée dans les pays anglo-saxons dans le but d'évaluer l'efficacité des règles de droit. Or, au plan économique, l'indemnisation des préjudices raisonnablement évitables est considérée comme une attitude condamnable, puisque « *le contrat ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché*⁹¹⁷ ».

Dans ce sens, la doctrine a pu relever que « *la modération du dommage occupe un rôle explicatif central au sein de la common law du contrat ; elle exprime à elle seule un choix idéologique, ou de politique juridique, relatif à la place qu'il convient de reconnaître à la poursuite de l'efficacité économique, ou si l'on veut, aux besoins des marchés, dans le régime juridique des échanges...*⁹¹⁸ »

⁹¹⁶ V. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., QUADRIGE / PUF, 2011, p. 266.

⁹¹⁷ H. Muir-Watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA, 2002, n° 232, p. 45.

⁹¹⁸ *Ibid.*

533. – Ainsi, le principe de la minimisation du préjudice tend, au premier lieu, en droit anglais ou en droit américain, à ne pas laisser le préjudice s'accroître, alors qu'il aurait pu être évité⁹¹⁹. Ce qui nous explique le fait qu'il est bien reconnu d'allouer des dommages-intérêts en fonction du comportement de la victime afin de ne pas laisser son préjudice s'accroître.

534. – L'aspect économique du principe de la minimisation du préjudice trouve sa source, plutôt, dans le *common law*, alors que l'application de ce principe, notamment sous le prétexte économique, paraîtra difficile à être accepté en France dont le système juridique de *civil law* adopte une application plus stricte de la réparation intégrale du préjudice.

535. – D'ailleurs, l'obligation de minimisation du préjudice est considérée comme la « clé de voute des sanctions de l'inexécution selon la *common law* »⁹²⁰. Or, c'est surtout dans le cas de figure de l'inexécution d'une obligation contractuelle que la doctrine anglaise souligne le fait que la partie lésée doit, dans le souci de minimiser son préjudice, rompre le contrat afin d'en conclure un autre qui pourrait servir mieux ses intérêts⁹²¹. L'obligation de minimisation du préjudice incombant à la partie lésée trouve, ainsi, sa source dans le système juridique de *common law* selon une idéologie qui induit le contrat à maintenir son efficacité économique, toujours pour bien répondre aux besoins du marché, comme nous allons le montrer plus tard dans notre exposé des sentences arbitrales du commerce international adoptant la même logique juridique, notamment, dans les litiges basés sur une obligation contractuelle.

536. – En outre, le principe de minimisation du préjudice s'articule aussi au titre d'intérêt général. Dans le sens où la limitation du gaspillage des sources aura pour effet de réduire les coûts sociaux relatifs à la responsabilité. Par exemple, si une partie lésée de l'inexécution du contrat peut trouver un autre contrat, elle sera fort induite à admettre l'exécution substitutive sur la base de son obligation de minimiser son propre préjudice. Autrement dit, la partie lésée doit prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter ses préjudices, puisqu'elle n'aura aucun intérêt à les voir aggraver.

⁹¹⁹ Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 2007, *op. cit.*, n° 342.

⁹²⁰ V. H. Muir Watt, *La modération des dommages dans le droit anglo-américain*, LPA, 2002, *op. cit.*, p. 46.

⁹²¹ V. Chitty, *Chitty on Contracts*, Vol. I. *General Principles*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, *Part Eight*, pp. 1816-1817.

537. – Enfin, il nous paraît clair que l’aspect économique de l’obligation de minimiser le préjudice relève principalement du *common law*, ce qui n’est pas le cas pour l’aspect traditionnel ou moral, tel que le *common law* ne donne aucune justification morale de la règle telle que l’exécution de l’obligation contractuelle de bonne foi⁹²². Ainsi, dans l’aspect traditionnel, il s’agit d’une autre idiologie qui constitue un fondement du principe de minimisation du préjudice selon d’autres systèmes juridiques.

2. L’aspect d’ordre traditionnel : la prise en compte de l’intérêt des droits de la partie lésée

538. – Une autre tendance, consacrée dans plusieurs systèmes juridiques nationaux ainsi qu’en droit international, respecte plus strictement le principe de la réparation intégrale de la partie qui subit un préjudice. Dans cette envergure, on tient compte davantage du principe de la bonne foi, qui est une notion qui impose à toutes les parties en litige de se comporter d’une manière loyale pendant toute la durée du contrat⁹²³.

L’approche de base, bien reconnue et invoquée par la doctrine, afin de justifier l’obligation de minimiser le préjudice, ainsi que les autres règles juridiques qui régissent un contrat, est celle de la notion de bonne foi. Il est patent que le principe de la bonne foi occupe, non seulement une place importante en droit international, mais s’introduit, notamment, en tant que principe général du droit du commerce international⁹²⁴. En outre, le principe de la bonne foi est considéré, sans aucun souci, parmi les « principes des principes », duquel découlent plusieurs

⁹²² Catherine Popineau-Dehaulon, *Les remèdes de justice privée à l’inexécution du contrat - études comparative*, 2008, *op. cit.*, pp. 592-593.

⁹²³ V. C. Masse, *La bonne foi dans l’exécution du contrat*, dans *Travaux de l’Association Henri Capitant, La bonne foi*, t. 43 : *Journées Louisianaises*, 1992, Paris: Litec, 1994, p. 221.

⁹²⁴ V. en ce sens : B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage international : réalités et perspectives*, *JDI*, 1979, pp. 483-484 ; Ph. Fouchard, *Les usages, l’arbitre et le juge : à propos de quelques récents arrêts français* », in *Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, B. Goldman (dir.), Paris : Litec, 1982, pp. 67 et s. ; E. Loquin, *L’application des règles transnationales dans l’arbitrage commercial international*, in *L’apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI, 1986, pp. 67 et s. ; Ph. Khan, *Les principes généraux du droit devant les arbitres*, *JDI*, 1989. 305 ; P. Mayer, *La règle morale dans l’arbitrage international*, Mélanges P. Bellet, Litec, 1991, pp. 379 et s.

autres principes significatifs plus spécifiques⁹²⁵. De sorte que l'obligation de minimiser le préjudice peut ainsi être considérée comme le corolaire du principe plus général de la bonne foi. C'est qui a été relevé par la doctrine, d'où le rattachement de l'obligation de minimiser le préjudice au principe de la bonne foi⁹²⁶, en notant que la bonne foi s'applique autant sur la partie lésée, dans le cadre de l'exercice de ses droits, que sur le débiteur remplissant ses obligations.

539. – Par ailleurs, la bonne foi, introduite en France par Demogue⁹²⁷, et ensuite dans le système juridique belge par De Page⁹²⁸, est supposée régner sur la relation contractuelle, ainsi que d'y être appliquée davantage afin de compléter les obligations contractuelles imposées, soit par une loi quelconque, soit par des clauses contractuelles. Dans la même logique, il a été relevé que « l'on connaît les devoirs qui viennent, en vertu de la loyauté et du devoir de collaboration, accroître les obligations nées du contrat : devoirs de renseignement et d'information, l'obligation pour la partie lésée de restreindre le dommage, l'obligation de faciliter ou de ne pas rendre plus pénible l'exécution, l'interdiction de tout comportement qui empêcherait l'autre partie de retirer le bénéfice normal du contrat, collaboration à l'administration de la preuve, etc. »⁹²⁹.

Dès lors, la bonne foi est le terrain sur lequel s'appuie le devoir de loyauté et de coopération. En vertu de ce dernier, la partie lésée d'un préjudice quelconque causé par le débiteur serait tenu d'être diligent, en se comportant d'une manière raisonnable, afin de ne pas aggraver son préjudice, dans le cadre d'une obligation de minimiser le préjudice⁹³⁰.

⁹²⁵ V. P. Mayer, *Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international*, Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive, *Hebing & Lichtenhalm*, 1993, pp. 553 et s.

⁹²⁶ R. Demogue, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Paris : Rousseau, tome IV, 1923, n° 17, p. 24 ; J.-L. Fagnart, *L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion*, *RCJB*, 1986, n° 17, p. 298.

⁹²⁷ V. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, pp. 8 et s.

⁹²⁸ V. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. II, *Les incapables : Les obligations*, 3^e éd., Bruxelles : Bruyant, 1964, n° 468 et s.

⁹²⁹ V. S. Stijns, *Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexion sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels*, *J.T.*, 1990, p. 35.

⁹³⁰ Stéphan Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, n° 219 s.

De ce fait, on peut trouver, en droit français, que le devoir de réduire le préjudice peut être fondé sur celui qu'ont les parties d'exécuter les conventions de bonne foi, conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁹³¹.

Or, il est opportun de rattacher la bonne foi à l'aspect d'ordre traditionnel, lorsqu'il s'agit d'un principe juridique de base, voir banal⁹³², apte à être le pivotage de la mise en œuvre du principe de la minimisation du préjudice.

540. – Nous pouvons relever, ainsi, que cet aspect traditionnel prend mieux en compte les droits de la partie lésée de la sorte que, d'une part, c'est un aspect de pure ordre juridique, par conséquent la victime ne sera pas liée que par les obligations légalement ou contractuellement prévues, ce qui représente une exacte impartialité envers celle-ci dans l'indemnisation de son préjudice. Ce qui n'est pas le cas avec ce qu'on a appelé "l'aspect libéral" qui ne se relève pas de pur ordre juridique, et donc engendre des exigences davantage sur la partie lésée. D'autre part, une conséquence évidente de l'adoption d'un aspect libéral est celle de faire supporter à la partie lésée non pas seulement les impacts intrinsèques, dans le cadre d'une relation contractuelle, qui implique d'être diligent afin de ne pas aggraver les préjudices selon le contrat ou la loi applicable au litige, mais aussi les impacts extrinsèques. Ces derniers se représentent dans l'intérêt du marché et de l'économie du contrat. Ce qui constitue une approche économique, qui vient s'ajouter à celle juridique, dans l'application du principe de minimisation du préjudice. Fait que nous trouvons difficile à accepter parce que, de cette manière, on porte atteinte à la juste application de la règle juridique.

541. – Réflexion sur la maintenance de l'aspect d'ordre traditionnel. - Nous mettons la lumière sur quelques remarques, en l'occurrence, concernant la spécificité du principe de minimisation du préjudice qui le rattache mieux à l'aspect d'ordre traditionnel.

⁹³¹ Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ 2007, *op. cit.*, n° 351.

⁹³² V. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, 1923, *op. cit.*, n° 17, p. 24.

542. – Tout d’abord, le principe de minimiser le préjudice connu en *common law* prend en considération, d’une manière générale, la perspective économique en la matière en appliquant ledit principe sans faire trop attention aux règles légales ou conventionnelles bien établies, celles qui représentent une vraie garantie juridique pour la partie lésée. En premier lieu, dans le cadre de l’obligation contractuelle, les parties doivent respecter les obligations issues du contrat ainsi que celles issues de la loi applicable, ce qui signifie, a contrario, que si une des parties ne respecte pas lesdites dispositions il faut reconnaître à l’autre partie contractante ses droits qui en découlent. Dès lors, si la partie lésée était dans le droit de ne pas poursuivre le contrat conclu ou bien si c’était elle qui a subi une rupture fautive du contrat, il ne sera pas opportun dans ce cas de lui faire imposer d’accepter une offre quelconque ou de conclure un autre contrat de substitution, même s’il était possible, sous le prétexte de ne pas aggraver son préjudice. Dans le souci de soutenir notre point de vue, on verra par la suite les raisonnements tant juridiques que pragmatiques en la matière.

543. – En deuxième lieu, afin d’en donner droit à la partie lésée, cette dernière n’est juridiquement liée que par les dispositions conventionnelles ou légales, comme étant déjà indiqué. Il faut ainsi, prendre en compte que, dans certains cas, cette partie lésée n’a plus de confiance à l’égard de son co-contractant après la survenance des préjudices causés par ce dernier, et ne veut plus, ensuite, tenter d’accepter une autre offre en insistant à se prévaloir des droits qui découlent de l’accord déjà conclu. Dans ce cas, on ne peut rien reprocher à la partie lésée du fait que, d’une part, elle ne fait que de se prévaloir de ses droits inscrits dans le contrat et par la loi. Et d’autre part, parce que dans le cas contraire, la solution serait très exigeante envers cette partie lésée, qui doit être traitée à la base comme victime et non acteur du préjudice. Dès lors, la solution contraire nous conduira, en principe, à être trop exigeants en faisant prévaloir de l’aspect économique et de l’intérêt du marché au détriment de l’aspect traditionnel qui consiste surtout dans le respect de la loi.

544. – En troisième lieu, le fait de ne pas se prévaloir que de l’aspect économique engendre, peut être, une certaine stabilité dans les relations commerciales et répond mieux aux besoins du marché. Mais d’un autre côté, notamment à long terme, cette situation peut s’avérer dangereuse pour le même marché et les relations commerciales. Cela se justifie par le fait que,

d'une part, l'autre face d'un tel raisonnement juridique conduirait à une sorte d'injustice, et par conséquent, de méfiance de la part de la partie lésée du fait qu'elle pourra toujours être accusée de ne pas avoir fait son possible pour minimiser son préjudice. Ce qui constitue un risque juridique à son égard puisqu'elle sera toujours dans l'incertitude, fait qui nous amène à un résultat inverse consistant en l'instabilité des relations commerciales au bout d'un certain moment. D'autre part, cette situation peut conduire le débiteur à abuser, de son côté, puisqu'il sait que s'il a commis une faute, ou s'il a manqué à l'une de ces obligations contractuelles, voire à son inexécution du contrat conclu, il sera toujours protégé par le fait qu'il pourra proposer une solution alternative à son cocontractant. En sachant qu'en cas de refus, il va se prévaloir, soit du manquement de l'autre partie à son obligation de minimiser son préjudice, soit en recherchant toujours comment le débiteur aurait pu s'en sortir pour lui faire opposer son comportement passif. A cela, il n'est pas opportun, ni juste, de faire exposer la partie lésée à une menace juridique constante de ce genre, alors qu'elle est à la base la victime.

545. – Enfin, le vrai souci dans le principe de la minimisation du préjudice, au sens du système juridique de *common law*, est le fait qu'on n'exige pas de la partie lésée seulement de ne pas être passive afin de ne pas aggraver son préjudice, mais aussi de prendre toutes les mesures positives et raisonnables pour minimiser son propre préjudice. La première exigence ne cause pas de problème ou de controverse à être accueillie au sens juridique, parce que si la victime reste passive en laissant son préjudice aggraver, elle sera, ainsi, un acteur de l'étendue du préjudice causé par son fait. C'est la seconde exigence qui n'est pas évidente à concilier avec plusieurs systèmes juridiques, voire avec la notion de la justice, en exigeant de la partie lésée de prendre toutes les mesures positives et raisonnables afin de minimiser son préjudice qui lui a été causé par son débiteur. En suivant le bon sens, une fois que le débiteur cause un préjudice, par une faute quelconque commise, que ce soit contractuel ou extracontractuel, à son cocontractant, ce dernier a le droit à une indemnisation intégrale de ce préjudice, ainsi il est libre de prendre les mesures qu'il pense être appropriées, pourvu qu'il ne laisse pas le préjudice s'aggraver par le fait de sa passivité.

546. – On peut conclure que la minimisation du préjudice ne s'appuie pas sur une base juridique unique en droits anglais et américain. Notre perspective repose sur le concept de la protection de la victime dans le cadre de la relation contractuelle à laquelle les parties ont consenti dès le début. Donc, en prenant en compte les droits de la victime, en sanctionnant, en même temps, son comportement passif fautif qui affecte les préjudices subies. Par contre, il ne faut pas aller plus loin en étant très exigeant envers la victime, dans le seul profit du marché, parce qu'on ne peut pas appliquer une règle normale dans une situation anormale, c'est-à-dire qu'on ne peut pas prendre en compte l'économie du contrat ou du marché à l'encontre d'une partie "lésée".

547. – Pourtant, nous proposons que, afin de prendre en compte l'intérêt économique du marché, les parties devraient l'indiquer expressément dans les clauses du contrat en disposant, par exemple, que « (...) ledit contrat doit être exécuté dans le bon sens de l'intérêt du marché en la matière ». Or, le but est de ne pas priver la partie lésée de ce qui s'est consenti dans le contrat ou, d'une manière plus générale, des dispositions sur lesquelles les parties se sont engagées⁹³³. Par conséquent, les attentes de la partie lésée qui en découlent seront respectées.

PARAGRAPHE II. LA CONSECRATION DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE PREJUDICE EN DROIT COMPARE

548. – La valeur juridique du principe de l'obligation de minimiser le préjudice dépend indubitablement de son intégration dans le droit comparé. Par conséquent, il est important d'étudier la consécration dudit principe dans les différents systèmes juridiques (A), dont l'analyse justifie le caractère transnational d'une obligation de minimiser le préjudice par la partie lésée. En outre, une telle obligation est bien consacrée en droit international (B) par le biais de sa codification dans différents conventions et instruments internationaux, ce qui renforce son caractère transnational.

⁹³³ V. dans ce sens, Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 2007, *op. cit.*, n° 358, p. 450.

A. La consécration du principe dans les différents systèmes juridiques

549. – Nous verrons, par la suite, la consécration du principe de minimiser le préjudice, d'une part, dans le système juridique de *common law* (1), d'où vient l'origine dudit principe du « *duty to mitigate* ». D'autre part, la reprise de ce principe dans les systèmes juridiques de *civil law* (2) est largement établie, ce qui nous amène à étudier l'exemple du droit français, réticent à intégrer l'obligation de minimiser le préjudice dans son système juridique, alors que d'autres systèmes juridiques de tradition civiliste, par contre, reconnaissent bien une telle obligation.

1. Le système juridique de *common law*

550. – Le droit anglo-saxon a pris de l'avance en reconnaissant l'obligation de minimiser le préjudice « *duty to mitigate* ». Ainsi le droit anglais a intégré ladite obligation dès le XVII^{ème} siècle⁹³⁴, en l'inscrivant dans son droit interne en matière de vente de marchandises par le *Sale of Goods Act*⁹³⁵. Une telle obligation est en effet, avant tout, un concept de *common law*⁹³⁶ qui a été introduit par le droit anglais et le droit américain en matière de contrats commerciaux par le *Uniform Commercial Code* américain, aussi reconnu par les droits écossais et irlandais⁹³⁷.

A cela, on peut affirmer que l'obligation de minimiser les préjudices « *duty to mitigate* » est un principe significatif du système juridique de *common law*. En droit anglais, comme en droit américain, la prise en compte du caractère raisonnable de la mesure susceptible de réduire le préjudice est nécessaire pour devenir un devoir. Après s'être assuré qu'une telle mesure était à la portée du créancier, les efforts raisonnables que le créancier aura fournis pour réduire son préjudice seront pris en considération⁹³⁸. Or, au regard de ces efforts, l'évaluation de l'indemnisation des préjudices doit être opérée, que ce soit contractuel ou extracontractuel.

⁹³⁴ *Staniford v. Lyall*, 1830.

⁹³⁵ *Sale of Goods Act*, 1979 en matière de vente de marchandises.

⁹³⁶ V. H. Muir Watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain, in Faut-il moraliser le droit français de la réparation de dommage ?*, dir. M. Behar-Touchais, *LPA* 12 nov. 2002, n° 232, pp. 45 et s.

⁹³⁷ V. dans ce sens, B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, *RDAL*, 1987. 393, *op. cit.*, n° 12, p. 396.

⁹³⁸ V. sur le concept de "marginal cost liability", Maurice Nussenbaum, *Analyse économique du droit, quelques points d'accroche - L'appréciation du préjudice*, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, pp. 79 et s.

Autrement dit, l'indemnisation des préjudices exige, en principe, la prise en compte du fait que la partie lésée a bien pris toutes les mesures raisonnables pour réduire l'importance de la perte. Ainsi, la partie lésée ne peut pas réclamer l'indemnisation du préjudice causé par sa passivité⁹³⁹.

551. – D'ailleurs, dans la doctrine anglaise dominante⁹⁴⁰, le principe de minimisation des préjudices est considéré plutôt en tant que « devoir » (*duty to mitigate damages*), et non pas comme une obligation, dans le sens que sa violation n'est pas de nature à mettre en cause la responsabilité civile de son auteur. La partie lésée sera sanctionnée simplement ainsi par rapport à son comportement négatif pour empêcher l'aggravation de son propre préjudice⁹⁴¹.

Dans une affaire américaine, *Daley c. Irwin*, le demandeur avait acheté des semences avariées et constaté qu'elles l'étaient avant de les planter. La Cour a considéré que, puisqu'il les avait plantées en connaissant leurs défauts, il ne pouvait obtenir réparation pour la récolte perdue car la victime avait contribué à accroître son préjudice⁹⁴².

Dans le même sens, une partie lésée, par son préjudice causé par une autre partie au litige, est amenée, si la situation l'exige, à assumer les dépenses nécessaires pour minimiser son préjudice. Pourtant, cette partie y aura droit de se voir recouvrir toutes ses dépenses, peu importe si ces dépenses ont réalisé effectivement une minimisation de préjudice ou non, pourvu que les mesures prises par cette partie aient un caractère raisonnables⁹⁴³.

552. – Notons qu'en droit anglais, le principe de minimisation du préjudice, dans le cadre d'une obligation contractuelle, s'applique en cas de violation effective, alors qu'en droit américain, le champ d'application du principe est encore plus large de sorte qu'il peut être appliqué dans le cas de la rupture anticipée⁹⁴⁴.

⁹³⁹ V. l'arrêt de principe dans ce sens, *British Westinghouse Co. c. Underground Electric Railways Co. of London*, 1912, AC 673 (HL).

⁹⁴⁰ V. sur le concept de « *mitigation of damage* », Joseph Chitty, *Chitty on Contracts*, Vol. I. *General Principles*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, Part Eight, *op. cit.*, pp. 1805 et s.

⁹⁴¹ V. M. E. Elland-Goldsmith, la « *Mitigation of damages* » en droit anglais, *RDAI*, 1987, p. 347.

⁹⁴² *Daley v. Irwin* (Calif, 1922), cité par Maurice Nussenbaum, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁴³ V. dans ce sens la *Court of appeal of England and Wales*, affaire *Wilson v. United Counties Bank*, 1920.

⁹⁴⁴ V. M. E. Elland-Goldsmith, la « *Mitigation of damages* » en droit américain, *RDAI*, N° 4, 1987, *op. cit.*, p. 359.

2. Le système juridique de *civil law*

a. Le droit français

553. – La tradition juridique française. - En dépit de la reconnaissance du principe de minimiser les préjudices par les systèmes juridiques des pays de *common law*, ainsi que par plusieurs systèmes juridiques de tradition civilistes, y compris en Europe, les réticences d'intégrer ce principe en droit français, en ne codifiant pas ledit principe qui n'apparaît pas autonome, existent toujours. Une réticence qu'on trouve notamment en matière extracontractuelle⁹⁴⁵. C'est ce qu'on peut remarquer dans la jurisprudence de la Cour de cassation française, en prenant l'exemple de deux arrêts récents du 19 juin 2003, dans lesquels la Cour a relevé que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁹⁴⁶.

554. – Néanmoins, il est tout de même possible de trouver cette règle, en droit français, du fait de l'application de la Convention de Vienne du 1^{er} janvier 1988, sur la vente internationale de marchandises en France, lorsque cette dernière consacre la règle de la minimisation du préjudice par la partie lésée. Alors que le Code civil français n'a pas prévu des dispositions régissant une telle obligation de minimisation du préjudice.

555. – On met le point, en ce qui concerne aussi le moment de l'évaluation du préjudice, sur le fait que dans le système juridique de *common law*, le préjudice est apprécié à la date de son apparition, alors qu'en droit français l'évaluation se détermine en actualisant le préjudice au jour où le juge statue⁹⁴⁷. D'ailleurs, même si le droit français ne connaît pas le principe de minimiser le préjudice, il connaît pourtant des règles juridiques aboutissant à des résultats équivalents. En

⁹⁴⁵ Philippe Delebecque, *Que recouvre l'obligation de minimiser son préjudice ?*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 1.

⁹⁴⁶ Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, n° 01-13.289 : *JurisData* n° 2003-019462 ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 203 ; *GAJ civ.*, 12^e éd., 2008, n° 190.

⁹⁴⁷ « *Les juges du fond qui octroient une indemnité à un cocontractant au titre du gain dont il a été privé en raison de l'inexécution du contrat ne font qu'assurer la réparation intégrale de ce préjudice en l'estimant au jour où il s'était produit et en l'actualisant au jour de leur décision en fonction de l'évolution d'un indice* », Com. 2 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 380 ; *JCP* 1994. I. 3773, n° 20, obs. Viney ; *RTD civ.* 1994. 622, obs. Jourdain.

ce sens, l'article 1151 du code civil français permet déjà au juge de prendre en compte le comportement du créancier lors de l'évaluation des préjudices en matière extracontractuelle⁹⁴⁸, de même que l'article 1150 du Code civil⁹⁴⁹ peut servir pareillement en matière contractuelle⁹⁵⁰.

Absente du Code civil, et méconnue par la jurisprudence, l'obligation de minimisation du préjudice apparaît désormais susceptible d'y être introduite, car un mouvement des esprits a vu le jour et le droit français y apparaît plus réceptif⁹⁵¹.

556. – Vers une évolution éventuelle. - On peut noter que l'obligation de minimisation de préjudices répond aussi à des exigences morale et économique, puisqu'une telle obligation renforce la promotion de l'exercice de bonne foi, notamment de la part de la victime d'un préjudice, par le biais de la prise des mesures raisonnables pour minimiser le préjudice subi⁹⁵². Dans la même logique, on peut observer l'avant-projet issu du groupe de travail, présidé par M. Pierre Catala, pour introduire l'obligation de minimisation de préjudice en droit français, dont son article 1373 dispose que⁹⁵³ : « *lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique* ».

Il est sous-entendu, de la disposition de l'article 1373 susmentionné, que le juge devra prendre en considération la réaction de la partie lésée. Une réaction qui se caractérise par la mise en place des mesures nécessaires, soit pour minimiser le préjudice de cette dernière, soit afin d'en éviter l'aggravation, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés dans le but de

⁹⁴⁸ L'article 1151 du Code civil français dispose que « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* ».

⁹⁴⁹ L'article 1150 du Code civil français dispose que « *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* ».

⁹⁵⁰ G. Viney, P. Jourdain et J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2010, *op. cit.*, n°333.

⁹⁵¹ Anne Mettetal, *L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français*, *Revue de droit prospectif*, 2005, n°4, p. 1889.

⁹⁵² V. dans ce sens J.-L. Aubert, *Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur*, dans G. Viney (dir.) *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ, 2008, p. 61.

⁹⁵³ Article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

minimiser le préjudice. Pourtant ces mesures ne seront pas applicables si elles portent atteintes à son intégrité physique.

557. – A ce propos, le rapport d’information, issu de la Commission des lois du Sénat, en ce qui concerne la responsabilité civile, daté du 15 juillet 2009, a repris la disposition de l’avant-projet *Catala* dans les mêmes termes. Fait que nous amène à aspirer à une évolution juridique dans le droit des obligations français, en y intégrant le principe de minimisation des préjudices.

558. – En effet, la jurisprudence française est de plus en plus accueillante envers l’idée que la partie lésée ne doit pas laisser aggraver son propre préjudice en matière contractuelle, malgré le fait que le droit français ne reconnaît toujours pas, dans son code civil, l’obligation de minimiser le préjudice.

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2011⁹⁵⁴, était en faveur de la reconnaissance d’un devoir de limiter les préjudices incombant à la partie lésée. En l’espèce, le litige juridique était dans le cadre d’un contrat d’assurance, dont l’assureur a avisé son assuré qu’il ne le couvrira plus à cause de la survenance d’une raison d’extinction de la couverture selon la police concernée. Dès lors, l’assuré n’aurait pas pu utiliser le véhicule puisqu’il est interdit de conduire sans assurance. Néanmoins, la Cour de cassation a refusé d’octroyer une indemnisation à l’assuré sur la base de la non jouissance de son véhicule en invoquant que celui-ci « *n’établit pas que le refus de la MAIF de l’assurer l’ait empêché d’utiliser sa voiture en s’adressant à un autre assureur* ». De ce fait, il nous paraît clair que la Cour de cassation constate qu’il faut tenir compte de la faute de la victime qui aurait pour conséquence d’aggraver son préjudice matériel⁹⁵⁵.

Le développement de la jurisprudence française est ainsi remarquable par rapport à sa position antérieure, en prenant par exemple les arrêts précités rendus par la Cour de cassation le 19 juin 2003, qui avaient prononcé que « *la victime n’est pas tenue de limiter son préjudice dans*

⁹⁵⁴ Cass. 2^e civ., 24 nov. 2011, n° 10-25.635 : *JurisData* n° 2011-025881, *D.* 2012, n° 2, pp. 141-143, note H. Adida-Canac.

⁹⁵⁵ V. Sophie Hocquet-Berg, *Obligation pour la victime de minimiser son dommage, Resp. civ. et assur.* N° 2, février 2012, comm. 34, pp. 73-75 ; Hugues Adida-Canac, « *Mitigation of damage* » : *une porte entrouverte ?*, *Rec. Dalloz*, 12 janvier 2012, n° 2, p. 142.

l'intérêt du responsable »⁹⁵⁶. De tout ce qui précède, il est patent qu'on se dirige vers l'introduction en droit français de l'obligation de minimiser le préjudice⁹⁵⁷.

559. – On constate, à ce stade, que le principe de minimisation du préjudice n'est pas complètement rejeté dans le système juridique français. Par ailleurs, il reste toujours que cette notion de l'indemnisation du préjudice dispose d'un caractère plus étendu qu'en *common law*, lorsque le préjudice, que la partie lésée aurait pu limiter en prenant les mesures raisonnables, ne sera pas, en tout cas, indemnisé selon le droit anglais, ou le droit américain.

b. Dans d'autres droits d'inspiration civiliste

560. – Dans d'autres droits étatiques, appartenant au système juridique de *civil law*, l'obligation de minimisation du préjudice est bien reconnue et intégrée dans les lois internes. On peut trouver une telle obligation consacrée par plusieurs droits comme le droit italien⁹⁵⁸, néerlandais⁹⁵⁹, suisse⁹⁶⁰, québécois, allemand et belge. On traitera, dans ce qui suit, plus soigneusement, le droit québécois en tant que droit d'inspiration civiliste inspiré par le *common law* (i), et les droits allemand et belge, en tant que droits de pure inspiration civiliste (ii).

⁹⁵⁶ V. Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, n° 01-13.289, précité.

⁹⁵⁷ V. Philippe Stoffel-Munck et Cyril Bloch, *Responsabilité civile, La Semaine Juridique, Edition Générale "JCP G"*, n° 17, 23 avril 2012, 530.

⁹⁵⁸ V. L'article 1227 du Code civil italien qui exige un comportement de diligence normale de la part de la partie lésée afin de limiter sa procédure sous peine de ne pas avoir de réparation pour ce préjudice qui aurait pu être évité ; V. aussi dans ce sens B. Hanotiau, *régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, op. cit.*, n° 25, p. 399.

⁹⁵⁹ L'article 6.9.1.6 du projet du nouveau Code civil néerlandais dispose que « *Si le dommage est du en partie à une circonstance qui peut être attribuée à la victime, l'obligation de la réparation de la victime est réduite ou cesse dans toute la mesure du raisonnable* ». Cette règle a été reprise dans le nouveau code civil néerlandais entré en vigueur en 1992 dans son article 6 :101, disposition citée par S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.*, n° 45.

⁹⁶⁰ L'obligation de minimiser le préjudice est reconnu en droit suisse tant dans la responsabilité délictuelle que contractuelle, L'article 44 al. 1^{er} du Code suisse des obligations de 1911 dispose que « le juge peut réduire les dommages-intérêts, et même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consentie a la lésion ou lorsque les faits dont elle est responsable ont contribué a créer le dommage, a l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur » ; V. P. Tercier, *Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, Rev. dr. Suisse*, 1976, pp. 1-27 ; A. Tunc, *la responsabilité civile*, 2^e éd., *Economica*, 1990, *op. cit.*, n° 89, p. 73.

i. Exemple de droit de tradition civiliste inspiré par le common law

561. – En droit québécois. - On peut prendre l'exemple du Québec dont l'ancien Code civil de 1860 est influencé par l'ancien code civil français (Code Napoléon)⁹⁶¹. Pourtant, la doctrine québécoise a reconnu, depuis longtemps, l'obligation de minimiser le préjudice.⁹⁶² La partie lésée doit se comporter d'une manière raisonnablement diligente et prudente, afin de ne pas laisser s'aggraver son préjudice. Selon MM. Boudouin et Jobin « *lorsque le créancier ne réduit pas de ces pertes, il est difficile de prétendre que le dommage a été entièrement causé par le fait du débiteur, même si celui-ci en est à l'origine* »⁹⁶³.

Le cas est identique quant à la jurisprudence québécoise, inspirée du système juridique de *common law*, qui avait aussi reconnu, voire développé, l'obligation de minimiser le préjudice⁹⁶⁴.

Cette tendance jurisprudentielle et doctrinale a été prise en compte lors de la codification du nouveau Code civil québécois, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, dont l'article 1479 dispose que « *la personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter* ».

562. – On peut remarquer une application générale de la règle de minimisation du préjudice, ainsi que le créancier peut se voir opposer son comportement à l'égard de l'aggravation de son préjudice, que ce soit sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle.

⁹⁶¹ V. en ce sens P. Carignan et A. Mayrand, *Le code civil français et son influence en Amérique / Québec : ses sources, son évolution, son originalité*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 418 et s.

⁹⁶² V. L. Faribault, *Traité du droit civil du Québec*, Montréal: Wilson et Lafleur, 1948, p. 770 ; C. De Lorimier, *La Bibliothèque du Code Civil de la Province du Québec*, Vol. III, Montréal : Sénécal, 1883, p. 305 ; J.-J. Beauchamp, *Le Code civil de la province du Québec annoté*, LGDJ, 1904-1905, pp. 1048 et s.

⁹⁶³ V. Catherine Popineau-Dehaulon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat- études comparative*, 2008, *op. cit.*, n° 1133, p. 597.

⁹⁶⁴ V. par exemple *Boutin c. Paré*, 1959, B.R. 464 ; S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 56 ; V. *Hilger c. Pépinière Dominique Salvio Ltée*, 2006, QCCA 17 (CanLII).

ii. Exemple de droit de tradition pure civiliste

563. – En droit allemand. - L'application de l'obligation de minimiser le préjudice en droit allemand se caractérise par sa souplesse, contrairement au concept anglais de l'obligation. Le Code civil allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, reconnaît l'obligation de minimisation du préjudice dans son sens négatif.

Ainsi, son § 254, afin de distinguer entre la faute de la victime concomitante à la faute du débiteur et la faute de la victime postérieure à celle-ci, dispose que : « *1. Lorsque celui qui a subi le dommage a coopéré par sa faute à la survenance de celui-ci, l'obligation de réparer et l'étendue du dédommagement à fournir dépendent de la circonstance et notamment de la question de savoir dans quelle mesure ce dommage a été causé de façon prépondérante par l'une ou par l'autre partie. 2. Il en est ainsi même lorsque la faute de la victime se restreint au fait d'avoir omis d'aviser le débiteur du danger d'un dommage exceptionnellement élevé, danger qui n'était pas ou ne devait pas nécessairement être connu du débiteur, ou au fait qu'elle a négligé d'écartier ou de diminuer le dommage* »⁹⁶⁵. D'après les dispositions du texte précité, la partie lésée commettrait une faute dans le cas où elle contribuerait à l'aggravation, ou au moins à la non réduction, de son préjudice par le fait de sa négligence⁹⁶⁶.

D'ailleurs, le droit allemand, dans le cadre de l'obligation contractuelle, exige que la partie lésée, afin de pouvoir demander l'indemnisation de son préjudice, doive respecter une mise en demeure avec un délai supplémentaire pour l'exécution.

564. – En somme, on peut conclure que le droit allemand reconnaît bien l'obligation de minimiser le préjudice, mais selon une perspective différente de celle adoptée par le droit anglais tel que, d'une part, la partie lésée ne doit prendre que les mesures raisonnablement diligentes afin de ne pas contribuer à l'aggravation de son propre préjudice, et n'a pas à mettre en œuvre des mesures extraordinaires comme en droit anglais. D'autre part, afin de compenser une faute contractuelle, le droit allemand adopte une solution de remplacement plus adaptée à la partie

⁹⁶⁵ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 52.

⁹⁶⁶ V. F. Ferrand, *Droit privé allemand*, *Dalloz* 1997, n° 347, pp. 354-355.

lésée, contrairement au droit anglais qui adopte un remplacement qui serait le plus rapide possible pour satisfaire au maximum au besoin économique dans le cadre du contrat.⁹⁶⁷

565. – En droit belge. - Le droit belge adopte une interprétation similaire à celle du droit allemand, par le fait que l'obligation de minimiser le préjudice est appliquée d'une manière souple, sans prise en compte d'un aspect économique stricte comme le cas en *common law*. Ainsi le concept de l'obligation de minimiser le préjudice en droit belge exige que la partie lésée prenne seulement les mesures raisonnables afin de ne pas aggraver son préjudice, et notamment en ce qui concerne les obligations contractuelles, conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Pourtant, l'application de cette obligation ne remet pas totalement en cause le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice directement causé par l'inexécution du débiteur. Il nous paraît clair, de la synthèse précitée concernant l'obligation de minimiser le préjudice en droit belge, que la logique juridique est plus proche du droit français que du droit de *common law*, malgré l'appartenance de cette obligation au système de *common law*.

La jurisprudence belge consacre le principe de minimisation du préjudice à plusieurs reprises. La Cour de cassation belge a relevé que « *l'exécution de bonne foi des conventions n'impose pas au créancier de restreindre son dommage dans toute la mesure du possible, elle lui commande de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son préjudice* »⁹⁶⁸.

⁹⁶⁷ V. C. Popineau-Dehaulon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat- étude comparative, op. cit.*, n° 1129 et s.

⁹⁶⁸ V. *Ibid*, n° 1131 ; V. Cass. Belge 17 mai 2001, *R.G.*, n° C000224F ; V. pour un exposé de jurisprudence belge antérieure à cet arrêt de principe, S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.*, n° 60 et s.

B. La consécration du principe en droit international

566. – On verra, dans ce qui suit, l'appartenance du principe de la minimisation du préjudice aux règles de la *lex mercatoria* (1), ainsi que sa codification en droit international (2).

1. La valeur juridique du principe : son appartenance à la *lex mercatoria*

567. – L'obligation de minimisation du préjudice fait déjà partie des principes généraux du droit du commerce international⁹⁶⁹ qui sont « *toutes les règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre étatique, mais qui ont été dégagées soit de la comparaison des droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales, en vigueur ou non, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux* »⁹⁷⁰.

568. – Les sentences de l'arbitrage international font notamment preuve de l'appartenance du principe de minimisation du préjudice aux principes généraux du droit du commerce international, du fait qu'il fait partie des règles de la *lex mercatoria*⁹⁷¹. Dans ce sens, on peut faire rappel de la sentence CCI n° 2216, dans laquelle le demandeur, pour un refus de livraison dans le cadre d'un contrat de vente de pétrole, a réclamé des dommages-intérêts d'une somme de 10 980 900 dollars américains. Le Tribunal a procédé à l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation due, en examinant plusieurs éléments factuels, afin d'allouer des dommages-intérêts adéquats. Un des faits décisifs, en l'espèce, pour l'évaluation du préjudice, était la prise en considération par le Tribunal que la société demanderesse aurait pu trouver une solution alternative pour revendre le pétrole stocké, et en conséquence, réduire ses pertes. Les dommages-intérêts accordés en l'espèce ont été ainsi limités à 285 000 dollars américains. Or, l'obligation de minimisation du préjudice joue un rôle très important, de sorte que les arbitres internationaux s'y réfèrent souvent dans le cadre de l'évaluation des préjudices, en fixant ou réduisant la somme de l'indemnisation due en fonction du préjudice qui aurait pu être évité. Ainsi, les arbitres, en

⁹⁶⁹ V. B. Goldman, *La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalités et perspectives*, JDI, 1979, *op. cit.*, pp. 480 et s.

⁹⁷⁰ V. E. Gaillard, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, *Mélanges P. Bellet*, 1991, p. 204.

⁹⁷¹ Sentence CCI, n° 2216, JDI, 1975.918 ; Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI, 1987, pp. 375 et s.

exigeant un comportement raisonnablement diligent de la part des parties afin de limiter, voire réduire leurs préjudices, ne font qu'appliquer l'un des principes les plus reconnus de la *lex mercatoria*⁹⁷².

569. – On trouve souvent, dans les sentences arbitrales, le cas où l'existence d'une loi nationale applicable au fond du litige, qui admet l'application des règles de l'obligation de la minimisation du préjudice, n'empêche pas les arbitres de recourir également à la notion de la *lex mercatoria* afin de justifier leur application de ladite obligation. En outre, d'autres sentences arbitrales, afin de réduire l'indemnisation du préjudice de la partie lésée, ne font référence qu'à la *lex mercatoria* et les usages du commerce international, sans regard à tout autre droit national. A ce stade, M. Derains a relevé qu'il s'agit de l'application d'une règle « *en tant qu'usage du commerce international qu'il va de soi de respecter*⁹⁷³ ». La solution reste la même dans le cas où les arbitres sont amenés à appliquer un droit national qui ne reconnaît pas l'obligation de minimisation du préjudice, ce qui peut être illustré par les sentences CCI n° 2404/1975⁹⁷⁴ et n° 7006/1992⁹⁷⁵, dans la mesure de l'application du droit français.

570. – Il est patent, d'après l'exposé des différentes sentences arbitrales, que les arbitres ont recours à l'obligation de minimisation du préjudice en tant que principe autonome consacré au droit du commerce international, qui relève de la *lex mercatoria*. Cependant, il faut préciser que l'apparition d'une telle règle n'était pas le produit des arbitres internationaux, mais le consensus à sa reconnaissance par les différentes normes de droit international. Or, le rattachement de la règle de minimisation du préjudice à la *lex mercatoria* est le fruit collectif du droit comparé, la jurisprudence arbitrale ainsi que sa codification en droit international par les différents instruments internationaux.⁹⁷⁶

⁹⁷² V. dans ce sens : J. Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, *Rev. arb.*, 1986, 55. ; Cam Quyen Corinne Truong, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, thèse, *Litec*, 2002, n° 362, p. 298 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁷³ Sentence CCI 2103/1972, *JDI* 1974, spéc. p. 904, obs. Y. Derains.

⁹⁷⁴ Sentence CCI 2404/1975, *JDI* 1976, pp. 995-997, obs. Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 280.

⁹⁷⁵ Sentence CCI 7006/1992, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1993, p. 58, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, p. 199.

⁹⁷⁶ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse, *LGDJ*, 2009, *op. cit.*, n° 319 et s.

2. La codification du principe en droit international

571. – Les conventions internationales, qu’elles soient en vigueur ou non, applicables au litige ou non, restent toujours une réflexion de l’accord de plusieurs Etats sur un point déterminé⁹⁷⁷, qui deviennent, en principe, une source d’inspiration très importante par rapport aux règles transnationales⁹⁷⁸.

572. – Convention de La Haye sur la vente internationale. - La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964, sur la vente internationale d’objets mobiliers corporels, a affirmé l’obligation de minimisation du préjudice dans son article 88 qui dispose que « *la partie qui invoque la contravention au contrat était tenue de prendre toutes les mesures raisonnables afin de diminuer la perte subie. Si elle négligeait de le faire, l’autre partie pouvait demander la réduction des dommages et intérêts* ». Là on constate que, selon les dispositions de l’article précité, l’obligation de minimiser le préjudice est déjà consacrée, ainsi que la sanction de sa violation sous forme de réduction des indemnisations dues à la partie lésée⁹⁷⁹.

573. – Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. - La Convention de Vienne du 11 avril 1980, sur la vente internationale de marchandises⁹⁸⁰, succède à la Convention de La Haye de 1964 en matière de vente internationale, et consacre les principes qui la régissent, dont le principe de minimiser le préjudice fait partie. L’article 77 de ladite convention dispose que « *la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre toutes les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention* »⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ V. P. Mayer, *L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit privé*, in *L’internationalisation du droit*, Mélanges en l’honneur d’Y. Lousouarn, 1994, n° 7, p. 285.

⁹⁷⁸ V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1457, p. 828.

⁹⁷⁹ V. B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l’obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 395 et s. ; V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 121 et s.

⁹⁸⁰ La Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises est en vigueur dans presque cinquante Etats, dont la France qui l’a ratifié le 6 août 1982, publié par le décret n° 87-1034 en 22 décembre 1987 et déjà entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

⁹⁸¹ Sur l’obligation de minimiser le préjudice dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980, V. Heuzé, *Traité des contrats, la vente internationale de marchandises - Droit uniforme*, LGDJ, 2000, *op. cit.*, n° 451, pp. 405 s.

Le texte ne se contente pas de consacrer l'obligation de minimiser le préjudice, par la citation précitée, mais il a également prévu la sanction du manquement à ladite obligation, ajoutant que « *si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant du préjudice qui aurait pu être évitée* »⁹⁸². On peut relever, ainsi, que l'article 77 de la Convention de Vienne a repris l'obligation de minimiser le préjudice qui a déjà été consacrée par la Convention de La Haye dans son article 88.

574. – Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. – L'Unidroit, institut international pour l'unification du droit privé créée à Rome en 1926, est une organisation intergouvernementale ayant pour mission de travailler à l'unification des règles matérielles du droit international privé, en élaborant des principes relatifs aux contrats du commerce international⁹⁸³ dont le celui de la minimisation du préjudice en fait partie.

En ce qui concerne l'évaluation des dommages-intérêts, les principes d'Unidroit, dans le cadre des règles relatives à la responsabilité contractuelle, reconnaissent, d'une part, l'indemnisation intégrale du préjudice, et d'autre part, ils consacrent aussi l'obligation de minimiser le préjudice incombant à la partie lésée. Ainsi, l'article 7.4.8 alinéa 1^{er} des principes Unidroit dispose que « *le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables* », et dans le cas où le créancier aurait exécuté son obligation de minimiser son propre préjudice, le deuxième alinéa du même article donne le droit à celui-ci de « *recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* »⁹⁸⁴.

575. – Les principes du droit européen du contrat. - La Commission pour le droit européen des contrats est chargée d'élaborer les principes qui les régissent⁹⁸⁵. Il est important de

⁹⁸² V. sur l'évaluation des dommages-intérêts y compris l'obligation de minimiser le dommage dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980, S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 127 s.

⁹⁸³ *Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle lex mercatoria ?*, RDAI, 1997.145 ; C. Kessedjan, *un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit*, *Rev. crit. DIP*, 1995.641 ; J.-P. Beraudo, *les principes Unidroit relatifs au droit du commerce international*, JCP, 1995. I. 3842.

⁹⁸⁴ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 107 s.

⁹⁸⁵ V. O. Lando, *Principes de droits européens des contrats, Une première étape vers un Code civil européen ?*, RDAI, 1997.189.

signaler, à ce propos, que les principes européens du droit des contrats diffèrent de ceux d'*Unidroit* par rapport à leurs champs d'application, les premiers étant applicables à tous types de contrats, et pas seulement aux contrats commerciaux. Par contre, ces principes européens ne s'appliquent qu'aux contrats dans la communauté européenne⁹⁸⁶, alors que les principes d'*Unidroit* ont un champ d'application géographique plus large.

A l'instar de la règle de minimiser le préjudice, citée parmi les principes d'*Unidroit*, les principes européens du droit des contrats ont consacré la même obligation dans l'article 9:505 alinéa 1^{er}, en disposant que « *le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant (...) b) qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables* ». Dans le cas où le créancier remplit son obligation de minimiser le préjudice, le second alinéa du même article vient préciser que « *le créancier a droit au remboursement de tous les frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice* ».

L'obligation précitée de minimiser le préjudice, dans le cadre des principes d'*Unidroit* et européens du droit des contrats, est toujours rattachée au principe de la bonne foi. Ce rattachement est d'ailleurs inscrit dans les textes juridiques des deux grands principes, afin de bien encadrer le fondement de l'obligation.⁹⁸⁷ On constate que l'article 1.106 des principes du droit européen du contrat dispose que :

- « 1) *Dans l'exercice de ces droits et l'exécution de ses obligations, chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi.*
- 2) *Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter. »*

Or, aux termes du premier alinéa de l'article précité, la bonne foi est considérée comme un principe de base pour tous les autres principes européens qui régissent le contrat. Par conséquent, la bonne foi est présumée et la preuve de la mauvaise foi incombe à la partie qui

⁹⁸⁶ V. I. De Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat, l'exécution, l'inexécution, et ses suites*, La Documentation française, 1997, p. 34.

⁹⁸⁷ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 107 s. et 116 s.

l'invoque. Selon le deuxième alinéa, les parties sont même interdites de convenir d'exclure ce devoir de bonne foi⁹⁸⁸.

576. – En conclusion, l'obligation de minimisation du préjudice est largement admise par la doctrine, malgré les controverses sur le fondement juridiquement retenu. De même, elle est bien reconnue en droit international en tant que règle de la *lex mercatoria*, lors de sa consécration en droit comparé et sa codification par des différents instruments et conventions internationaux. Ce qui a conduit les arbitres internationaux à la relever à plusieurs reprises en enracinant son rattachement à la *lex mercatoria*, en tant que norme transnationale.

SECTION II. LES CARACTERISTIQUES DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LES PREJUDICES ET SA MISE EN APPLICATION PAR LES ARBITRES EN TANT QUE REGLE DE LA *LEX MERCATORIA*

577. – Dans cette phase de notre étude sur le principe de minimiser le préjudice, on se met sur un trajet plus concret afin de mieux illustrer ledit principe. Ce principe dispose des caractéristiques juridiques, voire techniques, qui sont nécessaires pour sa mise en œuvre et pour atteindre les conséquences juridiques qui en découlent.

578. – Dès lors, on traitera, en premier lieu, les caractéristiques du principe de minimisation du préjudice (Paragraphe I), en illustrant les éléments primordiaux autour desquels tourne ledit principe. Ensuite, on verra la mise en application du principe en matière d'arbitrage international, tant dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, que dans le domaine du commerce international, en démontrant son appartenance, d'après la jurisprudence arbitrale, aux règles de la *lex mercatoria* (Paragraphe II).

⁹⁸⁸ V. I. De Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat, l'exécution, l'inexécution, et ses suites*, *op. cit.*, pp. 50 et s.

PARAGRAPHE I. CARACTERISQUES DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE PREJUDICE

579. – Afin d'arriver à bien mettre en œuvre le principe de minimisation du préjudice, il est important d'étudier les caractéristiques essentielles qui le gouvernent. Dans le souci d'exposer ces caractéristiques, à ce stade de notre étude, on expliquera les piliers sur lesquels se base ce principe. Or, afin d'étudier les traits principaux de l'obligation de minimiser le préjudice, on met l'accent, d'abord, sur le fait que la partie lésée doit respecter les règles juridiques auxquelles elle est soumise (A). Ensuite, l'étude des règles juridiques relatives au préjudice même, en tant qu'objet du litige, s'avère important afin de pouvoir juger sur l'indemnisation due (B). En outre, le facteur de temps dans le cadre du processus de la minimisation représente un élément essentiel dans l'évaluation du préjudice (C). Enfin, l'exposé de l'obligation de minimisation du préjudice ne serait pas abouti sans l'étude de la matière de la preuve (D), en démontrant à qui incombe le fardeau de la preuve afin de justifier l'exécution ou l'inexécution de ladite obligation.

A. En ce qui concerne la partie lésée

580. – Dans le cadre de minimisation du préjudice, la partie lésée doit d'abord se comporter avec une certaine diligence, en prenant des mesures raisonnables à cette fin. En *common law*, c'est ce caractère raisonnable des mesures entreprises pour minimiser les préjudices qui les rendent comme un devoir incombé à la victime. Or, c'est à ce stade qu'il faut prendre en considération ces efforts raisonnablement employés par la victime dans le but de limiter son préjudice⁹⁸⁹.

581. – En ce sens, la partie lésée n'est responsable que de la réduction du préjudice évitable, autrement dit, elle ne peut être sanctionnée que du préjudice survenu qui aurait pu être évité. Or, il est important d'exposer en ce qui suit la responsabilité de cette partie lésée de minimiser le préjudice évitable (1), avant d'en traiter les limites (2).

⁹⁸⁹ M. Nussenbaum, *Analyse économique du droit, quelques points d'accroche - l'appréciation du préjudice*, LPA, 19 mai 2005, *op. cit.*, p. 85.

1. La responsabilité de la partie lésée de minimiser le préjudice évitable

582. – En matière d'arbitrage international, comme aussi dans la plupart des droits internes, on n'exige pas de la partie lésée que d'entreprendre les mesures raisonnables afin de limiter son préjudice engendré par son débiteur (a). Une fois qu'elle a bien rempli son obligation, elle en sera déchargée, même si le préjudice n'a pas été effectivement minimisé (b).

a. Le cas où la partie lésée a bien minimisé son préjudice

583. – La minimisation du préjudice par la partie lésée a pour conséquence, en principe, qu'elle ne peut se faire indemniser du montant équivalent à la partie du préjudice déjà évité. Cette solution correspond au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, puisque c'est seulement le préjudice qui doit être indemnisé. En outre, cette position trouve son application aussi par les arbitres internationaux⁹⁹⁰.

Ainsi, afin d'éviter un préjudice quelconque, la partie lésée peut se trouver, parfois, dans une situation où elle est amenée à conclure une opération contractuelle de substitution, en vue de remplir son obligation de minimiser son préjudice.

584. – Dans le cas de la conclusion d'une prestation de substitution. - Une telle prestation a pour effet de permettre à la partie lésée de minimiser son préjudice en recourant à une solution alternative. En l'occurrence, le *quantum* du préjudice qui pouvait être évité doit être évalué par la prise en compte de la différence entre le prix de la prestation de substitution et celui de la prestation contractuelle. Une telle donnée a été adoptée à plusieurs reprises dans des sentences d'arbitrage *CCI*⁹⁹¹. On peut citer, à titre d'exemple, la sentence *CCI* n° 13676, rendue en 2007, qui a suivi la même approche pour évaluer l'indemnisation due. Sur cette base, une indemnisation a été allouée pour la partie lésée en l'espèce d'une somme de 3 000 792,49 dollars

⁹⁹⁰ V. Sentence *CCI*, n° 5721 en 1990, *JDI*, 1990. 120, obs. J.-J. Arnaldez.

⁹⁹¹ V. Sentence *CCI*, n° 2478 en 1974, *Rec.* 1974-1985. 233, 234 ; Sentence *CCI* n° 2216 en 1974 préc., *JDI*, 1975. 917, note Y. Derains.

américains⁹⁹². Une donnée qui est adoptée aussi par des textes internationaux, comme, par exemple, dans les dispositions de l'article 75 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises "*CVIM*"⁹⁹³. Cet article prévoit que l'acheteur ou le vendeur qui procède à une opération de couverture a le droit d'obtenir « *la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire* ». La même position a été retenue par les principes d'*Unidroit* et par ceux du droit européen du contrat⁹⁹⁴.

La partie lésée, en procédant à une opération d'une prestation de substitution, n'est toujours liée qu'à prendre des mesures raisonnables dans le cadre de l'exécution de son obligation de minimiser le préjudice. Fait qui se comprend, certes, puisqu'on est dans le cas de figure d'une obligation de moyens.

585. – Le concept de la disponibilité sur le marché. – Le caractère de raisonnable en l'occurrence est lié par le fait de trouver une prestation de substitution disponible sur le marché. Or, la substitution exige, en principe, l'existence d'un marché dans laquelle la partie lésée peut trouver son avantage conventionnel équivalement disponible.

Le concept de disponibilité est soumis à certains critères d'après lesquels une appréciation concrète dudit concept peut être mise en œuvre. Le premier critère consiste en l'existence d'une équivalence qualitative entre l'objet de l'opération de remplacement et celui de la prestation contractuelle. En notant que le but est de chercher une certaine équivalence entre l'opération contractuelle initiale et une autre opération de remplacement, ce qui n'exige pas le fait d'aboutir à une identité exacte entre ces deux opérations. Le deuxième critère consiste en l'existence d'une autre équivalence quantitative entre l'avantage contractuellement dû et celui disponible sur le marché. Le troisième critère exige un délai raisonnable dans lequel l'opération de remplacement peut être conclue. Le quatrième et dernier critère exige, pour que la substitution

⁹⁹² Sentence *CCI* n° 13676/2007, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, pp. 211-212 ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), p. 513 ; V. aussi en ce sens, la sentence *CCI* n° 13646/2007, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 869-870, note Fernando Mantilla-Serrano.

⁹⁹³ La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises a été signée à Vienne, le 11 avril 1980.

⁹⁹⁴ Principes *Unidroit*, article 9:506 ; Principes du droit européen du contrat, article 7.4.5.

soit considérée juridiquement disponible sur le marché, que l'opération équivalente recherchée existe sur une étendue territoriale acceptable ou "raisonnable"⁹⁹⁵.

Cette tentative d'encadrement du concept de la disponibilité sur le marché tend à mettre en place ces sortes de garanties juridiques, pour éviter une application arbitraire en ce qui concerne les exigences pesant sur les épaules de la partie lésée, dans le cadre de l'entreprise d'une prestation de substitution devant minimiser son préjudice.

b. Le cas où la partie lésée a failli de minimiser son préjudice

586. – Dans cette hypothèse, il s'agit du fait que la partie lésée a employé les mesures raisonnablement diligentes afin de réduire son préjudice, cependant aucune minimisation du préjudice n'a été réalisée à cet effet. Dans ce cas, elle ne sera plus responsable de l'aggravation du préjudice subi et ne peut se voir sanctionnée, par la suite, par la réduction de l'indemnisation qui lui est due. Une solution avérée tout à fait logique parce que, d'une part, on ne peut pas être sanctionné par une obligation bien remplie et satisfaite, et d'autre part, une telle solution est tout à fait cohérente avec la nature de l'obligation mise en place qui est celle d'une obligation de moyens permettant de minimiser le préjudice. Une telle obligation se caractérise par une portée qui exige l'entreprise de mesures raisonnables de la part de la partie lésée, pour le besoin de la bonne exécution de son obligation, sans être liée à la réalisation d'un résultat quelconque.⁹⁹⁶

587. – **Dans le cas de la non conclusion d'une prestation de substitution.** - La position précitée est supposée être mise en œuvre dans le cas de figure d'une opération de substitution qui a déjà été réalisée. Alors que, dans d'autres cas, il peut arriver que la partie lésée, après avoir pris les mesures raisonnables afin de minimiser son préjudice en accomplissant une prestation de substitution, n'y parvienne pas. Dès lors, une bonne application du principe de minimisation du préjudice implique que cette partie lésée puisse toujours être indemnisée de cette partie du préjudice.

⁹⁹⁵ Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ 2004, *op. cit.*, n° 359, pp. 451-453.

⁹⁹⁶ V. Simon Hotte, *La rupture du contrat international – Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, thèse, Paris : Defrénois, 2007, n° 1106.

La victime ne peut se voir privée ainsi de l'indemnisation de la partie du préjudice qui était évitable, alors qu'elle n'a pas pris les mesures raisonnables pour l'éviter. Alors, un prix de référence doit être pris en compte, celui auquel la partie lésée aurait dû contracter. Un tel prix de référence s'interprète au prix courant de la prestation au moment et au lieu où l'opération de couverture aurait dû être accomplie. En outre, ce prix de référence a été invoqué par des textes internationaux comme la *CVIM*⁹⁹⁷ et les Principes d'*Unidroit*⁹⁹⁸.

588. – Notons que la partie lésée, dans le cas de figure de la non conclusion d'une telle opération de couverture, ne doit pas se prévaloir d'un prix de référence déraisonnable. Sinon, le débiteur aura toujours le droit de s'y opposer, en réclamant l'adoption du prix courant. Une solution similaire doit être retenue dans le cas de la conclusion d'une opération de couverture par la partie lésée ayant un caractère, d'ailleurs, déraisonnable, malgré toutes les informations dont elle disposait lors de la conclusion.⁹⁹⁹

2. Limites de la responsabilité de la partie lésée de minimiser le préjudice évitable

589. – Selon la règle précitée, la partie lésée ne peut pas se voir indemnisée de la partie du préjudice évitable dont elle n'a pas pris les mesures raisonnables afin de le réduire. Toutefois, la partie lésée peut échapper à cette sanction dans les deux hypothèses suivantes :

590. – Dans la première hypothèse, la partie lésée se voit empêchée, ou retardée, de prendre les mesures raisonnablement diligentes afin de minimiser son préjudice par le débiteur, ce qui rend irréprochable son comportement dans une telle situation. L'origine de cette situation se trouve dans le concept général selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Cette cause d'exonération de responsabilité de la partie lésée pour minimiser son préjudice est

⁹⁹⁷ V. sur la définition du « prix courant » : *CVIM*, article 76, para. 2 “(...) le prix courant est celui du lieu où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant de ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, en tenant compte des différences dans les frais de transport de marchandises”.

⁹⁹⁸ Principes d'*Unidroit*, article 7.4.6, para. 2.

⁹⁹⁹ V. Simon Hotte, *La rupture du contrat international – Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, 2007, *op. cit.*, n° 1109 et s., pp. 404-405.

bien connue dans l'arbitrage international, notamment dans l'arbitrage *CCI* dont on peut citer l'exemple d'une sentence rendue en 1991, dans le cadre d'une vente de marchandises¹⁰⁰⁰. Là, le débiteur n'a pas pu se prévaloir de la non minimisation du préjudice par la partie lésée, puisqu'il a renouvelé ses demandes de délais alors que le vendeur avait pris toutes les mesures pour accéder à ces demandes.

591. – Dans la seconde hypothèse, la partie lésée se trouve dans une situation dans laquelle il est impossible d'agir, que cette impossibilité d'agir soit la conséquence de faits extérieurs, ou bien, parfois, même de faits propres à la partie lésée.

D'une part, la partie lésée peut se trouver dans l'impossibilité d'agir en raison de causes extérieures, comme par exemple, quand le contrat conclu est de nature *intuitu personae* dans lequel le recours à la substitution de la prestation n'est pas possible. Aussi, une prestation de substitution n'est pas toujours évidente eu égard à certaines restrictions de la liberté des marchés¹⁰⁰¹. Surtout, quand le bien de substitution n'est pas accessible sur le marché à un moment donné. Rappelons que la notion de la disponibilité du bien sur le marché comprend des aspects tant qualitatifs que quantitatifs. Un aspect qualitatif signifie le rapport d'équivalence entre la prestation prévue au contrat, voire l'avantage prévu à la partie lésée, et la prestation de substitution, et un aspect quantitatif signifie la disponibilité sur ledit marché¹⁰⁰².

D'autre part, il n'empêche pas que la partie lésée soit dans l'impossibilité d'agir en ne lui opposant plus son obligation de minimiser le préjudice pour des raisons propres à lui. Par exemple, elle peut être exonérée de la responsabilité de minimiser le préjudice à cause de son incapacité financière établie¹⁰⁰³. De tout ce qui précède, il est patent, en suivant toujours la portée d'une obligation de moyens, que la minimisation du préjudice de la part de la partie lésée n'exige pas strictement qu'elle aurait dû tout faire à cet effet. Il suffit que la partie lésée se soit

¹⁰⁰⁰ V. Sentence *CCI*, n° 6840 en 1991, *JDI* 1992. 1031-1034, obs. Y. Derains.

¹⁰⁰¹ V. dans ce sens : J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse, *Dalloz*, 2001, *op. cit.*, n° 354, p. 161.

¹⁰⁰² V. M. Matet, "Le temps dans la réparation du préjudice", dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Séminaire « *Risques, Assurances, Responsabilités* », *Dalloz*, 2009, pp. 149 et s.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, pp. 162 et s.

comportée d'une manière raisonnable et diligente afin de ne pas laisser aggraver son préjudice.¹⁰⁰⁴

592. – D'après cette illustration des limites de la responsabilité de la partie lésée, il nous paraît clair de relever que, sauf dans le cas où les composantes intellectuelles, le savoir-faire ou d'autres restrictions similaires qui rendent le contrat confidentiel et insubstituable, ces limites n'ont que des caractères temporels et précaires qui se distinguent suivant la nature de l'objet du contrat, la spécificité de chaque opération de prestation, et surtout la capacité de la partie lésée eu égard à la minimisation de son préjudice. Par conséquent, il s'agit, en l'occurrence, d'un élément de fait qui est soumis au pouvoir discrétionnaire des arbitres.

Relevons-le que la partie lésée ne peut être indemnisée de son préjudice, dans le cadre de son obligation de minimiser le préjudice, qu'elle aurait pu éviter. En outre, elle peut ne pas être indemnisée, non plus, si le préjudice était évitable et qu'elle n'a pas pris les mesures raisonnables pour l'éviter.

B. En ce qui concerne le préjudice subi

593. – Afin de démontrer la conception du préjudice dans le cadre de l'obligation de minimiser le préjudice par une partie lésée, il sera utile de commencer par l'illustration du terme de préjudice "évitable" (1), pour mettre l'accent sur le type du préjudice objet de ladite obligation. Ensuite, on verra comment on peut juridiquement envisager un préjudice déjà évité (2).

¹⁰⁰⁴ V. Simon Hotte, *La rupture du contrat international – Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, 2007, *op. cit.*, n° 1107-1108.

1. Le préjudice évitable

594. – Rappelons qu’afin de se voir indemnisée, la partie lésée est tenue de prendre des mesures raisonnables pour minimiser son préjudice, ou autrement dit, elle doit agir en tant que personne diligente eu égard à son préjudice. Toutefois, cette partie lésée ne peut pas être indemnisée de la partie du préjudice qu’elle aurait pu éviter par sa diligence en conséquence de l’exécution de son obligation de minimiser le préjudice.

595. – L’exécution ou non de l’obligation de minimiser le préjudice est nécessairement prise en compte dans l’évaluation des indemnisations. Il s’agit d’un principe largement admis en droit du commerce international selon lequel «*l’exécution ou l’inexécution de l’obligation de minimiser le dommage est un élément que retient l’arbitre pour fixer le montant des dommages-intérêts*»¹⁰⁰⁵.

596. – Un tel principe est aussi codifié dans plusieurs textes internationaux, telle que la sanction de l’inexécution de l’obligation de minimiser le préjudice, rappelons-le, qui est inscrite par l’article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, par l’article 7.4.8 des principes d’*Unidroit* et par l’article 9 : 505 des principes européens des contrats.

597. – En cela, lorsque le préjudice est évitable, la partie lésée est obligée de prendre les mesures raisonnables afin de l’éviter en le réduisant, en le limitant ou en empêchant son aggravation. A défaut, la victime assume la responsabilité de cette partie aggravée de son préjudice, puisque cette aggravation n’a plus sa cause juridique dans l’évènement dommageable initial.

598. – Dans le but de mettre en œuvre une sanction opportune à l’égard de la partie lésée, dans la situation où elle n’agit pas pour réduire son préjudice bien qu’il était évitable, les arbitres procèdent, en premier lieu, à l’évaluation de préjudices effectivement subis par la victime. Et en

¹⁰⁰⁵ Y. Derains, *L’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, 1987, *op. cit.*, n° 12, p. 380.

second lieu, ils évaluent la partie de ce préjudice qui aurait pu être évitée par l'entreprise de mesures raisonnables de la part de la victime, afin de la soustraire de la totalité des préjudices¹⁰⁰⁶.

599. – En outre, la partie lésée ne peut plus être indemnisée des dépenses qu'elle entreprend en vue de réduire son préjudice, lorsqu'elle procède à une opération de réparation plus coûteuse qu'un autre mode de réparation toujours disponible et qui aboutirait, par conséquent, à un résultat similaire. Une même solution se retrouve dans le cas où la partie lésée a procédé à une opération de réparation convenable, sauf qu'elle n'a pas été suffisamment diligente afin d'amener la réparation dans un délai raisonnable. Dès lors, elle n'aura pas droit à des dommages-intérêts compensatoires en raison du temps perdu à cause de son propre fait.

600. – En droit français, il est toujours utile de relever l'un des exemples les plus classiques qui est celui de la partie lésée, du fait d'un accident, qui a refusé d'être soumise à des soins de nature raisonnable, sécurisés et non pénibles, qui auraient pour effet de réduire le préjudice qu'elle a subi. Dans ce cas, cette partie lésée s'est vue sanctionnée de ne pas être indemnisée de la partie du préjudice que lesdits soins prévus auraient pu éviter. La victime, en maintenant ce refus, selon M. de Bersaques, « *elle manque alors à son obligation de solidarité envers l'auteur du dommage* », ainsi que « *le préjudice qui résulte de son refus trouve sa seule cause dans la faute aquilienne dont elle se rend de la sorte coupable* »¹⁰⁰⁷. Rien n'empêche qu'une solution similaire soit maintenue en matière contractuelle, de sorte à ce que la partie lésée doit toujours agir d'une manière diligente afin de ne pas laisser s'aggraver le préjudice commis par son cocontractant, à défaut de quoi elle se verra refuser l'indemnisation de cette partie du préjudice évitable¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ M. Matet, "Le temps dans la réparation du préjudice", dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Séminaire « Risques, Assurances, Responsabilités », Dalloz, 2009, *op. cit.*, p. 166 ; Pour une illustration de cette méthode d'évaluation dans la Convention de Vienne : V. B. Audit, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Coll. *Droit des Affaires*, 1990, n° 174, pp. 166 et s. ; Critiques des V. Heuzé, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises - Droit uniforme*, LGDJ, 2000, *op. cit.*, n° 451, pp. 405 et s.

¹⁰⁰⁷ A. De Bersaques, *L'abus de droit en matière contractuelle*, RCJB, 1969, p. 505 et s.

¹⁰⁰⁸ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 522-524.

601. – L'analyse économique du droit, conformément aux règles juridiques de *common law*, refuse l'octroi des indemnités de la partie du préjudice qui aurait pu être évitée par l'entreprise des mesures raisonnables, en justifiant cette position sur la base de la lutte contre le gaspillage lorsque la richesse doit être gérée d'une manière optimale. Ainsi l'indemnité du préjudice raisonnablement évitable n'est pas admise d'après cette perspective économique, en considérant que le contrat ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché¹⁰⁰⁹.

602. – Enfin, on conclut que pour admettre la privation de la partie lésée de se voir indemnisée, son préjudice doit être évitable. A contrario, la partie du préjudice que la victime n'a pas pu éviter serait indemnisée du fait que cette victime a agi d'une manière diligente. Là, il s'agit d'un préjudice inévitable pour lequel la victime a le droit d'être indemnisée. Fait qui montre manifestement que l'obligation de minimiser le préjudice n'est qu'une obligation de moyens.

2. Le préjudice effectivement évité

603. – D'après l'illustration concernant le principe de minimisation du préjudice incombant à la partie lésée, il s'est avéré que celle-ci ne peut être indemnisée du préjudice évitable que dans le cas de son manquement à son obligation de la minimisation, et par conséquent sera indemnisée du seul préjudice qui pourrait être évité. D'où l'intérêt de traiter, dans ce qui suit, le concept du préjudice évité, et son effet sur les règles de l'indemnité dans la limite des principes bien reconnus tant dans l'arbitrage international que dans les textes internationaux.

604. – La non indemnité du préjudice évité. – En principe, le préjudice que la partie lésée peut éviter n'est pas réparable. Cette solution s'avère en cohérence avec le principe de l'indemnité intégrale du préjudice, selon lequel la partie lésée ne peut pas être indemnisée au dessus de la hauteur de la valeur du préjudice subi. Par conséquent, le débiteur du préjudice initial ne sera pas responsable du dédommagement de la partie lésée du fait de l'exécution de

¹⁰⁰⁹ H. Muir Watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain, colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA* 2002, *op. cit.*, n° 232.

cette dernière de son obligation de minimiser le préjudice. A contrario, la victime ne peut pas être dans le droit de réclamer des indemnités en raison de la partie qu'elle a déjà évitée.

Cette synthèse précitée est commune en droit français. Les règles de la responsabilité civile, rappelons-le, ont pour objectif principal, d'une part, de rétablir autant que possible l'équilibre fichu en vertu de la survenance de l'évènement dommageable et, d'autre part, de restaurer la situation de la partie lésée dans laquelle elle aurait existé si l'évènement dommageable n'était pas survenu. De plus, le concept de l'indemnisation intégrale d'un préjudice¹⁰¹⁰ quelconque exige que sa réparation ne le dépasse jamais¹⁰¹¹.

605. – Remboursement des dépenses effectuées afin de minimiser le préjudice. – Toutefois, la partie lésée a le droit à être remboursée des dépenses qu'elle a effectuées dans le cadre des mesures prises par celle-ci afin de minimiser son préjudice.

Une telle solution découle toujours du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. D'une part, c'est à cause du débiteur du préjudice que la partie lésée a été obligée de recourir à limiter ce préjudice. D'autre part, les dépenses effectuées à cette fin par la partie lésée constituent une perte monétaire subie par celle-ci, par conséquent, un remboursement de ces dépenses apparaîtrait opportun conformément au principe même de l'indemnisation intégrale du préjudice dans le sens de restaurer la partie lésée dans la situation dans laquelle elle aurait été si le préjudice n'était pas survenu.

Or, il faut prendre en compte, pour évaluer l'indemnisation due, les dépenses que la partie lésée a supportées afin de minimiser son propre préjudice, dépenses devant lui être remboursées. Une telle position est aussi parfaitement admise en droit international prenant en considération les dépenses entreprises par la partie lésée dans l'évaluation des indemnités dues.

¹⁰¹⁰ Concernant le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, voir notamment : Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983, n° 112 et s. ; Ph. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n° 1329 et s., p. 356 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2010, *op. cit.*, n° 57 et s., pp. 111 et s.

¹⁰¹¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 899.1-900, pp. 960-963.

606. – Cette solution a même été codifiée dans certains textes internationaux comme les Principes d'*Unidroit* et les Principes du droit européen du contrat¹⁰¹². L'article 9 : 505 paragraphe 2 des principes du droit européen du contrat, rappelons-le, dispose expressément que la partie lésée est dans le droit de se voir remboursée de tous les frais qu'elle a raisonnablement engagés afin de minimiser son préjudice, et l'article 7.4.8 paragraphe 2 a consacré des dispositions similaires dans le même sens de droit.

607. – En outre, la Convention de Vienne, dans son article 75, a relevé que « lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire, ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 »¹⁰¹³. De plus, conformément aux dispositions de la Convention de Vienne, quand la partie lésée procède à une opération de conservation des produits pour le compte de son débiteur, ce dernier doit rembourser ainsi les frais raisonnables encourus par la victime¹⁰¹⁴.

C. En ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice

608. – Le facteur temps est un des éléments essentiels à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation des indemnisations dues à la partie lésée, notamment dans notre situation, pour ce qui concerne la mise en œuvre des règles de minimisation du préjudice à la charge de cette dernière. On attend de la partie lésée qu'elle sauvegarde ses droits en gérant ses préjudices avec promptitude. Par conséquent, cette partie lésée doit se comporter à cet égard d'une manière raisonnable. Alors, qu'afin d'apprécier le caractère de son comportement, on prend en considération les pertes qu'elle aurait pu éviter en se comportant promptement en tant que personne diligente. A contrario, quand la victime laisse s'aggraver son préjudice, elle n'aura plus droit à davantage d'indemnisations dues en vertu de sa négligence et de sa propre inertie. D'où,

¹⁰¹² Principes d'*Unidroit*, article 7.4.8, paragraphe 2 ; Principes du droit européen du contrat, article 9:505, para. 2.

¹⁰¹³ V. B. Audit, *La vente internationale des marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, op. cit.*, n° 175, pp. 167 et s.

¹⁰¹⁴ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.*, n° 532.

la célérité, au moins dans le cadre d'un délai raisonnable, dans la réaction de la victime pour limiter ses préjudices, qui joue un rôle primordial dans l'évaluation des indemnisations dues.

La partie lésée doit agir promptement dès lors qu'elle subit un préjudice, en prenant rapidement des initiatives à cette fin. Afin de permettre la mise en œuvre de la minimisation du préjudice, le temps joue ainsi un rôle important et permettra de juger si la partie lésée a réagi d'une manière raisonnable ou non, pour confronter son préjudice subi. Par conséquent, la diligence de la partie lésée peut être aussi appréciée en fonction de la promptitude de sa réaction pour, ensuite, être considérée comme avoir bien remplie son obligation¹⁰¹⁵.

609. – D'où l'intérêt d'étudier la date à retenir à laquelle l'indemnisation de la partie lésée doit être évaluée, et cela dépend si la partie lésée a bien rempli son obligation de la minimisation (1), ou bien si son comportement était de nature passive, négligeant ainsi ladite obligation (2).

1. En cas du comportement irréprochable de la partie lésée afin de minimiser son préjudice : l'évaluation du préjudice au jour de la sentence

610. – Le principe. - Dans le cas où la partie lésée a pris les mesures raisonnables pour minimiser son préjudice, aucune aggravation dudit préjudice ne lui serait imputable. La question juridique qui se pose, en l'occurrence, sera celle de la date à retenir pour l'évaluation du préjudice. Dans ce cas, il s'agit d'une modification du préjudice initialement subi par la partie lésée, à la date de l'évènement dommageable, par rapport à son préjudice dans son étendue finale, à la date à laquelle l'arbitre se prononce. Cette aggravation du préjudice, qui engendre par conséquent une augmentation du montant de l'indemnisation, n'est pas survenue du fait de la partie lésée puisque celle-ci a rempli juridiquement son obligation de minimiser le préjudice, ce qui rend judicieux l'évaluation dudit préjudice par l'arbitre au moment où il se prononce sur le litige.

¹⁰¹⁵ M. Matet, "Le temps dans la réparation du préjudice", dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Séminaire « Risques, Assurances, Responsabilités », Dalloz, 2009, *op. cit.*, pp. 166-167.

Le bon sens nous conduit à prendre en considération cette aggravation du préjudice au moment de la décision pour deux raisons essentielles qui se traduisent, d'une part, dans le fait que cette augmentation du préjudice subi n'est pas la conséquence de l'inertie de la partie lésée, et d'autre part, dans le fait que cette solution s'avère cohérente avec le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁰¹⁶.

611. – L'indemnisation de la perte subie par la partie lésée remplissant son obligation de minimiser le préjudice. - Par ailleurs, une fois que la partie lésée a rempli son obligation de minimiser son préjudice dans l'hypothèse où elle a encouru, dans le cadre des mesures raisonnables, des dépenses à cette fin, on se trouve dans la situation où celle-ci sera dans le droit de se faire rembourser ses dépenses, fait qui nous a amené à préciser la date à retenir pour décider du montant de remboursement. En l'occurrence, il s'agit d'un courant de la doctrine relevant que cette partie lésée peut se voir remboursée des sommes dépensées à la date où elles ont été prises. Ce qui signifie que l'équivalente monétaire de la perte subie, par le biais de ces dépenses, est évaluée au moment où la victime a procédé à la réduction de son préjudice¹⁰¹⁷. Ainsi, le droit de la partie lésée du fait de sa minimisation du préjudice se cristallise plutôt dans une créance de somme d'argent que dans une indemnisation de cette perte¹⁰¹⁸.

612. – Une telle solution conduit à une conséquence qui s'avère inopportune en faisant subir à la victime le risque d'une inflation éventuelle. D'où des critiques adressées contre cette situation, qui s'expliquent dans les raisonnements suivants :

D'une part, le fondement de cette solution s'avère incertain, lorsque le comportement raisonnable de la victime diligente, en remplissant son obligation de minimiser le préjudice, a pour effet de changer la nature et l'objet de l'obligation de son débiteur de indemniser son préjudice, notamment si ce changement n'est plus conforme au principe de l'indemnisation

¹⁰¹⁶ V. dans ce sens : J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, 2001, *op. cit.*, n° 402.

¹⁰¹⁷ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 557.

¹⁰¹⁸ V. dans ce sens, C. Proctor, C. Kleiner et F. Mohs, *Mann on the legal aspect of money*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2012, paras 10.26 et s., pp. 321 et s.

intégrale du préjudice¹⁰¹⁹. Là, la controverse se déroule autour du type de l'indemnisation à la charge de l'auteur du préjudice, puisqu'il s'agissait, en principe, d'une créance de valeur qui s'est transformée, par le biais de la solution précitée, à une simple créance de somme d'argent¹⁰²⁰. Fait que l'on trouve incohérent et qui ne présente pas, non plus, une indemnisation équitable de la partie lésée.

D'autre part, cette solution, selon laquelle la date de l'évaluation est celle quand la victime a réduit son préjudice, s'avère surtout inopportune du fait qu'elle porte atteinte ainsi aux intérêts de cette victime. Dans le même sens de critique, le Professeur Viney a pu relever que « si l'on se trouve en période de dépréciation monétaire, la victime recevra, à titre de remboursement une somme d'argent qui nominale sera égale à celle qu'elle a dépensée, mais qui, en valeur réelle, sera inférieure¹⁰²¹ ». Fait qui engendre un déséquilibre pour la partie lésée tel que, « elle se trouvera (...) défavorisée par rapport à une victime qui se serait contentée d'attendre la décision judiciaire pour procéder à la remise en état. Or, cette différence de traitement peut paraître d'autant plus choquante que la passivité qu'elle encourage conduit souvent à une aggravation du dommage, et donc à un alourdissement de la dette du responsable¹⁰²² ».

613. – On peut conclure qu'une telle solution ne sera pas opportune à ce stade, lorsque ses conséquences juridiques peuvent décourager la partie lésée de procéder à la réduction de son préjudice, du simple fait que celle-ci, en encourageant des dépenses afin de minimiser son préjudice, peut subir une perte de cette somme d'argent pendant une certaine période. Or, il faut prendre en compte cette période, dans le cadre de l'évaluation des indemnisations dues, afin de ne pas mettre à la charge de la partie lésée une inflation éventuelle.¹⁰²³

¹⁰¹⁹ V. G.-L. Pierre-François, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, thèse, Paris : LGDJ, 1975, n° 492 et s.

¹⁰²⁰ V. A. Michaud, *Mitigation of damages in the context of remedies for breach of contract*, R.G.D. 1984, p. 303.

¹⁰²¹ V. G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2010, *op. cit.*, n° 72, p. 199.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n° 558 et s.

2. En cas de négligence de la partie lésée à l'égard de minimiser son préjudice : La rétention d'une date antérieure au jour de la sentence pour l'évaluation du préjudice

614. – Dans l'arbitrage commercial international. - L'hypothèse dans cette situation présume que la partie lésée aurait pu remplir son obligation de minimiser son préjudice, mais qu'elle n'y a pas procédé du fait de sa négligence. Par conséquent, l'aggravation du préjudice de la victime lui est imputable. Dans ce cas, l'arbitre peut procéder à l'évaluation dudit préjudice à la date à laquelle cette victime aurait pu l'éviter, si elle s'était comportée raisonnablement en tant que personne diligente.

L'on trouve cette justification reconnue et appliquée dans la jurisprudence d'arbitrage internationale en exposant quelques exemples issus de l'arbitrage *CCI*, notamment dans les contrats de vente.

615. – Dans une affaire arbitrale soutenue sous les auspices de la *CCI* en 1974¹⁰²⁴, il s'agissait d'un contrat de vente de carburant dans lequel la société roumaine, livreuse, a manqué de livrer à la société française la quantité prévue, en prétendant une modification du cours du pétrole. Alors qu'ensuite, la société française a refusé une autre offre de la part de la société roumaine, qui consiste en la livraison de carburant à un prix plus élevé que le prix initialement prévu, mais toujours inférieur au prix du marché. Afin de procéder à l'évaluation du préjudice subi par la société française, le Tribunal arbitral a pris pour référence la différence entre le prix contractuel et le prix offert par la société défenderesse, en relevant que « la demanderesse, même si elle n'était pas d'accord sur cette augmentation de prix prévue au contrat, aurait dû accepter cette offre, afin de diminuer l'étendue du dommage, quitte à recourir ensuite à l'arbitrage, en requérant le maintien du prix contractuel ». On comprend de cette position retenue par le Tribunal arbitral que la date prise en considération pour l'évaluation du préjudice final est la date à laquelle la partie lésée aurait dû réduire son préjudice.

¹⁰²⁴ Affaire *CCI*, n° 2478/1974, *Cour d'arbitrage de la Chambre du Commerce International, Chronique des sentences arbitrales – note sous la sentence n° 2478/1974, JDI*, 1975, pp. 925 et s., obs. Y. Derains ; v. également dans ce sens : *CCI*, n° 2142 en 1974, *JDI*, 1974, pp. 892-894, obs. R. Thompson ; *CCI*, n° 7197 en 1992, *JDI*, 1993, p. 1029, obs. D. Hascher.

616. – On démontre dans une autre affaire *CCI*, en 1984, que le Tribunal arbitral consacre le même fondement juridique précité afin d'évaluer, aussi, le préjudice, dans son étendue finale, de la partie lésée qui aurait pu l'éviter à un moment donné. C'est cette date à laquelle le Tribunal procède à l'évaluation du préjudice. Ledit Tribunal, en l'occurrence, afin d'affirmer ce fondement, a invoqué que « La règle généralement acceptée dans le commerce international est que la mesure des dommages-intérêts en cas de défaut de livraison de biens vendus consiste dans la différence entre le prix contractuel et le prix des biens sur le marché à la date à laquelle ils auraient dû être livrés, lorsqu'il existe un marché pour ces biens. (...) Cette règle est fondée sur l'hypothèse selon laquelle au moment du défaut de livraison, l'acquéreur peut minimiser son dommage en achetant des biens de substitution sur le marché. S'il subit une perte en s'abstenant d'intervenir sur le marché, il ne peut pas en tenir le vendeur pour responsable »^{1025 1026}.

617. – On résume de ce qui précède que l'évaluation des arbitres, lorsque la victime n'a pas rempli son obligation de minimiser le préjudice par sa négligence, peut être affectué en tenant compte d'une date antérieure à celle à laquelle la sentence devrait être rendue. Une solution qui apparaît valable pour une application en matière d'arbitrage international, en générale, et non pas limitée à l'arbitrage en matière de contrats de vente.

618. – En droit français : le principe. – On rappellera que l'arbitre doit procéder à l'évaluation du préjudice à un moment donné, afin de juger sur la somme de l'indemnisation due. A ce stade, le principe de l'indemnisation du préjudice affronte un réel challenge juridique eu égard à son intégration dans le système juridique français, qui consiste dans le principe de l'évaluation du préjudice au jour où le juge statue. Un principe à partir duquel il découle que la partie lésée est dans le droit d'être indemnisée de ses préjudices causés par son débiteur, sans assumer aucune responsabilité à l'égard de son préjudice tel que de ne pas agir passivement ou de se comporter d'une manière diligente, fait qui reflète l'influence de l'application stricte du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

¹⁰²⁵ Affaire *CCI*, n° 4237 en 1984, *YBCA*, X 1985, p. 52 (soulignée par nous) ; v. également dans le même sens : *CCI*, n° 6527 en 1991, *YBCA*, XVIII 1993, p. 44.

¹⁰²⁶ V. J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, 2001, *op. cit.*, n° 400-401.

Par ailleurs, le principe de la minimisation est assidûment attaché à la date d'évaluation du préjudice, lorsque le caractère du comportement de la partie lésée doit être pris en compte à partir de la survenance du préjudice. Toutefois, l'évaluation du préjudice au jour où le juge statue et l'application du principe de la minimisation du préjudice ne sont pas loin d'être mises en harmonie. Une illustration de cette conciliation entre les deux principes précités s'incarne en prenant l'exemple de l'avant-projet *Catala* sur ce sujet, qui est en faveur du principe de minimisation du préjudice par la partie lésée en maintenant toujours le principe de l'évaluation du préjudice au jour du jugement. Sauf qu'une vraie application d'une obligation de minimiser le préjudice est toujours absente et inconnue en droit français qui est plutôt fidèle au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice et tient, par corolaire, à l'évaluation dudit préjudice au moment du jugement.¹⁰²⁷

619. – Les cas d'exceptions lors de la mise en application du principe. - Cependant, des exceptions à l'évaluation du préjudice à la date où le juge statue sont relevées par la jurisprudence française. Celle-ci a admis, dans différentes occasions, d'évaluer le préjudice subi à la date de l'indemnisation ou à la date de la prestation de substitution dans le cas où la partie lésée a tenté de réduire ses préjudices. On trouve une illustration de ces exceptions dans ce qui suit.

620. – Le juge français a pris en compte, à plusieurs reprises, le comportement de la partie lésée en gérant son propre préjudice dans l'évaluation de ses indemnisations dues, en admettant, par exemple, de priver celle-ci de l'indemnisation du préjudice qui aurait pu être évité. La Cour d'appel de Douai, dans son arrêt rendu le 15 mars 2001, a considéré que la partie lésée peut se voir réduire son indemnisation sur la base de son comportement, en relevant le fait de l'acceptation du risque pris par celle-ci dans l'indemnisation du préjudice, afin de justifier sa décision¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷ V. M. Matet, "Le temps dans la réparation du préjudice", dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Séminaire « Risques, Assurances, Responsabilités », Dalloz, 2009, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰²⁸ C.A. Douai, 15 mars 2001, *D.* 2002. 307, "l'obligation de modérer le dommage en droit interne", note Ch. André.

621. – Par ailleurs, la jurisprudence française a exigé une certaine promptitude à l’égard du comportement passif de la partie lésée, notamment quand celle-ci réagit avec inertie dans la gérance de son préjudice. Pourtant, sans faire appel au principe de minimisation du préjudice, la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 23 janvier 1996, afin de justifier la privation de la partie lésée d’une partie de son indemnisation, a tenu compte de sa faute dans le cadre de l’exécution de ses obligations contractuelles en relevant sa mauvaise gestion de ses dettes, en sanctionnant, ainsi, son inertie manifeste.

622. – Au demeurant, une application patente du principe de minimisation du préjudice en tenant compte de la date de la survenance de l’évènement dommageable¹⁰²⁹ a été menée par la Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 1^{er} mars 2006¹⁰³⁰, afin de sanctionner la partie lésée du fait qu’elle était la cause de l’aggravation de ses préjudices en négligeant de prendre les mesures nécessaires, dans un délai raisonnable, pour ne pas les laisser s’aggraver¹⁰³¹.

D. En ce qui concerne la charge de la preuve

623. – Tout d’abord, il faut partir d’une des règles de base en droit selon laquelle la partie, qui réclame des faits quelconques, doit les prouver afin d’en tirer des effets de droit. Dès lors, c’est à la victime d’un préjudice d’assumer la charge de la preuve des faits desquels il prétend des conséquences de droit. Dans la même logique, afin d’être libéré d’assumer la responsabilité de l’indemnisation du préjudice évitable, l’auteur dudit préjudice doit toujours apporter la preuve du caractère déraisonnable de la partie lésée lors de son comportement non diligent.

624. – Cette règle fondamentale de la preuve est largement reconnue en matière d’arbitrage international en tant qu’une norme d’ordre public transnationale. On constate que l’arbitrage du commerce international a expressément consacré cette règle à plusieurs reprises. Le Tribunal arbitral, dans une affaire *CCI* n° 3344 en 1984, a ainsi relevé que « le respect de

¹⁰²⁹ P. Jourdain, *Contrats spéciaux*, *RTD Civ.*, juillet-septembre 2006, pp. 559 et s.

¹⁰³⁰ Civ, 3^e, 1^{er} mars 2006, *Resp. civ. et assur.* 2006, Comm. 171, n° 263 et 264, obs. G. Coutiet.

¹⁰³¹ V. M. Matet, “*Le temps dans la réparation du préjudice*”, dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Séminaire « *Risques, Assurances, Responsabilités* », *Dalloz*, 2009, *op. cit.*, pp. 164-165.

cette procédure, communément admise dans les diverses législations nationales, selon laquelle chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, s'impose aux juges arbitres, sous peine d'arbitraire »¹⁰³². Dans une autre affaire *CCI* n° 6653, en 1993¹⁰³³, le Tribunal arbitral a affirmé que cette même règle, selon laquelle la charge de la preuve est incombée à la partie qui prétend des faits quelconques afin d'en tirer des conséquences de droit, est considérée comme une règle transnationale.

625. – L'arbitrage *CIRDI* n'a pas manqué de relever, pour sa part, cette règle de la preuve en tant que normes transnationales. Le Tribunal arbitral, dans la sentence *AAPL* rendue le 27 juin 1990¹⁰³⁴, a ainsi invoqué la règle selon laquelle c'est au demandeur au litige d'apporter la charge de la preuve, en tant qu'une règle générale de droit¹⁰³⁵.

626. – En suivant la même logique du principe transnational précité en matière de preuve, on en déduit que la répartition de la charge de la preuve, dans le cadre de l'obligation de minimiser le préjudice, s'avère très utile et conforme au principe transnational susmentionné. Une telle répartition exige, d'une part, que c'est à l'auteur du préjudice d'apporter la preuve du comportement déraisonnable de la partie lésée dans son obligation de minimiser le préjudice (1), alors que d'autre part, cette partie lésée n'est amenée à apporter que la preuve qu'elle a agit diligemment pour réduire son préjudice (2).

Par conséquent, une telle répartition reflète la nature de l'obligation de minimiser le préjudice en tant qu'une obligation de moyens, puisque la partie lésée n'est tenue que d'agir en diligence, sans être tenue de minimiser effectivement le préjudice, alors que c'est à l'auteur du préjudice initial de prouver le caractère déraisonnable dans le comportement de la partie lésée, dans le cadre de réduire son préjudice.

¹⁰³² Affaire *CCI*, n° 3344, 1981, *JDI*, 1982, pp. 978 et s. note Y. Derains (soulignée par nous).

¹⁰³³ Affaire *CCI*, n° 6653, 1993, *JDI*, 1993, p. 1040, obs. J.-J. Arnaldez.

¹⁰³⁴ *Asian Agriculture Products Ltd (AAPL) c/ République de Sri Lanka*, *CIRDI*, 27 juin 1990, *JDI*, 1992, p. 217, obs. E. Gaillard.

¹⁰³⁵ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, 2001, *op. cit.*, n° 33.

1. La preuve incombant à l'auteur du préjudice

627. – En suivant le bon sens, il est évident qu'en cas de préjudice subi par une partie lésée, il n'appartiendra pas à celle-ci de rapporter la preuve de son comportement déraisonnable en cas de l'aggravation de son préjudice. Au contraire, c'est à l'auteur du préjudice de prouver que cette partie lésée n'a pas respecté son devoir de minimiser les préjudices afin de réduire, par la suite, l'indemnisation qu'elle doit envers cette dernière. L'établissement de cette preuve s'effectue, en principe, en deux phases comme suit¹⁰³⁶.

628. – D'abord, l'auteur du préjudice doit démontrer, en principe, que le préjudice subi aurait pu être réduit si la partie lésée avait employé les mesures raisonnablement nécessaires de diligence. Autrement dit, c'est à lui de prouver que les mesures employées pour réduire le préjudice n'étaient pas raisonnables.

629. – En outre, il doit apporter la preuve de la détermination du montant du préjudice qui aurait pu être évité. Une telle preuve est mise, évidemment, à la charge de l'auteur du préjudice initial, ce qui constitue un corolaire de l'obligation d'apporter la preuve du caractère déraisonnable de la diligence de la victime.

630. – De la sorte, il s'agit d'une cohérence dans la logique juridique, sinon l'auteur du préjudice aurait pu se voir irresponsable d'indemniser la partie lésée du simple fait d'invoquer que cette dernière, en lui transférant ainsi le fardeau de la preuve, n'a pas pris les mesures raisonnables en tant que personne diligente afin de minimiser son préjudice. Une telle position est bien établie en matière d'arbitrage international, tel qu'il est démontré dans la sentence rendue par la *Society of Maritime Arbitrators*, n° 1569 en 1981¹⁰³⁷, lorsqu'elle a affirmé le fait que, dans le cas de l'établissement de minimisation du préjudice par la partie lésée, c'est à l'auteur du préjudice initial, à ce stade, de prouver le caractère déraisonnable employé par cette première. En l'espèce, le Tribunal a considéré que l'auteur du préjudice n'a pas démontré que la partie lésée a violé son obligation de minimiser le préjudice, en employant le concept du

¹⁰³⁶ V. Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ, 2007, *op. cit.*, n° 362.

¹⁰³⁷ V. Sentence rendue sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitrators*, n° 1569, 1981, *YBCA VIII*, 1983, p. 171.

raisonnable ainsi que celui de la présomption de bonne foi. De la sorte, le Tribunal a pu accorder à la partie lésée une indemnisation intégrale de son préjudice, en calculant la différence entre le prix du contrat rompu, objet du litige, et celui du contrat de substitution. Une indemnisation a été ainsi fixée en l'espèce à somme de 1 234 526,92 dollars américains.

2. La preuve incombant à la partie lésée

631. – La partie lésée d'un préjudice quelconque doit, de son côté, établir la preuve de sa diligence dans l'emploi des mesures nécessaires afin de réduire, de limiter ou de ne pas aggraver le préjudice¹⁰³⁸. A défaut d'une telle preuve, la partie lésée peut se voir privée d'une partie, voire de l'intégralité d'indemnisation, en raison de son comportement passif. Il est possible ainsi qu'une partie lésée, qui aurait pu recourir à une opération de substitution, dans le cadre des obligations contractuelles, à défaut de laquelle elle va subir le préjudice, alors qu'elle s'est comportée d'une manière passive en ne cherchant pas une telle substitution potentielle. Elle ne peut pas réclamer ainsi l'indemnisation de son préjudice. Ce fait constitue une tendance fréquente des Tribunaux arbitraux en évaluant l'indemnisation des préjudices dus¹⁰³⁹ ¹⁰⁴⁰.

Or, la partie lésée, de son côté, n'a à apporter que la preuve de son comportement raisonnablement diligent. Une telle position est, certes, admise en matière d'arbitrage international, de sorte que si l'on admet de mettre une preuve plus étendue à la charge de la partie lésée, telle que la preuve qu'elle ne s'est pas comportée d'une manière déraisonnable, la solution serait trop exigeante, dans ce cas, envers la victime et, en outre, engendrerait une proposition négative indéfinie¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ V. dans ce sens : Yves-Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 2007, *op. cit.*, n° 342, 1103, p. 402 ; Jérôme Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, 2001, *op. cit.*, n° 289-298, pp. 135 et s.

¹⁰³⁹ V. Sentence n° 2373 rendue le 24 avril 1987, *Society of Maritime arbitrators "SMA", Buques Centroamericanos SA c. Refinadora Costarricense de Petroleo SA*, *YBCA*, Vol. XIII, 1988, pp. 132-137 ; Sentence *CCI*, n° 4273 en 1984, *YBCA*, 1985. 52.

¹⁰⁴⁰ V. Simon Hotte, *La rupture du contrat international – Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, thèse, tome 28, éd. Defrénois, *EJA, op. cit.*, 2007, p. 395.

¹⁰⁴¹ V. sur la preuve d'une proposition négative indéfinie : J. Larguier, *La preuve d'un fait négatif*, *RTD civ.*, 1953, pp. 1 et 4.

632. – Par ailleurs, cette preuve mise à la charge de la partie lésée représente un intérêt primordial dans l’indemnisation du préjudice, de la sorte que, dans la jurisprudence arbitrale internationale, cette partie lésée ne peut pas se prévaloir de l’indemnisation de son préjudice sans prouver, d’abord, qu’elle s’est bien comportée en tentant de réduire son préjudice, même sans regard à la contestation de l’auteur du préjudice à cet égard.

633. – Afin de bien illustrer ce principe, la sentence *CCI* n° 3344 en 1981¹⁰⁴², en exposant ses justificatifs pour rejeter l’indemnisation du préjudice due à la partie lésée, a en effet relevé que celle-ci « n’a apporté aucune preuve du préjudice qu’elle allègue ni a fortiori du fait requis par la jurisprudence arbitrale internationale qu’elle avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice ».

634. – Une autre sentence *CCI*, n° 7331 en 1994¹⁰⁴³, vient réaffirmer ce constat en observant que « tout en admettant avoir revendu la marchandise défectueuse, le défendeur n’a jamais présenté la preuve du prix reçu pour la revente, la défaillance du défendeur à cet égard représente un manquement à son obligation de minimiser les dommages... ».

635. – On peut constater, ainsi, que le facteur générateur donnant droit à l’indemnisation du préjudice n’est pas la preuve de la survenance du préjudice en elle-même, mais c’est la preuve de la partie lésée qui établit qu’elle a tenté de réduire ce préjudice. Une telle preuve, à la charge de la partie lésée, constitue le moyen principal pour l’admissibilité de l’indemnisation du préjudice subi par celle-ci, sans même être soumise à aucune contestation, à cet égard, de la part de son débiteur.

636. – Enfin, il est important de préciser, à ce lieu, que le recours du Tribunal arbitral à la vérification de la preuve précitée de cette manière ne porte pas, toutefois, atteinte au principe de la contradiction. D’où, il est bien établi que les arbitres ne se considèrent pas comme étant

¹⁰⁴² Affaire *CCI* préc., n° 3344, 1981, *JDI*, 1982, pp. 978 et s.

¹⁰⁴³ Affaire *CCI*, n° 7331, 1994, *JDI*, 1995, p. 1001, obs. D. Hascher.

méconnaissants dudit principe de la contradiction s'ils mettent en œuvre d'office un autre principe incontestablement reconnu dans le commerce international¹⁰⁴⁴.

PARAGRAPHE II. LA MISE EN APPLICATION DU PRINCIPE PAR LA JURISPRUDENCE ARBITRALE EN TANT QUE REGLE DE LA LEX MERCATORIA

637. – Les arbitres internationaux recourent souvent à l'application de l'obligation de minimiser le préjudice par la partie lésée, en lui octroyant la valeur des principes transnationaux¹⁰⁴⁵. On peut relever une telle pratique tant dans l'arbitrage d'investissement (A) que dans l'arbitrage du commerce international (B).

A. Dans l'arbitrage d'investissement

638. – L'arbitrage *CIRDI* a consacré, à plusieurs reprises, l'application de l'obligation incombant à la partie lésée de minimiser son propre préjudice. Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie* de 1990, le Tribunal arbitral a, en effet, relevé le fait que l'obligation de minimiser le préjudice est bien reconnue dans les différents systèmes juridiques nationaux¹⁰⁴⁶. En l'espèce, le Tribunal devait examiner le bien fondé des réclamations de la demanderesse des dommages-intérêts à cause de la rupture anticipée du contrat de concession conclu par l'Etat d'Indonésie. Le Tribunal a admis en l'occurrence qu'*Amco* n'a pas violé son obligation de minimiser son préjudice, puisqu'il s'est comporté avec diligence à cet égard. Après l'examen des autres règles classiques de l'indemnisation intégrale du préjudice, comme la règle de la prévisibilité, l'indemnisation du préjudice probable et celle du gain manqué, le Tribunal a condamné le défendeur à indemniser la société demanderesse d'une somme de 2 696 330 dollars américains, y inclus les intérêts moratoires.

¹⁰⁴⁴ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, 2001, *op. cit.*, n° 293-295.

¹⁰⁴⁵ V. Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, 1987, *op. cit.*, pp. 375, 377 et s.

¹⁰⁴⁶ V. sentence *CIRDI*, 13 mai 1990, *Amco Asia et al. c. République de l'Indonésie*, *JDI*, 1991. 173, obs. E. Gaillard, n° 147-149 de la sentence.

639. – Dans l'affaire *Middle East Ciment* contre la République Arabe d'Égypte, dont la sentence a été rendue en 2002¹⁰⁴⁷, le Tribunal a conclu que, aux termes du traité bilatéral d'investissement gréco-égyptien, le gouvernement égyptien a exproprié un navire affrété par la compagnie grecque (demanderesse dans l'arbitrage précité), ainsi que la valeur de la licence d'expédition du demandeur. Le Tribunal a en outre constaté que cette licence d'expédition a été expropriée à la suite d'un décret égyptien interdisant l'expédition de ciment en Égypte. La licence a accordé au demandeur le droit d'expédier et de stocker le ciment, ainsi que le droit de le vendre conformément aux dispositions du contrat conclu. En conséquence de ce décret, le demandeur a été incapable de remplir ses obligations contractuelles existantes avec des tiers en Égypte et le Tribunal a accordé à celui-ci des indemnisations pour la perte de profits.

L'État égyptien (défendeur au litige) a fait valoir que, même dans la mesure où elles pourraient être justifiées, les allégations formulées par la partie demanderesse doivent être réduites, parce que cette dernière n'a pas respecté son obligation de minimiser les préjudices. Le demandeur fait valoir ainsi qu'il n'y a aucune raison factuelle ou juridique d'une telle réduction. Le Tribunal aurait tranché sur ce point pour décider de réduire les indemnisations ou non, dans le cas où l'obligation de minimisation des préjudices a été mise en cause.

Prenons en considération que l'obligation de minimiser les préjudices n'est pas expressément mentionnée dans le traité bilatéral d'investissement en l'espèce. Toutefois, cette obligation peut être considérée comme faisant partie des principes généraux du droit qui, à son tour, fait partie des règles du droit international qui sont applicables dans le présent différend conformément à l'article 42 (1) de la Convention du *CIRDI*¹⁰⁴⁸. L'obligation de minimiser les préjudices est également prévue à l'article 221 du Code civil égyptien.

¹⁰⁴⁷ *Middle East Cement c. la République Arabe d'Égypte*, *CIRDI*, affaire n° ARB/99/6, sentence précitée rendue le 12 avril 2002.

¹⁰⁴⁸ L'article 42 alinéa 1 de la convention du *CIRDI* dispose que « le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend –y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit international en la matière. »

En l'espèce, dans le souci de réduire les indemnisations des préjudices, l'Etat défendeur prétendait que la société demanderesse aurait pu continuer la fourniture de ciment dans la mesure où elle n'a pas été interdite par le décret n° 195. À cet égard, le Tribunal accepte l'explication du demandeur que tant la fourniture de ciment Portland thermique et blanc en Egypte que l'exportation de ciment à partir de l'Egypte aux autres pays, à la fois pour qui aucune preuve n'a été présentée par l'intimé ou peut être trouvée dans le fichier, ne sont pas des alternatives économiquement viables à la fourniture de ciment Portland gris barré par le décret.

Quant à l'argument du défendeur selon lequel la demanderesse aurait pu reprendre ses activités après la levée de l'interdiction en 1992, le Tribunal ne considère pas que cela soit convaincant dans le sens où un investisseur qui a été soumis à une révocation de la licence indispensable à son activité d'investissement, trois ans plus tôt, a de bonnes raisons de décider que, après cette expérience, il ne doit pas continuer avec l'activité d'investissement, après que l'activité soit à nouveau autorisée.

En ce qui concerne la question de savoir si le demandeur aurait pu obtenir la permission de prendre le Poséidon navire hors de la zone franche en remplissant les conditions énoncées par l'Autorité Publique d'Investissement en Egypte (*General Authority for Investment « GAFI »*), et en payant les dettes présumées menant à l'attachement et la vente aux enchères du navire, le Tribunal a conclu que les explications données par le demandeur sont au moins plausibles. Par conséquent, le Tribunal a refusé de reconnaître une obligation de minimiser les préjudices de la part de la partie lésée en l'occurrence, et notamment parce que le défendeur supporte le fardeau de la preuve pour prouver les faits qui établissaient une telle obligation ainsi le fait que la demanderesse n'a pas rempli une telle obligation¹⁰⁴⁹.

De tout ce qui précède, le Tribunal arbitral a jugé que les indemnisations dues au profit de la partie lésée (demanderesse) n'ont pas à être réduites sur le fondement de l'obligation de minimisation des préjudices. Ainsi, le Tribunal a pu accorder la demanderesse une réparation intégrale d'une somme de 2 190 430 dollars américains, dont l'allocation de la somme de

¹⁰⁴⁹ V. Roger P. Alford, *Middle East Cement c. La République d'Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, 12 avril 2002, *A contribution by the ITA Board of Reporters*.

1 712 712 dollars américains était au titre de gain manqué, et celle de 477 718 dollars américains était au titre de la perte subie.

640. – On peut en déduire ainsi que le Tribunal a reconnu l'obligation de minimiser les préjudices par la partie lésée, alors que la charge de la preuve incombait à l'Etat hôte accusé d'engendrer ces préjudices, ce qui signifie que les indemnisations dues à l'investisseur peuvent être réduites si l'Etat d'accueil démontre que cet investisseur n'a rien fait pour atténuer les préjudices.

Dès lors, en droit international, et dans l'arbitrage international d'investissements, il est généralement admis qu'une partie lésée, par la non-exécution d'une obligation de l'autre partie, doit tenter d'atténuer les préjudices qu'elle a subis. Cette question est d'une importance majeure dans l'arbitrage *CIRDI*, notamment dans le cas de l'expropriation indirecte¹⁰⁵⁰.

B. Dans l'arbitrage du commerce international

641. – **L'application régulière de la règle de minimisation de préjudices (dans la jurisprudence CCI).** – La minimisation de préjudices par la partie lésée est une des règles les plus connues, à laquelle les arbitres font référence dans le domaine de l'évaluation de dommages-intérêts, et M. Derains a relevé, à ce propos, que¹⁰⁵¹ « *celui qui provoque un préjudice doit, non seulement en rapporter la preuve, mais aussi établir qu'il avait pris toutes les mesures pour limiter ce préjudice. La première de ces catégories est présentée comme une règle de procédure communément reçue dans les diverses législations nationales, alors que la seconde serait une règle de la jurisprudence arbitrale internationale* ».

¹⁰⁵⁰ Bjørn Kunoy, *The notion of time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation*, *Journal of International Arbitration*, 2006, Vol. 23, Issue 4, pp. 337-349.

¹⁰⁵¹ Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, *JDI*, 1976.989.

642. – Ainsi, rappelons que les arbitres du commerce international font référence souvent à l’obligation de minimisation du préjudice en tant que composante de la *lex mercatoria*, en renvoyant, dans leurs sentences, à la jurisprudence arbitrale internationale¹⁰⁵², sous réserve des controverses intenses sur ladite notion de « jurisprudence arbitrale internationale »¹⁰⁵³.

L’observation minutieuse des sentences d’arbitrage international reflète l’exigence des arbitres sur le fait que la partie lésée est amenée à agir avec un certain degré de diligence, afin de ne pas faire aggraver son préjudice¹⁰⁵⁴. On exposera, dans ce qui suit, plusieurs exemples variés afin d’illustrer l’étendue de l’exercice des droits du créancier et son impact, par la suite, sur l’évaluation de l’indemnisation de ses préjudices.

643. – Dans le cadre d’un contrat de distribution, tout problème relatif au retard dans la délivrance ou de la qualité des produits aurait causé des préjudices importants, notamment au niveau de la réputation. Dans un tel cas, le fait que la partie lésée n’ait pas recouru à ses droits pour résilier le contrat en temps raisonnable, et non tardif, conduirait les arbitres à considérer qu’elle a renoncé, ainsi, à la bonne application de ses droits. Or, un tel comportement de la part du créancier s’interpréterait comme une négligence qui aurait pour effet de contribuer à l’aggravation de ses propres préjudices, ce qui appelle à réduire le montant de l’indemnisation due¹⁰⁵⁵. En outre, le Tribunal arbitral a relevé que le demandeur reconventionnel « n’a apporté aucune preuve du préjudice qu’il allègue, ni a fortiori, du fait requis par la jurisprudence arbitrale internationale qu’il avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice... »¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² En ce sens V. B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage international : réalité et perspectives*, Clunet 1979, *op. cit.*, pp. 484-485 ; W. L. Craig, W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^e éd., New York : Oceana Publications, 2000, p. 646 (Certains tribunaux ont appliqué le principe de la minimisation de préjudices sans faire référence aux droits nationaux).

¹⁰⁵³ V. par exemple en ce sens A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria*, Paris : LGDJ, 1984, p. 511.

¹⁰⁵⁴ V. par exemple la sentence CCI n° 14020/2008, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), p. 655.

¹⁰⁵⁵ V. dans ce sens, l’affaire CCI, n° 3344 en 1981, *JDI*, 1982.984, obs. Y. Derains “ (...) toute action ou omission d’un cocontractant qui constitue un fait nouveau par rapport à une stricte application des stipulations contractuelles appelle une réaction immédiate de l’autre cocontractant, sans quoi, ce dernier est supposé avoir renoncé à agir (...)”.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* 446 et les obs. p. 449 ; *Rec. des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*. 440.

644. – Dans la même logique, dans le cadre d'un contrat de distribution de montres, en ayant le droit suisse en tant que droit applicable au fond, le distributeur avait rompu à tort ledit contrat, et le Tribunal arbitral avait statué pour examiner les demandes d'indemnisation du concédant. Le Tribunal, en l'occurrence, a bien reconnu que le concédant a eu un manque à gagner du fait de l'inexécution des obligations du distributeur. Cependant, il avait réduit le montant de l'indemnisation de préjudices sur la base que le concédant aurait pu résilier le contrat de façon anticipée. Une indemnisation du préjudice pour la détérioration de l'image de marque sur le marché n'a pas été octroyée sur le fondement que la responsabilité soit imputée de même sur le concédant qui savait déjà que le contrat n'aurait pu être exécuté non plus à cause du litige en cours entre les deux parties, pourtant celui-ci n'avait réalisé aucune démarche pour ne pas aggraver son préjudice en trouvant un autre distributeur pour rétablir la confiance de la clientèle en sa marque¹⁰⁵⁷.

645. – Par contre, dans une autre affaire d'arbitrage CCI n° 7534, on envisage le cas d'un contrat de distribution qui a été résilié à tort par le concédant, d'une manière prématurée. L'arbitre a jugé de réduire le montant des indemnisations des préjudices subis par le distributeur qui a eu, en conséquence de cette résiliation, un manque de perte et que son réseau de distribution a été détruit puisque le concédant avait nommé un autre distributeur. Notons que la résiliation prématurée du contrat, en l'espèce, n'a pas empêché l'arbitre de réduire les indemnisations dues au distributeur en considérant que cette résiliation n'était pas la cause principale d'un préjudice supplémentaire, et que les marchandises étaient déjà en stocks depuis longtemps, ce qui démontre que la résiliation du contrat n'était pas la cause essentielle du manque de vente, sauf preuve contraire de la part du distributeur¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ Sentence CCI, n° 6627 en 1993, inédite ; v. Cam Quyen Corinne Truong, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, thèse, Litec, 2002, *op. cit.*, n° 365.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, n° 367.

646. – Dans une affaire d'arbitrage *CCI* relativement récente, les arbitres ont encore maintenu l'application du principe de minimisation des préjudices de la même manière. Cette fois, pour motiver le refus de réduire les indemnités dues sous prétexte du manquement à l'obligation de la minimisation des préjudices, les arbitres ont jugé comme ce qui suit¹⁰⁵⁹ :

« (...) Le fait que le contrat prévoyait le paiement d'intérêts en cas de retard est sans pertinence. De manière positive, [A] a d'ailleurs proposé à plusieurs reprises à [B] de lui livrer contre paiement comptant. Le Tribunal Arbitral estime que quel que soit le bien-fondé de sa contestation des factures impayées, [B] aurait pu, de façon à minimiser le dommage, éviter tout problème en payant comptant. Ne l'ayant pas fait, elle ne saurait donc en réclamer réparation, quand bien même [A] serait responsable, ce qui n'est pas le cas (...) ».

647. – Les sentences précitées ne sont que des exemples de sentences rendues, à l'époque, sous l'auspice de la *CCI*, qui ont reconnu et mis en application l'obligation de minimiser le préjudice¹⁰⁶⁰. D'une manière expresse, le Tribunal arbitral, dans l'affaire n° 5514 en 1990, a relevé que « le devoir d'une partie de minimiser son préjudice est bien établi dans le droit international et dans la plupart des droits internes »¹⁰⁶¹.

648. – Parmi d'autres affaires *CCI* plus récentes, et suivant constamment la même position, on peut citer la sentence *CCI* n° 12193 dans laquelle il s'agissait d'une résiliation du contrat de distribution de la part du concédant, en prétendant des fautes commises par le distributeur concernant son manque de performance ainsi que son manque de pénétration du marché¹⁰⁶². Le distributeur a saisi la Cour internationale d'arbitrage de la *CCI* pour demander réparation de ces préjudices pour rupture abusive du contrat de distribution. Au titre de ces préjudices, le demandeur a réclamé des indemnisations sur plusieurs socles parmi lesquels la réparation pour les marchandises invendables en stock. Le Tribunal arbitral a jugé, en principe,

¹⁰⁵⁹ Sentence arbitrale *CCI* n° 11855 en 2003, *JDI (Clunet)*, N° 4, octobre 2007, chr. 8, pp. 1292-1301, spéc. p. 1294, note Eduardo Silva Romero.

¹⁰⁶⁰ V. Sentences *CCI* n° 2103 en 1972, n° 2142 en 1974, *JDI*, 1974. 902 ; n° 2478 en 1974, *Rec.* 1974-1985. 233 ; n° 2291 en 1975, *Rec.* 1974-1985. 274 ; n° 2420 en 1975, *JDI*, 1976. 992.

¹⁰⁶¹ V. sentence *CCI* n° 5514 en 1990, *JDI*, 1992. 1022, obs. Y. Derains.

¹⁰⁶² V. Sentence arbitrale *CCI* n° 12193 en 2004, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, octobre 2007, Chr. 8, pp. 1276 et s., note Eduardo Silva Romero.

que le contrat a été résilié par la partie défenderesse d'une manière irrégulière et injustifiée, et le demandeur a le droit à la réparation de ces préjudices selon le droit applicable au fond. Pourtant, afin de réduire l'indemnisation des préjudices dues au demandeur, le Tribunal a refusé de réparer le préjudice du demandeur au titre des marchandises invendables en stocks, en justifiant sa position par le fait que le demandeur a détruit les stocks sans laisser le temps à la défenderesse de les racheter et sans établir d'inventaire contradictoire « *apparaît non seulement intempestive mais encore infondée* » et sans preuve de ce préjudice de la part du demandeur. Dès lors, le Tribunal a considéré que le demandeur, par un tel comportement, avait manqué à son obligation de minimiser les préjudices.¹⁰⁶³

649. – L'illustration des sentences précitées en matière d'arbitrage commercial international, sous l'auspice de la *CCI*, montre l'exigence accrue des arbitres à l'égard de la partie lésée exerçant ses droits, notamment en ce qui concerne la minimisation de son préjudice subi¹⁰⁶⁴. Par conséquent, les arbitres interprètent strictement le comportement de cette partie lésée remplissant ses droits¹⁰⁶⁵, et à défaut de preuve contraire de sa part, les arbitres recourent souvent à une réduction des indemnisations dues à celle-ci.

650. – Dès lors, on déduit de l'étude des sentences arbitrales précitées que, d'une part, les arbitres tiennent compte, afin de réduire l'indemnisation de préjudices due à la partie lésée, d'une présomption de compétence professionnelle des parties qui leur permet de recourir à la minimisation nécessaire de leurs préjudices. A défaut de laquelle, une autre présomption de négligence serait retenue contre cette partie lésée. D'autre part, l'obligation de minimisation de préjudice est consacrée, par la plupart des Tribunaux arbitraux, en tant que composante du droit transnational même en jugeant l'affaire arbitrale dans le cadre du droit applicable au fond.

¹⁰⁶³ V. aussi en ce sens A. S. Komarov, *Mitigation of damages in Evaluation of Damages in International Arbitration*, publication de la *CCI* n° 668, 2006, pp. 37-53, spéc. pp. 45-46 ; Y. Taniguchi, *The obligation to mitigate damages in Evaluation of Damages in International Arbitration*, publication de la *CCI* n° 668, 2006, pp. 79 et s.

¹⁰⁶⁴ Cf. La sentence finale *CCI* n° 8384/2005, la sentence *CCI* n° 14269/2008, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, N. 1, 2011, pp. 43 et s., spéc. p. 50, et p. 92.

¹⁰⁶⁵ Sentence *CCI* n° 13009, *YBCA* 2011, Vol. XXXVI, p. 87.

651. – Fondement de l'application de la règle. - Les arbitres appliquent, depuis longtemps, la règle de minimisation de préjudices sur la base d'un principe de droit transnational. Prenons, par exemple, l'affaire *CCI* n° 2478 qui en fait témoin, dont la sentence arbitrale a été rendue en 1974, en affirmant l'obligation de la partie lésée de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas augmenter son préjudice sur le fondement des principes généraux de droit¹⁰⁶⁶.

Dans le même sens, et en suivant la même logique, on peut mentionner une autre sentence arbitrale *CCI* n° 2404, rendue en 1975¹⁰⁶⁷. Alors que le droit français était applicable au litige, le Tribunal arbitral ne s'est référé qu'à la publication du *Clunet* d'une précédente sentence de 1974, et qui ne faisait aucune mention du droit français pour affirmer que :

*« Considérant que tout tribunal appelé à juger d'un différend doit prendre en considération toute possibilité de minimiser le préjudice. En effet, il arrive souvent que la partie lésée tâche de mettre toute la responsabilité du préjudice subi sur son cocontractant, alors qu'il lui aurait de toute évidence été possible de le réduire en agissant sans tarder dès qu'elle avait eu connaissance de la défaillance de celui-ci. »*¹⁰⁶⁸.

652. – On déduit de tout ce qui précède que le principe de minimisation de préjudices est un pilier essentiel sur lequel on peut correctement évaluer le montant opportun de l'indemnisation due. Autrement dit, on peut tenir compte de la relation proportionnelle entre l'obligation de minimiser le préjudice et le montant de l'indemnisation auquel le créancier aura droit, en prenant en considération que les arbitres appliquent le principe de minimisation du préjudice en tant que norme transnationale et composante de la *lex mercatoria*¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ V. *Clunet* 1975, *op. cit.*, p. 925, obs. Y. Derains.

¹⁰⁶⁷ V. *Clunet* 1976, p. 995, *op. cit.*, obs. Y. Derains.

¹⁰⁶⁸ Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence internationale*, *RDAI*, 1987, *op. cit.*, pp. 375 et s.

¹⁰⁶⁹ V. dans ce sens, Ph. Khan, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, *JDI*, 1989.305 ; J. Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, *Rev. arb.*, 1986.55 ; v. aussi la sentence *CCI* n° 5910 en 1988, *JDI*, 1988.1216, obs. Y. Derains.

CONCLUSION DU CHAPITRE

653. – Tout d’abord, on rappelle que le principe de minimisation du préjudice joue un rôle principal dans le domaine de l’évaluation du préjudice par les Tribunaux arbitraux. Alors que l’évaluation du préjudice est avant tout un élément de fait qui est soumis à l’appréciation des arbitres, dont l’obligation de minimiser le préjudice par la partie lésée sert en tant qu’élément significatif pour être pris en compte par les arbitres afin d’évaluer l’exacte indemnisation du préjudice due.

654. – En pratique, dans beaucoup de cas, les arbitres présument l’exécution de l’obligation de minimiser le préjudice par la partie lésée. Une telle tendance est déjà retenue dans l’arbitrage de commerce international auprès de la *CCI* depuis longtemps déjà¹⁰⁷⁰.

655. – Dans la même logique, les arbitres exigent, évidemment, de la partie lésée qu’elle prouve qu’elle a pris toutes les mesures nécessaires pour minimiser son préjudice¹⁰⁷¹. Et c’est seulement dans le cas où cette partie lésée aurait réussi à prouver qu’elle a pris toutes les mesures raisonnables pour minimiser son préjudice, sans que ces mesures prennent effet, qu’elle aura droit à une réparation intégrale de son préjudice.

656. – Par ailleurs, les arbitres ont souvent recours, afin de réduire l’indemnisation due, à la présomption de compétence professionnelle à l’égard de la partie lésée, considérée comme opérateur du commerce international, en tant que principe de la *lex mercatoria*.

657. – Aussi, l’obligation de minimisation du préjudice joue un rôle important dans la coopération sous-entendue des parties au contrat international. Un tel rôle a été constaté dans l’affaire *CCI* n° 2291, dont la sentence a été rendue en 1975, en disposant que¹⁰⁷² : « *Les*

¹⁰⁷⁰ V. dans ce sens les affaires *CCI* préc. n° 2142 et 2216.

¹⁰⁷¹ V. dans ce sens l’affaire *CCI* préc. n° 3344.

¹⁰⁷² V. *Chunet* 1976, p. 989, obs. Derains.

conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire »¹⁰⁷³.

658. – On peut donc en déduire, dans le cadre de l'arbitrage international, la logique juridique entre l'obligation de minimisation des préjudices, d'une part, et la présomption de compétence professionnelle ainsi que le devoir de coopération, d'autre part.

¹⁰⁷³ Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence internationale*, *RDAl*, *op. cit.*, p. 382.

CHAPITRE II. L'INCIDENCE DE LA FRAUDE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

659. – La fraude, autre règle contingente de l'indemnisation du préjudice, peut engendrer des effets radicaux sur le principe de l'indemnisation intégrale dans l'arbitrage international. En principe, dans le cas où une partie est lésée par le préjudice subi par son cocontractant, celle-ci peut recourir à l'arbitrage pour se prévaloir de ses droits. Toutefois, cette partie lésée, pour être satisfaite de ses droits, est censée agir de façon irréprochable dans le cadre du rapport juridique établi avec son cocontractant. A défaut d'un tel comportement irréprochable, une indemnisation intégrale ne sera guère garantie.

660. – On peut conclure en soulignant le terme juridique pertinent qui est celui de la bonne foi. Ainsi, il est nécessaire, pour ne pas mettre en cause plus tard les règles de la responsabilité qui doivent être appliquées par les arbitres, ni les règles de l'indemnisation qui en découlent, de vérifier la non violation du principe de bonne foi. Un principe qui revêt, d'ailleurs, une valeur transnationale.

661. – Pour vérifier s'il s'agit d'une fraude ou non, la bonne foi n'est pas suffisante à elle seule, ce qui exige d'examiner les éléments propres à l'existence et l'incidence d'une telle fraude. Par conséquent, un des comportements les plus graves, qui engendre des effets directs sur les règles juridiques de l'indemnisation du préjudice, est celui de commettre une fraude afin de profiter de ses droits.

662. – Il découle de l'incidence de la fraude commise dans le cadre de l'arbitrage, deux principes généraux de droit qui sont, d'une part, le principe de la bonne foi dont l'étude abordera le rapport avec l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international (Section I), et d'autre part, le principe de l'expulsion de tout effet de la protection juridique en cas de fraude, ce qui nous amènera à étudier, plus généralement, l'incidence de la fraude sur l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international (Section II).

SECTION I. LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI ET L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

663. – Le principe de bonne foi trouve un champ d'application bien étendu. Toutes les parties d'un litige doivent faire preuve de la bonne foi. C'est la raison pour laquelle le principe de la bonne foi se traduit souvent, dans un sens large, par un devoir de loyauté et d'honnêteté.

664. – Est indubitable la consécration du principe de la bonne foi dans la plupart des systèmes juridiques internes. D'où la reconnaissance dudit principe en tant que principe du commerce international. En outre, on verra que le principe de la bonne foi n'est pas seulement largement reconnu en droit comparé, mais représente aussi l'une des règles de droit international ou transnational appartenant à la *lex mercatoria*. Son application par les arbitres est incontestable, ainsi que les effets de sa mise en place sur l'indemnisation du préjudice.

665. – Avant d'aborder l'étude du principe de la bonne foi et son rôle important sur l'indemnisation des préjudices de la partie lésée au litige arbitrale, il serait utile d'exposer brièvement le rapport entre la bonne foi et un autre principe voisin, qui est celui de l'*estoppel*.

666. – **L'origine du concept de l'*estoppel*.** – L'*estoppel* est un concept qui est né dans le système juridique de *common law*, notamment du droit anglais qui n'a pas reconnu le principe de la bonne foi dans le cadre du rapport contractuel.

667. – La définition littéraire du concept *estoppel* est la « fin de non-recevoir », qui est un principe juridique permettant de sanctionner l'incohérence ou la contradiction des comportements des parties¹⁰⁷⁴. D'où l'origine du principe selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». Dès lors, il s'avère que cette règle d'*estoppel* s'appuie sur la nécessité de l'existence de bonne foi afin d'interdire de profiter de ses propres contradictions¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ Olivier Pomiès, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes "PUR", 2011, pp. 92-93.

¹⁰⁷⁵ Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI, 2005, p. 705.

668. – L'accueil de l'estoppel en droit français. – Jusqu'à récemment, le système juridique français ne reconnaissait pas le principe de l'*estoppel*, alors que d'autres principes découlant du concept de bonne foi font un rapprochement avec le concept de l'*estoppel*. On peut citer ainsi le principe général de loyauté d'où vient l'exigence du principe de cohérence pour en assurer l'efficacité. Plus tard, la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juillet 2005, a admis l'*estoppel* dans le système juridique français. La Cour s'est prononcée, dans le cadre d'un recours contre un arbitrage, en rappelant au demandeur au pourvoi que nul ne saurait se contredire de mauvaise foi au détriment des autres parties au procès¹⁰⁷⁶. De même, la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 6 mai 2009¹⁰⁷⁷, a confirmé l'intégration du terme *estoppel* en droit français et sa mise en place dans le domaine d'arbitrage international, afin de sanctionner le fait de se contredire par une partie au litige dans le but d'engendrer des préjudices à l'autre partie.

669. – L'estoppel en tant que limite à l'indemnisation dans l'arbitrage international.
– De l'étude des sentences arbitrales, il s'avère que le fonctionnement du principe de l'*estoppel* est bien influencé par le concept de bonne foi, voire il protège ce dernier en cas de changement de position d'une partie au litige au détriment de son adversaire.

670. – À cette occasion, il est important de citer l'affaire *Amco*¹⁰⁷⁸ qui a abordé le principe de l'*estoppel* par rapport au droit du commerce international. Le Tribunal rappelle, en l'espèce, que le mécanisme de l'*estoppel* s'appuie sur la bonne foi tel qu'il n'est pas admis pour une partie au litige qu'elle se contredise. Alors que la règle du jeu de l'*estoppel* exige que ce comportement contradictoire ait pour effet un préjudice contre l'autre partie ou, au moins, un privilège pour la partie qui l'invoque.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 710.

¹⁰⁷⁷ Cass 1^{er} civ., 6 mai 2009, *JurisData* n° 2009-048035 ; V. aussi Jacques Béguin, *Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale)*, *JCP G (La Semaine Juridique)*, n° 47, 16 novembre 2009, 462, pp. 36-37 ; cf. Cass 1^{er} civ., 11 septembre 2013, n° 12-26180, *Société CEPA c. Société CF partnairs et al.*, *Gaz. du Palais*, sept. 2013, N° 261-262, note Catherine Berlaud, p. 28.

¹⁰⁷⁸ *Amco et al. c. Indonésie*, *CIRDI*, sentence rendue le 20 novembre 1984, in *I.L.M.* 1985, pp. 1022-1039, extraits.

671. – De ce côté, il est clair que l'*estoppel* représente, parfois, un instrument qui oppose à l'indemnisation du préjudice. En l'occurrence, le Tribunal n'a pas admis l'argument de l'*estoppel* invoqué par l'Etat indonésien, ce qui avait une incidence directe sur l'indemnisation allouée. Il s'agissait de fluctuation sur certains points de la part de la société *Amco* (demanderesse à l'arbitrage) par rapport à sa position antérieure devant les juridictions internes indonésiennes. Le Tribunal a affirmé qu'il importe peu d'adopter une telle position en l'espèce vu que cette position était dans le cadre d'un litige interne pour lequel ledit Tribunal n'avait pas compétence. Notons que l'objet de ce litige arbitral porte sur le fait de l'expropriation de l'investissement exercée à l'encontre des sociétés demanderesse, et non sur la résiliation du bail commercial (objet du litige interne) qui ne constitue que la conséquence de cette expropriation¹⁰⁷⁹.

672. – Il nous reste à faire deux remarques concernant l'application de l'*estoppel* par les arbitres. D'une part, les arbitres ont souvent recours au mécanisme de l'*estoppel* en matière de preuve ; dans l'affaire *Woodward Clyde Consultants*¹⁰⁸⁰ le Tribunal a relevé que « *le principe général du droit de la preuve selon lequel les déclarations contradictoires d'une partie intéressée doivent s'interpréter contre elle* ». Ce qui signifie que cet élément de preuve soit ne sera pas pris en considération, soit sera interprété contre la partie qui l'invoque pour trancher le litige. D'autre part, les arbitres ne prennent pas en compte l'intention vicieuse en décidant sur l'*estoppel*. L'affaire *CCI* n° 6363, dont la sentence a été rendue en 1991, en fait témoin, en affirmant que l'élément essentiel de l'*estoppel* réside dans la confiance d'une partie à l'égard des comportements de l'autre, alors qu'il n'y a pas lieu d'apprécier l'existence ou non de la mauvaise foi¹⁰⁸¹.

673. – A cela, nous soulignons que le mécanisme de l'*estoppel* reste autonome, en jouant un rôle important dans l'indemnisation du préjudice, par rapport à celui de la bonne foi. En outre, il joue un rôle complétif pour protéger la bonne foi des parties tel qu'il protège l'attente légitime

¹⁰⁷⁹ Patrick Rambeau, *Deux arbitrages du CIRDI, Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, 1984, vol. 30, p. 395.

¹⁰⁸⁰ E. Gaillard, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (Le principe de l'estoppel dans quelques sentences récentes)*, *Rev. arb.*, 1985, p. 272.

¹⁰⁸¹ Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI*, 2005, *op. cit.*, p. 725.

d'une partie vis-à-vis des comportements de l'autre partie, notamment quand les préjudices qui en découlent sont flagrants.

674. – Après ce passage sur le principe d'*estoppel*, concernant son rôle et son influence sur la détermination de la responsabilité ainsi que l'indemnisation due, il est nécessaire d'étudier le principe général de la bonne foi tel que le « principe des principes » qui doit gouverner tout le processus d'arbitrage¹⁰⁸². Aussi, le recours au principe de bonne foi incontestablement admis en droit français, à l'opposition du principe de l'*estoppel*, est suffisant pour réprimer tout comportement incohérent d'une partie au détriment des intérêts de son cocontractant¹⁰⁸³.

675. – Il est à noter que les règles relatives au droit international, pour l'indemnisation des préjudices par les arbitres, jouent également un rôle important sur diverses questions relatives au contenu spécifique à donner à des normes juridiques appartenant, soit au droit des contrats (Paragraphe I), soit plus largement, à l'ordre public international (Paragraphe II). Une de ces règles est le principe de bonne foi.

PARAGRAPHE I. LE PRINCIPE DE BONNE FOI EN TANT QUE PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT DES CONTRATS : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DANS UNE APPROCHE ARBITRALE

676. – Il est évident que les arbitres du commerce international ne cessent pas de recourir au principe de la bonne foi. Un tel principe se trouve dans la plupart des lois étatiques et il est reconnu en droit international.

677. – La bonne foi ne trouve pas sa source dans une simple obligation contractuelle, vu qu'un tel principe est censé maîtriser la conduite des parties dans leur relation contractuelle, voire dans la phase précontractuelle.

¹⁰⁸² Cf. Sentence CCI n° 14108, YBCA 2011, Vol. XXXVI, p. 165.

¹⁰⁸³ Philippe Delebecque, *L'arrêt "ERIKA", Quelques raisons de douter*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 1.

678. – Le principe de la bonne foi est un des principes juridiques de base à respecter tout au long des différents processus de l'arbitrage. On commencera par étudier, dans ce qui suit, la bonne foi dans le cas spécifique de la représentation apparente dans l'arbitrage (A), notamment dans le cas des contrats d'Etat, vu que, dans beaucoup de cas, l'opposition de compromettre commise de la part de l'une des parties au litige, en contradiction avec l'apparence et l'attitude antérieure de cette partie, ne tendrait qu'à s'échapper de la responsabilité ainsi qu'à la réparation due à cet égard. Ensuite, on mettra la lumière sur l'application du principe de la bonne foi tout au long de la relation contractuelle (B).

A. Le rapport entre la bonne foi et la représentation apparente dans l'arbitrage international : l'incidence sur l'indemnisation du préjudice

679. – On étudiera la prise en compte de la notion de la représentation apparente par les arbitres, et son effet sur l'engagement de la responsabilité et sur l'indemnisation du préjudice qui en découle, dans le cadre de la pratique arbitrale en la matière (1). On ne manquera pas, à ce stade, de faire un passage sur la position accueillante de la jurisprudence française envers cette notion dans le cadre des recours contre des sentences arbitrales en France (2).

1. La pratique arbitrale

680. – Une attitude essentielle incarnant la bonne foi réside dans le fait de la représentation apparente des parties. Par exemple, la survivance apparente de pouvoir d'une des parties peut dispenser l'autre partie de vérifier ce pouvoir¹⁰⁸⁴. Dans ce cas, il est admis de protéger la bonne foi de cette partie. On exposera, dans ce qui suit, un des exemples classiques de cette situation fréquentée par les arbitres qui consiste dans le cas des contrats d'Etat.

¹⁰⁸⁴ V. Chung-Wu Chen, *Apparence et représentation en droit positif français*, thèse, Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, Droit des affaires, 1997, p. 397.

681. – Les personnes morales de droit public doivent respecter les règles de bonne foi dans le cadre de leurs aptitudes à compromettre devant les juridictions arbitrales internationales. Il est établi, comme on le verra, que cette obligation juridique dispose de la valeur d'un ordre public international.

682. – Les hypothèses les plus connues en la matière sont relatives aux contrats d'Etat. Il arrive, qu'au moment de la survenance d'un conflit objet d'un arbitrage contre un Etat ou une de ces entités publiques, qu'on envisage souvent le fait que cette entité représentant de l'Etat invoque son incompétence à compromettre devant le Tribunal arbitral. En fondant sa position juridique, l'entité publique se justifie par le fait qu'elle n'avait pas reçu l'autorisation nécessaire pour représenter son Etat, conformément aux lois étatiques pertinentes. Autrement dit, il s'agit du cas où un Etat ou une de ses entités publiques s'engage par une convention d'arbitrage, sans y révéler son inaptitude. Plus tard, cette entité publique procède à l'invocation de son inaptitude juridique, dans le cas de manquement à certaines de ses obligations, dans le seul but d'évincer sa responsabilité et ne pas être liée à indemniser le préjudice subi.

683. – Dans ce genre de cas, les Tribunaux arbitraux recourent, normalement, au principe général de la bonne foi pour écarter l'argument susmentionné, invoqué par l'Etat. Un argument invoqué souvent pour la seule raison d'éliminer la responsabilité de l'Etat en tant qu'auteur du préjudice. Par conséquent, l'Etat devient non responsable de l'indemnisation du préjudice due vis-à-vis de son cocontractant en tant que partie lésée. Ce principe est, précisément, introduit dans la sentence arbitrale rendue sur la compétence dans l'affaire *Framatome* et autres *c/ AEOI*¹⁰⁸⁵.

684. – Dans un autre arbitrage similaire¹⁰⁸⁶, une société iranienne objectait le pouvoir de son président pour la représenter, dans le cadre d'un contrat conclu avec une société française, en prétendant que son président devait avoir une autorisation de la part du ministère iranien de l'énergie à cet égard. Le Tribunal arbitral, en l'occurrence, a refusé cet argument sur le

¹⁰⁸⁵ Sentence *CCI* n° 3896 rendue le 30 avril 1982 sur la compétence, *Framatome S.A. et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*, *JDI*, 1984, *Arbitrage et contrats d'Etat*, par Bruno Oppetit pp. 46 et s. ; *YBCA*, Vol. X 1985, p. 47.

¹⁰⁸⁶ Sentence *CCI* n° 4381/1986, *JDI*, 1986 II, pp. 1102 et s., spéc. pp. 1110-1113, obs. Y. Derains.

fondement du principe de la bonne foi dans les relations contractuelles internationales, en invoquant qu'il ne faut pas priver l'engagement contractuel de sa valeur juridique pour une défaillance d'une telle compétence. Le Tribunal a affirmé, davantage, qu'une telle défaillance de compétence ne peut pas être opposable aux tiers.

685. – La convention d'arbitrage étant un contrat, est soumise aux conditions et règles générales de validité des contrats, y compris le principe de la bonne foi. En remarquant que l'aptitude de compromettre, qui signifie de conclure une convention arbitrale, est employée aussi bien pour la clause compromissoire que pour le compromis¹⁰⁸⁷.

686. – Récemment, une résolution de l'Institut de droit international a proclamé que : « *Un Etat, une entreprise d'État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti*¹⁰⁸⁸ ».

687. – Quant à la jurisprudence arbitrale, la règle citée est considérée comme un élément de l'ordre public transnational. Dès lors, la divergence des droits étatiques en la matière peut être facilement dominée par le principe plus large de la bonne foi.

688. – Un tel principe est déjà consacré dans l'arbitrage commercial international auquel la sentence arbitrale de la CCI n° 5103, de 1988, fait référence. Cette sentence a fait recours au principe de la bonne foi pour reconnaître l'aptitude à compromettre d'une personne publique. Le Tribunal arbitral a prononcé que « *il serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit pourtant en parfaite connaissance de cause. La pratique, la*

¹⁰⁸⁷ V. aussi sur la théorie de l'apparence en droit privé et dans l'arbitrage du commerce international, Jalal El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Université de Paris I, 2003, pp. 830-838.

¹⁰⁸⁸ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 3^e éd., 2002. p. 397.

*doctrine et la jurisprudence arbitrale condamne aujourd'hui, de manière quasi-unanime, un tel comportement*¹⁰⁸⁹. »

689. – Dans le même sens, une autre affaire *CCI* n° 4381, dans laquelle le Tribunal a sanctionné une entreprise publique étrangère en raison de son invocation de l'absence de pouvoir de son directeur général, au motif de l'inexistence d'autorisation des autorités de l'Etat¹⁰⁹⁰. Aussi, il a été constaté, expressément, dans une affaire *CCI* plus récente, n° 14470/2008, qu'il s'agit d' « *une application automatique et donc irréfléchie de la règle selon laquelle un Etat, ou plus généralement, une personne morale de droit public ne saurait invoquer une disposition de son droit interne pour échapper à une convention d'arbitrage international* ». Le Tribunal a appliqué cette règle en l'espèce en tant que composante des principes de la *lex mercatoria*¹⁰⁹¹, dans le cadre d'un conflit sur un contrat de vente d'un lot de véhicules, dont le montant total du prix était fixé à 13 474 015 Livres Sterling, pour que le défendeur ne puisse pas échapper à l'examen de sa responsabilité sous l'arbitrage international.

690. – Par ailleurs, les principes *Unidroit* ont prévu une indemnisation sous forme de dommages-intérêts à l'encontre du représentant qui agit sans pouvoir, refusant de se prévaloir de son inaptitude, en disposant dans son article 2.2.5 que : « *lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement que le représentant a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté (...), le représenté ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de représentant*. ». L'article 2.2.6 met en place la sanction qui découle de ce défaut de pouvoir en disposant que le représentant doit « *payer au tiers les dommages-intérêts qui placeront ce dernier dans la situation où il serait trouvé si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou s'il n'avait pas agi au-delà de ses pouvoirs* ».

¹⁰⁸⁹ Sentence *CCI* n° 5103 de 1988, *Rec. CCI*, II, p. 361.

¹⁰⁹⁰ Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *RDAI*, 2005, *op. cit.*, p. 719.

¹⁰⁹¹ Sentence *CCI* n° 14470/2008, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), p. 954, note Eduardo Silva Romero.

2. Une position accueillante de la notion de représentation apparente adoptée par les arbitres au sein du système juridique français

691. – De façon plus concrète, le principe de l’aptitude à compromettre de l’Etat français dispose d’un caractère d’ordre public international. Donc, il s’agit d’une règle de droit français qui est aussi d’ordre public international, ce qui veut dire qu’elle évince toute autre loi étrangère différente, normalement applicable soit comme une loi du contrat, soit comme une loi définissant la compétence de l’Etat en cause, et se substitue à elle¹⁰⁹².

692. – La doctrine française a admis cette tendance à plusieurs reprises, comme l’a affirmé les professeurs Jacquet et Delebecque, en précisant que s’il est conforme aux intérêts du commerce international de considérer comme limitées à l’ordre interne les dispositions qui interdisent le recours à l’arbitrage pour les personnes publiques, la solution qui en découle ne devrait pas être limitée à l’Etat français¹⁰⁹³.

693. – La jurisprudence française considère, de même, qu’en matière d’arbitrage international, le principe, qui a prévalu à l’égard de l’Etat français, peut être considéré comme valable à l’égard de tout Etat. Ainsi, la Cour d’appel de Paris a refusé de donner effet aux dispositions restrictives de la loi iranienne, dans une affaire où une société de droit panaméen (Gatoil) soutenait, comme indiqué plus tôt, que l’interdiction qui était faite à la société iranienne de recourir à l’arbitrage avait provoqué la nullité de la clause d’arbitrage¹⁰⁹⁴. Et dans un arrêt du 24 février 1994, la Cour d’appel a retenu la même solution à l’égard d’une entreprise tunisienne, en reprenant pratiquement les termes de l’arrêt *Galakis*¹⁰⁹⁵. La même règle a été appliquée dans

¹⁰⁹² Jean-Baptiste Racine, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, Bibliothèque de droit privé, tome 309, LGDJ, 1999, p. 217.

¹⁰⁹³ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 3^e éd., 2002, *op. cit.*, p. 397.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 396 ; Paris 1^{re} com., 17 déc., 1991, Gatoil, *Rev. Arb.* 1993.281, note Synvet.

¹⁰⁹⁵ Paris 1^{re} com., 24 février 1994, *Ministère tunisien de l’équipement c. Société Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, pp. 275-289, spéc. p. 286, note Y. Gaudemet ; V. aussi Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 396.

le cadre d'un contrat conclu entre la société Koweïtienne, pour le commerce extérieur et les investissements, et une société italienne¹⁰⁹⁶.

694. – Dans un sens plus large, l'idée se cristallise dans la protection de la croyance légitime des parties. Là, il est établi que la Cour de cassation française dispose d'un pouvoir de contrôle du caractère légitime de la croyance, sachant qu'il s'agit d'un pouvoir souverain de contrôle exercé par le juge interne. Pourtant, l'appréciation de la bonne foi dans ce cadre s'établit *in abstracto* afin d'éviter que l'appréciation soit arbitraire et d'assurer une vraie application des règles de droit¹⁰⁹⁷.

B. La bonne foi durant la relation contractuelle : élément inéluctable dans l'appréciation de l'indemnisation par les arbitres

695. – La bonne foi, dans son sens le plus large, se réfère souvent au devoir général d'honnêteté et de loyauté, qui trouve son champ d'application, susceptible de générer des conséquences juridiques, autant dans la phase de la formation du contrat (1), que dans la phase de son exécution (2). En outre, le principe de la bonne foi représente une des composantes des principes généraux de droit dans le cadre des normes du commerce international. A ce propos, Lord Justice Mustel a affirmé que le contrat doit être exécuté de bonne foi « *A contract should be performed in good faith* »¹⁰⁹⁸.

696. – Ainsi le principe de la bonne foi affecte tous les processus du contrat. Fait qui est déjà affirmé par l'arbitre statuant dans l'affaire *Valencia* comme il suit¹⁰⁹⁹, « *la bonne foi doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution* ».

¹⁰⁹⁶ *Ibid* ; V. CA Paris, 13 juin 1996, *JDI* 1997, pp .151 et s., spéc. pp. 160-161, note E. Loquin, *Rev. arb.* 1997. 251, note E. Gaillard.

¹⁰⁹⁷ Chung-Wu Chen, *Apparence et représentation en droit positif français*, thèse, *op. cit.*, 1997, p. 403.

¹⁰⁹⁸ M. Philippe Khan, *Les principes généraux de droit devant les arbitres du commerce international*, *JDI*, II. 1989.

¹⁰⁹⁹ Sentence rendue en 1989 dans l'affaire *CCI* n° 5953, *JDI*, 1990, p. 1056, obs. Y. Derains.

1. La bonne foi dans la phase de la formation du contrat

697. – En fait, la bonne foi doit coexister entre les parties tout au long de la durée de la formation du contrat. Les différents systèmes juridiques étatiques reconnaissent le principe de la bonne foi dans ce cadre, mais avec des sévérités variables en la matière pour en sanctionner la violation, ce qui nous amène à aborder l'incidence du non respect dudit principe sur l'indemnisation du préjudice (a), avant d'étudier sa mise en œuvre dans l'arbitrage international, les arbitres appliquant souvent le même principe, mais plutôt en tant que règle de la *lex mercatoria*¹¹⁰⁰ (b).

a. L'incidence du non respect du principe de la bonne foi sur l'indemnisation du préjudice en droit positif

698. – **La reconnaissance du principe en droit français.** - Le droit français reconnaît le principe de la bonne foi dans la relation contractuelle, ainsi que dans la phase de la formation de contrat, autrement dite la phase précontractuelle¹¹⁰¹. En outre, le principe de la bonne foi joue un rôle majeur, puisqu'il domine toute la relation contractuelle, de sorte qu'il représente une valeur supérieure, même vis-à-vis de la liberté des parties au contrat. Or, la bonne foi constitue une limite juridique à la liberté contractuelle.

Néanmoins, le Code civil reste silencieux à cet égard, et ne dispose pas expressément le principe de la bonne foi dans la phase précontractuelle. Par contre, la jurisprudence française l'a reconnu à plusieurs reprises¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ V. par ex. la sentence rendue en 1975 dans l'affaire CCI n° 2291, *JDI*, 1976, p. 989, obs. Y. Derains.

¹¹⁰¹ V. D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, *Dr. et Patr.*, 1996, p. 44 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, *Thémis*, Paris PUF, 3^e éd., 2012, *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁰² Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1962, *Bull. civ.* I, n° 127 ; C.A. Montpellier, 2^e ch., 11 août 1999, *D.* 2001, p. 297 ; C.A. Paris, 25^e ch., 19 janvier 2001, *D.* 2001, p. 677 ; *RTD civ.*, 2001, p. 350, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. Com., 26 novembre 2003, « *arrêt Manoukian* », *GAJC*, t. II, 12^e éd., *Dalloz*, 2008, n° 142 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *D.* 2004, p. 2922, comm. E. Lamazerolles ; *JCP G*, 2004, I, 163, n° 18, obs. G. Viney ; *JCP E*, 2004, p. 738, note Ph. Stoffel-Munck ; *RDC*, 2004, p. 257, obs. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2004, p. 80, obs. B. Fages et J. Mestre.

699. – La sanction de la violation du principe de la bonne foi dans la phase précontractuelle : l’allocation de dommages-intérêts. – Pendant la période de négociation ou des pourparlers, chacune des parties a l’obligation de se comporter de bonne foi, jusqu’à l’aboutissement d’un engagement sous peine d’engager sa responsabilité. Par conséquent, la partie qui manque à cette obligation, en rompant de manière fautive ou abusive les négociations menées, peut se voir condamner à payer des dommages-intérêts à l’autre partie.

La sanction prévue dans ce cas est l’allocation des dommages-intérêts et réside dans le caractère incertain des pourparlers, vu que la conclusion du contrat n’est pas encore certaine. Ainsi, l’exécution forcée n’est pas une solution appropriée en la matière¹¹⁰³.

700. – L’objet de l’indemnisation. – La question qui se pose à ce stade est relative à la portée de l’indemnisation. Le critère de l’indemnisation porte sur toutes conséquences néfastes de la rupture fautive des négociations ou des pourparlers. Les conséquences indemnifiables sont claires quand il s’agit, par exemple, d’indemniser les frais avancés pour la conclusion du contrat, les études préalables et toutes autres dépenses effectuées pour le besoin des négociations¹¹⁰⁴. La solution n’est pas assez claire en ce qui concerne l’indemnisation de la perte d’une chance de conclure le contrat. Dans un premier temps, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l’arrêt *Sandroz*, a admis l’allocation d’indemnisation à cette fin¹¹⁰⁵. Alors que, plus tard, dans l’arrêt *Manoukian*, rendu en 2003, la Cour de cassation a refusé d’indemniser le préjudice subi à cause de la rupture abusive des pourparlers, en soutenant que cette rupture n’a pas pour effet une perte de chance de conclure le contrat. Cette position a été confirmée dans un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu par la troisième chambre civile en 2006¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008, n° 198, p. 554.

¹¹⁰⁴ Cass. Com., 26 novembre 2003, Arrêt *Manoukian*, *GAJC*, t. II, 12^e éd., *Dalloz*, 2008, n° 142 ; *JCP G*, 2004, I, 163, n° 18, obs. G. Viney ; *JCP E*, 2004, p. 738, note Ph. Stoffel-Munck.

¹¹⁰⁵ Cass. Com., 7 avril 1998, *JCP E*, 1999, p. 579, note J. Schmidt-Szalewski.

¹¹⁰⁶ Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 770 ; *JCP G*, 2007, I, p. 157 ; Pour une autre confirmation plus récente de la position juridique selon laquelle la perte d’une chance de conclure un contrat n’est pas indemnifiable dans la phase précontractuelle puisqu’elle n’est pas une conséquence de la rupture de la négociation : Cass. 3^e civ., 7 janvier 2009, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. Fages.

701. – Pour conclure, il est patent que l’indemnisation des préjudices subis, en raison du comportement de mauvaise foi, dans la phase de la formation de contrat est tout à fait admise sous forme de dommages-intérêts. Ainsi, les préjudices indemnisables sont tous ceux constitués par la conséquence de la rupture abusive des négociations par violation du principe de la bonne foi¹¹⁰⁷.

702. – La non reconnaissance du principe en droit anglais. - Le droit anglais, au contraire, ne permet pas l’application du principe de la bonne foi dans la phase précontractuelle. A ce stade de la relation contractuelle, la bonne foi ne prime pas sur la liberté contractuelle, ce qui signifie que les parties au contrat n’assument aucune obligation envers la conclusion de ce contrat. On peut invoquer, à ce stade, l’affaire *Walford c. Miles*¹¹⁰⁸ qui constate cette hypothèse.

Dès lors, la partie qui refuse la conclusion du contrat, selon le système juridique de *common law*, ne peut pas être considérée responsable vis-à-vis de son cocontractant, ce qui écarte, par la suite, toute possibilité d’indemnisation à cet égard.

b. La prise en compte de la bonne foi dans l’appréciation du préjudice par les arbitres

703. – Dans le bon sens de conclure un contrat en toute transparence, la sentence arbitrale *CIRDI*, rendue en 1983 dans l’affaire Cameroun contre *Klöckner*¹¹⁰⁹, illustre bien cette hypothèse. Le Tribunal arbitral a consacré, en l’occurrence, l’importance de l’obligation d’information¹¹¹⁰, ainsi que sa conséquence sur la responsabilité des parties au litige. Cette consécration est fondée encore sur la base du principe de la bonne foi inscrit par le droit

¹¹⁰⁷ Sandrine Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats - Essai d’analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préface Muriel Fabre-Magnan, thèse, *Collection de l’Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d’Aix-Marseille “PUAM”*, 2012, pp. 165-167.

¹¹⁰⁸ V. *Walford v. Miles*, 1992, 2 AC 128 ; Lord Steyn, « *Contract law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men* », 1997, 113 *LQR* pp. 433-442.

¹¹⁰⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, F.R. Germ. c. Société Camerounaise des Engrais (SOCAME) S.A., CIRDI*, affaire n° ARB/81/2, sentence rendue le 21 Octobre 1983. in Pieter Sanders (éd.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1985, Volume X, p. 71 ; V. Jan Paulsson, *Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c. Klöckner*, *Rev. arb.*, 1984, p. 19 ; cf. *JDI*, 1984, Vol. I-II (janvier-juin), pp. 409 et s., spéc. pp. 426-428.

¹¹¹⁰ V. aussi en ce sens, Sentence *CCI* n° 11440/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 400 et s.

camerounais, droit applicable au fond, et les arbitres ont exigé pour chaque partie "*le devoir de tout révéler à son partenaire*".

En l'espèce, le Tribunal a déclaré que "*Klöckner s'est abstenu de révéler des faits qui, s'ils avaient été connus du gouvernement, auraient pu l'amener à mettre fin à l'entreprise*". La responsabilité de *Klöckner* a donc été retenue.

704. – Il s'avère, de l'analyse de l'exemple précédent, que la mauvaise foi, en l'occurrence, engage évidemment la responsabilité de son auteur qui se retrouverait alors, soit dans une situation juridique où il doit indemniser l'autre partie des préjudices subis, soit dans une situation le privant de toutes ou certaines indemnisations dues à lui-même, à cause de sa propre contribution fautive par la violation du principe de la bonne foi, dans la phase de la formation du contrat¹¹¹¹.

705. – Dans la même logique, une autre sentence n° 5030, rendue en 1992, a relevé dans un sens plus large que « *une obligation plus générale de se comporter loyalement dans les relations contractuelles qui constitue naturellement un principe essentiel des rapports économiques internationaux* ». Les arbitres, en l'espèce, en soutenant fortement l'exigence de l'obligation de loyauté, restent toujours exigeants par rapport au respect de l'obligation d'information qui en découle¹¹¹².

2. La bonne foi dans la phase de l'exécution du contrat

706. – En adoptant le même sens d'analyse, on mettra la lumière sur l'incidence du non respect du principe sur l'indemnisation du préjudice en droit français (a), avant d'étudier sa mise en œuvre par les arbitres (b).

¹¹¹¹ V. sur les incidents d'indemnisation dans ce cas, la sentence *CCI* n° 13184, *YBCA* 2011, Vol. XXXVI, pp. 110 et s.

¹¹¹² Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *RDAI*, 2005, *op. cit.*, p. 717.

a. L'incidence du non respect du principe de la bonne foi sur l'indemnisation du préjudice en droit positif

707. – La reconnaissance du principe en droit français. – Le Code civil français dispose dans son article 1134 que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ... Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». L'article précité ne précise pas que l'obligation de bonne foi, en l'occurrence, est mise à la charge de l'un ou l'autre des contractants. Or, toutes les parties du contrat ont l'obligation de faire preuve de l'exécution dudit principe de bonne foi.

708. – A contrario, le débiteur ne doit pas exécuter son contrat d'une mauvaise foi. Sinon, il commettrait une faute contractuelle, sous peine de sanction. Ici, on se pose la question sur la nature de la faute qui traduirait une mauvaise foi de la part du débiteur. En fait, la mauvaise foi réside dans le fait de manquer sciemment et volontairement à ses obligations contractuelles. Dans ce cas, il s'agit donc d'une faute dolosive, mettant en cause la responsabilité de son auteur, qui se traduit en une déloyauté manifeste quant à l'exécution du contrat¹¹¹³.

En effet, la mauvaise foi engendre une responsabilité plus élargie à l'égard de la partie commettant la faute, ce qui a, certes, des conséquences directes sur l'indemnisation due. L'article 1150 du Code civil en fait preuve en sanctionnant ce genre de faute, même dans le cas d'un préjudice imprévisible, contrairement à la règle de principe selon laquelle on ne peut qu'indemniser le préjudice prévisible. L'article 1150 dispose que : « *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* ». Donc, les dispositions de l'article précité font exception à la non indemnisation des préjudices imprévisibles, dans le cas de l'inexécution volontaire du contrat. En outre, la mauvaise foi, base d'une faute contractuelle commise, ne permet plus au débiteur de se prévaloir des clauses contractuelles limitant ou exonérant la responsabilité¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Sandrine Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, "PUAM", 2012, *op. cit.*, para. 47, p. 63.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, para. 48, p. 64.

Afin d'aller au bout de cette analyse, il est important de relever que l'article 1147 du Code civil sanctionne l'inexécution du contrat par l'allocation des dommages-intérêts, sauf dans le cas d'une cause étrangère ou l'inexistence d'une mauvaise foi¹¹¹⁵. Alors que l'article 1382 du même Code réprime tout fait quelconque qui cause dommage à autrui, en exigeant de le réparer.

709. – La sanction de la violation du principe de la bonne foi dans l'exécution du contrat. – Comme déjà illustré, l'exécution du contrat doit être effectuée de bonne foi. Or, une rupture brutale amenée par une partie au contrat s'oppose au principe de la bonne foi, en engageant la responsabilité de cette partie. Une fois qu'une telle responsabilité est établie, l'autre partie ne bénéficiant plus des avantages dudit contrat, aura droit, certes, à être indemnisée. En principe, l'allocation de l'indemnisation s'effectue sous forme de dommages-intérêts, même si rien n'interdit, dans certains cas, de décider du maintien forcé du contrat¹¹¹⁶.

710. – L'objet de l'indemnisation. – Dans le cas de la rupture abusive du contrat, l'indemnisation couvre les dépenses effectuées par la partie poursuivant le contrat de bonne foi en ayant une confiance légitime à l'égard de son cocontractant, la difficulté qu'envisage cette première partie en raison de la rupture abusive et inattendue du contrat, ainsi que toute perte subie par cette partie dans le cadre de l'exécution dudit contrat. Pourtant, il n'existe pas de liste exhaustive concernant les préjudices indemnisables dans le cadre de l'exécution du contrat, sauf que l'objet principal de l'indemnisation reste la violation du principe de la bonne foi, plus concrètement la violation de la confiance légitime que la partie, agissant de bonne foi, a vis-à-vis de son cocontractant¹¹¹⁷.

¹¹¹⁵ L'article 1147 du Code civil dispose que “ *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* ”

¹¹¹⁶ Sandrine Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, “PUAM”, 2012, *op. cit.*, pp. 167-168.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 168-169.

711. – Conclusion. – Il est avéré que le droit français traite de la notion de la bonne foi, en tant que règle générale de bonne conduite, et non seulement comme une obligation contractuelle. On peut en déduire alors l'existence d'un champ d'application large dudit principe qui permet d'aller jusqu'à moraliser le rapport juridique entre les parties, sous peine d'allocation des indemnisations.

Le principe de la bonne foi trouve sa place aussi dans le cadre du contrat international. La mise en œuvre dudit principe est encore indubitable, notamment avec la naissance de l'idée d'un droit contractuel international dans les années soixante. Dès lors, l'application du principe de la bonne foi s'est établie en tant que composante de la *lex mercatoria* dans le cadre de droit du commerce international¹¹¹⁸.

Dès lors, les arbitres ont souvent recours à l'appréciation de la bonne foi en tant que règle autonome de la *lex mercatoria* dans les litiges arbitraux, même s'il s'agit déjà d'un droit national applicable au fond.

b. La prise en compte de la bonne foi dans l'appréciation du préjudice par les arbitres

712. – La mise en jeu du principe de la bonne foi par les arbitres revêt toujours un caractère général, qui se traduit par l'exigence de la bonne conduite des parties¹¹¹⁹. Autrement dit, les arbitres exigent l'existence d'un comportement loyal et honnête de chacune des parties au contrat, sur lequel l'autre cocontractant peut s'appuyer en établissant ses attentes légitimes. Il est patent que la bonne foi joue même un rôle plus important dans la phase de l'exécution du contrat dans le cadre d'une affaire arbitrale.

713. – Dès lors, la mise en place du principe général de bonne foi a fait apparaître encore d'autres obligations sous-entendues qui en découlent. D'une part, une obligation de coopération est de plus en plus exigée en vue de l'exécution d'un contrat. D'autre part, une obligation

¹¹¹⁸ Yves Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, LGDJ, EJA, 1989, pp. 216-217, para. 195.

¹¹¹⁹ V. par ex., la sentence CCI n° 13009, YBCA 2011, Vol. XXXVI, *op. cit.*, p. 85.

d'information s'impose souvent¹¹²⁰, particulièrement au prestataire d'un service. En ce sens, on peut citer un arrêt récent de la Cour de cassation française, rendu le 2 octobre 2013, qui a invoqué ce devoir d'information. Le manquement à un tel devoir est considéré ainsi comme un objet d'indemnisation¹¹²¹.

714. – En ce qui concerne le devoir de coopération et d'information entre les parties aux contrats, on constate plusieurs sentences qui ont bien illustré l'existence d'un tel devoir¹¹²². On peut citer, par exemple, une sentence *CCI* rendue en 1985 qui a décidé que¹¹²³ :

« Il est opportun d'établir que parallèlement aux dispositions légales des différents droits nationaux existent dans le domaine spécifique du commerce international, des usages et principes de coopération qui s'imposent à tous les opérateurs économiques du commerce international;

Les parties à un contrat ont le devoir implicite de coordonner leurs efforts pour une coopération et exécution ponctuelle de leurs obligations ; ainsi se multiplient les obligations d'informer, de renseigner, d'assister et de se concerter ».

715. – Rappelons, à ce stade, qu'il est toujours judicieux de prendre en compte l'obligation d'information, tant dans la phase précontractuelle, comme déjà illustré, que dans la phase de l'exécution du contrat. Une telle obligation est censée avoir un impact sur le consentement de l'autre partie au contrat, fait qui permet à cette dernière de réclamer des indemnités à cause des conséquences néfastes résultant de ce fait qui serait proche d'un dol¹¹²⁴.

¹¹²⁰ V. par ex. l'obligation d'information imposée au donneur d'ordres dans le cadre du contrat type de commission de transport, Philippe Delebecque, *Le contrat type de commission de transport*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 31, 2013, p. 1.

¹¹²¹ Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2013, n° 12-20.504, P+B, *RLDC*, décembre 2013, Act. 5308, pp. 25-26.

¹¹²² Sur le devoir de coopération, v. notamment Morin, *Le devoir de coopération dans les contrats internationaux*, *Droit et pratique du commerce international*, 1980, p. 9 ; S. Jarvin, *L'obligation de coopérer de bonne foi*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale : séminaire de 7 et 8 avril 1986*, Paris : *CCI* n° 440/1, 1986, pp. 157 et s.

¹¹²³ Sentence arbitrale rendue en 1985 par trois arbitres siégeant à Paris, non publiée. P. Mayer, *Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international*, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. *Elbing et Lichtenhahn*, 1993, p. 547.

¹¹²⁴ V. en ce sens, la sentence *CCI* n° 12502, *YBCA* 2009, Vol. XXXIV, pp. 180 et s.

716. – Une fois que les contractants se mettent à exécuter le contrat conclu, le principe de la bonne foi régit toujours leur rapport contractuel, en faisant naître une obligation de coopération sur la base du concept, plus général, de loyauté. En affirmant cette hypothèse, il est important de citer les sentences n° 5953 rendue en 1989 et n° 8365 rendue en 1996. Dans cette dernière, le Tribunal a fait mention des règles de la *lex mercatoria* par rapport à l'exigence de leur application dans le cadre de l'exécution du contrat de bonne foi¹¹²⁵.

717. – Afin d'établir la responsabilité civile suivie, évidemment, d'une indemnisation, il est important de mentionner le fait de ne pas abuser de son droit dans le cadre de l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat. Le Tribunal arbitral, dans l'affaire n° 2291, dont la sentence a été rendue en 1975, a relevé, dans le cadre de la même obligation de coopération, le fait que chacune des parties a l'obligation de ne pas nuire à l'autre. Cela signifie que, même si une des parties était en train d'exercer son droit, elle ne doit pas en abuser au détriment des intérêts de l'autre partie. Les arbitres restent souvent vigilants par rapport à cette situation en exigeant que l'exercice du droit soit en cohérence avec les usages, notamment en cas de rupture abusive du contrat¹¹²⁶.

718. – Conclusion. - L'on peut conclure en admettant que la bonne foi est un principe primordial, tant lors la formation que pendant l'exécution du contrat. Toutefois, la bonne foi ne peut pas être une cause d'atténuation de responsabilité, une fois que le débiteur commet une faute causant des préjudices à son cocontractant. Pourtant, la bonne foi n'aura pas d'influence sur l'indemnisation du préjudice dans le cas d'une faute établie à l'encontre du débiteur.

¹¹²⁵ Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI, 2005, *op. cit.*, p. 717.

¹¹²⁶ *Ibid.*, p. 718.

PARAGRAPHE II. LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI EN TANT QUE COMPOSANTE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DANS UNE APPROCHE ARBITRALE

719. – Il est parfaitement admis, comme on l'a relevé, que les arbitres appliquent le principe de la bonne foi en tant que principe général de droit qui ne relève pas forcément du droit applicable au litige. Autrement dit, en tant que règle matérielle transnationale non étatique.

720. – Or, il sera important de traiter d'abord la consécration du principe de la bonne foi en tant que composante de l'ordre public international (A) avant d'aborder la mise en jeu dudit principe par les arbitres internationaux (B).

A. La consécration du principe de la bonne foi en tant que composante de l'ordre public international

721. – Il est utile d'envisager d'abord le fait de la consécration du principe de la bonne foi tant dans la jurisprudence française (1), que dans les instruments internationaux (2).

1. La consécration dans la jurisprudence française

722. – La mise en œuvre du principe de la bonne foi par le juge français s'articule autour du fait que ledit principe représente une des normes du commerce international qui s'applique en matière contractuelle. En outre, dans le cadre des recours exercés contre les sentences arbitrales en France, le juge interne prend en considération le principe de la bonne foi pour l'appliquer en tant que principe d'ordre public international.

723. – D'ailleurs, la jurisprudence française a reconnu et confié à l'arbitrage international l'assurance du respect de l'ordre public international, dont le principe de la bonne foi fait partie.

724. – On peut citer, dans ce sens, l’arrêt *Norsolor*¹¹²⁷ qui a approuvé les arbitres qui « ont retenu, au titre des principes généraux des obligations applicables dans le commerce international, la bonne foi qui doit présider à la formation et à l’exécution des contrats ». Dans la même logique, l’arrêt *Ganz* a pu relever que¹¹²⁸ « en matière internationale, l’arbitre dispose du pouvoir d’appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public international (...) et qu’il a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doivent présider aux relations entre partenaires du commerce international ».

725. – Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation française¹¹²⁹, elle a dû répondre à la question de savoir si les arbitres pouvaient appliquer un texte dans le droit français qui relève de la loi de police. En l’espèce, il s’agissait de l’article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce¹¹³⁰ qui sanctionne le fait de « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale ».

726. – Dans le même sens, la Cour d’appel de Paris a rendu une décision, le 29 mars 1991, en évoquant que : « Dès lors, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, en ce qu’elle intéresse au plus près l’ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d’arbitrage, l’arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l’ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international, en particulier l’imputation de fraude ou de spoliation¹¹³¹ ».

727. – Il faut préciser d’ailleurs que la sanction de la violation de la bonne foi doit être appliquée dans le cadre du respect des autres règles du droit. La Cour d’appel de Paris avait une contribution précieuse dans ce sens à l’occasion d’une action en annulation de deux sentences arbitrales qui ont statué sur des espèces similaires, issues de la même opération contractuelle

¹¹²⁷ TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*, *RDAL*, 2005, p. 715.

¹¹²⁸ V. Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *RDAL*, *op. cit.*, p. 715.

¹¹²⁹ Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2010, n° 09-67.013, P+B+I, *Sté Doga c. Sté HTC Sweden AB*, *JCP E*, n° 29, 22 juillet 2010, *Act. 406 Rupture brutale de relations commerciales et arbitrage international* ; V. aussi X. Delpéch, *Clause compromissoire : rupture d’une relation commerciale établie*, *Rec. Dalloz*, 29 juillet 2010, n° 28, *Act. 1797*.

¹¹³⁰ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (*NRE*), art. 56.

¹¹³¹ Paris, 29 mai 1991, *Ganz*, *Rev. arb.*, 1991.478, note L. Idot.

tripartite. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris, dans sa décision rendue le 11 février 2010, a annulé partiellement les deux sentences “ en retenant l'existence d'un préjudice fondé sur l'insuffisance de bonne foi de la société Le Castel ”, alors que la créance déclarée avait pour cause la “ rupture fautive ” ou le “ non respect ” du contrat, “le Tribunal arbitral a violé la règle d'ordre public de l'extinction des créances non déclarées”¹¹³². Par conséquent, la Cour, en l'occurrence, a rendu une décision d'annulation partielle de la sentence arbitrale attaquée, pour ce qui concerne la partie des dommages-intérêts d'une somme de 200 000 euros alloués à cet égard. Dès lors, les autres dommages-intérêts, accordés en l'espèce pour insuffisance de bonne foi du défendeur, sont restés inchangés et ont été fixés par le Tribunal à 68 801,87 euros. Il est important de noter, ici, que le Tribunal a refusé de considérer la rupture contractuelle comme fautive. Cependant, selon le Tribunal « à l'aune de l'équité, le rejet pur et simple de ces demandes aurait emporté des conséquences excessives eu égard à l'insuffisance de bonne foi de la société le Castel dans ses relations avec Podium et CSF ».

2. La consécration dans les instruments internationaux

728. – La codification par les instruments européens. - Les instruments européens, comme en droit français, ont reconnu l'exigence de la bonne foi, tant durant la phase précontractuelle que durant la phase contractuelle. Dans le même sens juridique, la bonne foi constitue ainsi toujours une limite à la liberté contractuelle¹¹³³.

729. – Or, la liberté contractuelle est toujours garantie, mais le principe de la bonne foi est pris en compte. Cette notion est consacrée aux Principes du droit européen du contrat dans son article 2 :301 (1). Elle est aussi consacrée dans le projet de Cadre commun de référence dans son article II-3 :301 (1) en disposant que « *les parties sont libres de négocier et ne peuvent*

¹¹³² Cour d'appel de Paris (Pôle 1 - Ch. 1), 11 février 2010, *Rev. arb.*, Vol. 2010, Issue 4, pp. 827–843, spéc. pp. 833-834, note Denis Mouralis.

¹¹³³ D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, *Dr. et Patr.*, 1996, *op. cit.*, p. 44.

encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord ». Pourtant, la bonne foi représente une limite juridique à l'égard de cette liberté contractuelle.¹¹³⁴

730. – La codification par la CVIM. – Il est constaté que le principe de la bonne foi est considéré en tant que règle matérielle internationale non étatique. La Convention des Nations Unies, sur les contrats de vente internationale de marchandises « CVIM », a codifié ledit principe, ce qui a édifié ce principe en norme matérielle liant les Etats signataires de ladite Convention¹¹³⁵. L'article 7-1 de la Convention dispose, à ce propos, que « *pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international* ».

731. – La codification par les principes d'Unidroit. – Les principes d'Unidroit n'ont pas manqué de codifier le principe de la bonne foi, tel que son article 1.7 qui dispose que : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». Par ailleurs, afin de confirmer fermement le refus de tout comportement incohérent avec la bonne foi, l'article 1.8 vient consacrer, pour sa part, le principe d'interdiction de se contredire, autrement dit le principe d' "estoppel", en disposant que « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ».

¹¹³⁴ Sandrine Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats - Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préface Muriel Fabre-Magnan, thèse, *Collection de l'Institut de Droit des affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille "PUAM"*, 2012, *op. cit.*, pp. 46-48.

¹¹³⁵ Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *RDAl*, 2005, *op. cit.*, p. 711 s.

B. La mise en jeu du principe de la bonne foi par les arbitres en tant que composante de l'ordre public international dans le cadre de l'indemnisation du préjudice

732. – Les arbitres internationaux font souvent référence au principe de la bonne foi, en élargissant son domaine d'application, et en le rattachant aux règles de la *lex mercatoria* en tant que principe transnational. Le professeur P. Mayer a constaté que la jurisprudence arbitrale a reconnu le principe de bonne foi en tant que principe fondamental de droit des contrats ainsi que composante de la *lex mercatoria*¹¹³⁶.

733. – Dès lors, le concept de « bonne foi », en tant que règle de la *lex mercatoria*, est toujours pris en compte par les arbitres internationaux, en ayant des effets sur l'établissement de la responsabilité, ainsi que sur l'indemnisation du préjudice qui en découle, tant dans l'arbitrage commercial de la CCI (1), que dans l'arbitrage d'investissement du CIRDI (2).

1. La mise en application du principe dans l'arbitrage commercial (CCI)

734. – **Une définition large du principe de bonne foi.** – la sentence *Norsolor* précitée a adopté une interprétation large du principe de la bonne foi, en relevant que¹¹³⁷ « *L'un des principes qui inspire cette dernière (la lex mercatoria internationalis) est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats. L'accent mis sur la bonne foi contractuelle est d'ailleurs l'une des tendances dominantes qui révèle la convergence des législations nationales en la matière (...). Or, la bonne foi exprime non seulement un état psychologique, la connaissance ou l'ignorance d'un fait, mais aussi une référence aux usages, à une règle morale de comportement (...). Elle traduit alors une exigence de comportement qui peut être rapprochée du principe général de responsabilité* ».

¹¹³⁶ M. Yves Derains, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, JDI, 4. 1993.

¹¹³⁷ V. Guy Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI, *op. cit.*, p. 715.

735. – Une autre affaire arbitrale, n° 5953, a pu relever un rapport fort entre la bonne foi et la règle de la *lex mercatoria* en invoquant que¹¹³⁸ : « *parmi ces principes, le plus général est sans doute celui de la bonne foi. Cette exigence fondamentale de bonne foi se trouve dans les systèmes de droit qu'il s'agisse des droits nationaux ou du droit international. Elle est bien l'essence de la lex mercatoria* ».

736. – **La mise en application du principe en tant qu'une règle de la *lex mercatoria*.** – Il est affirmé, depuis des années, dans l'arbitrage *CCI*, que le principe de la bonne foi est rattaché à la règle de la responsabilité pour faute. En ce sens, on mentionnera encore la sentence qui, évidemment, traite de la responsabilité contractuelle dont la généralité des termes permet de transposer l'hypothèse à la responsabilité délictuelle. C'est le cas de la célèbre sentence *Norsolor*¹¹³⁹, dans laquelle le tribunal a choisi d'appliquer la *lex mercatoria* au lieu du droit étatique, ce qui a engendré une vive bataille juridique en France et en Autriche¹¹⁴⁰.

En l'espèce, le Tribunal a décidé ce qui suit : « Conformément au principe de bonne foi qui inspire la *lex mercatoria* internationale, le Tribunal a recherché si, dans la présente espèce, la rupture du mandat était imputable au comportement de l'une des parties et si elle avait causé à l'autre un préjudice qui serait ainsi injustifié et dont l'équité imposerait alors qu'il soit réparé ».

737. – De ce qui précède, on a tenté de prouver la consécration du principe de bonne foi dans l'arbitrage commercial *CCI* en tant que composante de l'ordre public international, et non simplement en tant que règle inscrite dans un droit étatique applicable au fond dans une affaire arbitrale¹¹⁴¹, dont sa violation est susceptible d'engager la responsabilité civile ainsi qu'une indemnisation des préjudices qui en découlent.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 716.

¹¹³⁹ Sentence rendue en 1979 dans l'affaire *CCI* n° 3131, *JDI*, 1981, p. 920, obs. Y. Derains ; *Rev. Arb.*, 1983, p. 530 ; *YBCA*, 1984, p. 109.

¹¹⁴⁰ Sur ce contentieux, v. B. Goldman, *Une bataille juridique autour de la lex mercatoria: l'affaire Norsolor*, *Rev. Arb.*, 1983, p. 379.

¹¹⁴¹ Cf. La sentence n° 12045/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 748-750, note S. Jarvin et C. Truong-Nguyen.

2. La mise en application du principe dans l'arbitrage d'investissements (CIRDI)

738. – Dans l'arbitrage *CIRDI*, on trouve aussi que la notion de la bonne foi est bien établie et incorporée en tant que principe bien reconnu de droit international. Dès lors, l'investissement doit être mené d'abord de bonne foi de la part de l'investisseur étranger, à défaut de laquelle une indemnisation de préjudice ne serait jamais garantie en cas de litige intenté par ce dernier.

739. – Dans l'affaire *Inceysa*, le Tribunal arbitral a constaté que le principe de bonne foi est considéré comme un principe général qui doit gouverner tout le rapport contractuel¹¹⁴². Cela signifie que toute mauvaise foi, dans l'exécution du contrat, sera susceptible d'être sanctionnée. Dès lors, il apparaît que le Tribunal traite ainsi la violation du principe de la bonne foi comme une faute lourde ou dolosive. Ceci nous donne l'impression que la bonne foi ne constitue pas un simple devoir moral que les parties sont invitées à respecter, mais plutôt une obligation qui gère leur rapport juridique tout entier, sous peine de l'engagement de la responsabilité de la partie qui la viole.

En l'espèce, le Tribunal a relevé que *Inceysa* a présenté de fausses informations financières dans le cadre de sa soumission pour participer à l'appel d'offre. De plus, *Inceysa* a présenté de fausses représentations au cours du processus d'appel d'offres concernant l'expérience et les capacités nécessaires pour se conformer aux termes du contrat, particulièrement en ce qui concerne son statut en tant que partenaire stratégique prétendu. La société *Inceysa a* falsifié les documents par lesquels elle a cherché à prouver le professionnalisme de l'un de ses actionnaires afin de prouver son aptitude à la bonne performance du projet dans le but d'acquiescer l'offre. *Inceysa* a aussi dissimulé des informations importantes concernant le fait qu'elle a toujours une relation avec une autre société, ce qui constitue une violation expresse des règles fondamentales de l'offre¹¹⁴³. Donc, en falsifiant les faits comme déjà démontré, *Inceysa* a violé le principe de la

¹¹⁴² *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la République d'El Salvador, CIRDI*, affaire N° ARB/03/26, sentence rendue le 2 août 2006, publiée sur le site officiel de *Investment Treaty Arbitration "ITA"* et le site officiel de l'Université de Yale – *Yale Law School*, para. 230.

¹¹⁴³ *Ibid.*, para. 236.

bonne foi à partir du moment où elle a effectué son investissement, et par conséquent, elle ne s'est pas mise en conformité avec la loi salvadorienne en l'occurrence. Face à cette situation, son investissement ne peut pas bénéficier de la protection prévue dans le Traité bilatéral d'investissement, base du présent litige, comme établi par les parties pendant les négociations et l'exécution du contrat¹¹⁴⁴. De ce fait, la demanderesse, même si elle avait droit à réparation, n'a pas eu gain de cause au motif de sa violation du principe de la bonne foi.

740. – Dans une autre affaire *CIRDI*, celle de *Phoenix*¹¹⁴⁵, dans laquelle la sentence arbitrale a été rendue le 15 avril 2009, le Tribunal a refusé toute indemnisation pour la société demanderesse sur la base de sa violation du principe de la bonne foi. Le Tribunal arbitral a fait référence, dans le paragraphe 108 de sa sentence, à l'affaire *Amco Asia Corporation*¹¹⁴⁶ pour souligner que les conventions internationales, accordant une protection aux investisseurs étrangers par voie d'arbitrage, doivent être appliquées de bonne foi. C'est-à-dire, comme déjà indiqué, que la partie demanderesse au litige (l'investisseur dans le cas en l'espèce) doit remplir d'abord l'obligation d'agir et de mener son investissement avec l'autre partie de bonne foi afin de pouvoir bénéficier des conséquences de leurs engagements, parmi lesquelles, dans le cas échéant, son droit à une indemnisation.

Le Tribunal a énoncé en l'espèce que les États ne peuvent pas être considérés comme offrant l'accès au mécanisme de règlement des différends du *CIRDI* pour des investissements non réalisés de bonne foi. La protection de l'arbitrage d'investissement international ne peut être accordée, si une telle protection irait à l'encontre des principes généraux du droit international, parmi lesquels le principe de la bonne foi¹¹⁴⁷. Par conséquent, le Tribunal s'est déclaré incompétent pour traiter le litige en l'espèce.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 239.

¹¹⁴⁵ *Phoenix action Ltd c. la République tchèque, CIRDI*, affaire n° ARB/06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, publiée au site officiel du *CIRDI*.

¹¹⁴⁶ *Amco Asia Corporation c. l'Indonésie, CIRDI*, affaire n° ARB/1/81, sentence rendue le 25 septembre 1983, *YBCA*, 1985, pp. 61 et s.

¹¹⁴⁷ *Phoenix action Ltd c. la République tchèque, CIRDI*, affaire n° ARB/06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, publiée au site officiel du *CIRDI*, *op. cit.*, para. 106.

741. – De l’analyse précédente, on peut déduire que le concept d'un «investissement» dans l’arbitrage *CIRDI* est basé principalement sur un investissement en toute bonne foi. Au sens plus général, le concept de bonne foi est censé dominer le droit international, la Convention du *CIRDI*, les Traités bilatéraux internationaux, tout contrat, et même toute réclamation faite par rapport à un contrat.

742. – Par ailleurs, dans l'affaire *Phoenix*, conformément à l'article 25 de la Convention du *CIRDI*, le Tribunal a annoncé six conditions nécessaires pour se déclarer compétent, fondées sur la présence d'un «investissement» et le «consentement» de l'Etat.

Pour résumer toutes les exigences requises pour un investissement pour pouvoir bénéficier de la protection internationale du *CIRDI*, le Tribunal estime que les six éléments suivants doivent être pris en compte¹¹⁴⁸ :

- 1 - une contribution en argent ou autres actifs ;
- 2 - une certaine durée ;
- 3 - un élément de risque ;
- 4 - une opération faite en vue de développer une activité économique dans l'État hôte ;
- 5 - les actifs investis en conformité avec les lois de l'État hôte ;
- 6 - les actifs investis de bonne foi.

743. – Le Tribunal arbitral, dans l’affaire *Phoenix*, a utilisé ce test pour déterminer si, conformément à l'article 25 de la Convention du *CIRDI*, la demande déposée en l’espèce portait sur un sujet d’investissement que les parties avaient consenti d’après le Traité bilatéral d’investissement applicable. Comme discuté ci-dessus, l’investissement, dans l’affaire *Phoenix*, a été fait dans le but exprès de tirer avantage de la Convention du *CIRDI*, et non pas de bonne foi. Le Tribunal a conclu qu'un tel investissement n'était pas le type d'investissement auquel l'État avait consenti aux termes de l'article 25 de la Convention du *CIRDI*. En conséquence, le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas compétence sur les réclamations présentées par la société *Phoenix*.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, para. 114.

744. – Il apparaît, à ce stade, qu’à partir de ces six critères susmentionnés (qui étaient au nombre de quatre à la base, avant cette sentence), on peut affirmer, évidemment, que le Tribunal s’est référé aux principes généraux du droit international pour préciser que la protection accordée aux investissements par le biais de l’arbitrage *CIRDI* ne saurait profiter qu’aux opérations conformes au droit de l’Etat hôte (le cinquième critère) et réalisées de bonne foi (sixième critère).

745. – A cela, il s’avère que la bonne foi prime sur tout le rapport juridique dans l’arbitrage d’investissement, de sorte à ce que la violation dudit principe prive l’investisseur, s’il en avait droit, de toute indemnisation. La solution reste identique dans les autres types d’arbitrages internationaux en raison, notamment, du caractère transnational du principe de la bonne foi.

SECTION II. L’INCIDENCE DE LA FRAUDE SUR L’INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L’ARBITRAGE INTERNATIONAL

746. – En fait, pour constater une fraude il faut nécessairement établir la base juridique sur laquelle la fraude doit être invoquée. Les deux éléments ne se dissocient pas en vue d’établir les effets juridiques découlant de la fraude. Des effets qui s’appliquent sur la responsabilité des parties au litige, et qui s’étendent à l’appréciation de l’indemnisation du préjudice.

747. – De ce fait, avant d’étudier l’effet juridique de la fraude (Paragraphe II), il est important d’exposer la détermination de la fraude par les arbitres par rapport à la loi applicable (Paragraphe I).

PARAGRAPHE I. LA DETERMINATION DE LA FRAUDE PAR LES ARBITRES PAR RAPPORT A LA LOI APPLICABLE

748. – En premier lieu, on met la lumière sur la constatation de la fraude par les arbitres. Une constatation qui aura, certes, des conséquences en matière d'indemnisation de préjudice allouée, voire sur la mise en cause de l'indemnisation (A). En second lieu, on envisagera le fait que la constatation de la fraude par les arbitres n'est pas toujours évidente, en exposant certains aspects d'indulgence dans la constatation de la fraude (B).

A. La constatation de la fraude par les arbitres : la mise en cause de l'indemnisation

749. – Dans la pratique arbitrale, et notamment dans l'arbitrage d'investissement, une fraude à la loi applicable dans le cadre d'un litige arbitral revêt souvent une interprétation large (1). Par conséquent, une telle fraude, selon les arbitres, constitue une limite à la protection juridique prévue, ainsi que sur l'indemnisation due. Ce qui remet en cause, d'une manière préliminaire, la compétence du Tribunal arbitral. Or, le refus de l'indemnisation pour fraude contre la loi interne applicable en relevant l'incompétence, constitue-t-il une sentence sans perdant ou une sorte de condamnation ? (2). La réponse à cette question nous permet d'encadrer, au moins théoriquement, la réflexion juridique sur l'indemnisation du préjudice réclamée.

1. Une interprétation large de la fraude par rapport à la loi applicable

750. – Le sujet de la fraude à la loi se présente, plus clairement, dans l'arbitrage d'investissement dans le cas où l'investisseur effectue son investissement par violation de la loi interne applicable de l'Etat hôte, en recourant tout même, à l'arbitrage afin de se voir indemnisé de la perte subie dans son investissement par les effets des actes entrepris par l'Etat contractant¹¹⁴⁹. En illustrant ce fait, on cite la teneur des énoncés généraux en la matière déclarés

¹¹⁴⁹ V. sur la définition de la fraude à la loi en droit international privé, Daniel de Andrade Levy, *L'abus de l'ordre juridique arbitral : contributions de la doctrine de l'abus de droit à l'arbitrage international*, thèse, Christian Larroumet (dir.), Paris 2, 2013, p. 450.

dans l'affaire *CIRDI* opposant la Société *Asian Agriculture Product Ltd.* contre l'Etat du Sri Lanka. La sentence rendue par le Tribunal en l'espèce a pu relever le fait que le Traité bilatéral d'investissement n'est pas un système juridique autonome fermé limité à prévoir des règles matérielles de fond de l'applicabilité directe. Il est possible de faire référence aux sources supplémentaires, parmi les règles du droit international ou du droit interne, conformément aux articles 3 et 4 du *TBI* applicable¹¹⁵⁰. Ce qui explique l'exigence de la prise en compte de l'effet de la fraude, en tant que principe reconnu en droit international, même si le traité ne le dispose pas expressément. Une illustration de la fraude dans ce contexte sera utile, en exposant la manière avec laquelle la pratique arbitrale l'a traité.

751. – Une interprétation large de la fraude à une loi interne, pour pouvoir la sanctionner au titre du droit international, peut être soulevée dans la sentence *Inceysa* précitée, rendue en 2006. En 2003, *Inceysa Vallisoletana S.L.*, une compagnie de droit espagnol, a présenté une demande d'arbitrage auprès du *CIRDI* contre la République d'El Salvador, afin d'avoir réparation en vertu de la rupture de son contrat par l'Etat contractant, en réclamant une indemnisation des préjudices subis, comme entendu entre les parties, d'un montant de 107 532 329 dollars américains, plus une compensation du préjudice causé à son capital, déjà prévu pour l'investissement objet de l'expropriation prétendue, d'un montant de 15 000 000 de dollars américains, en sus des intérêts moratoires¹¹⁵¹. Ainsi, *Inceysa* a basé sa demande sur le fait d'avoir été expropriée de son investissement, et la résiliation fautive de son contrat par l'Etat contractant.

Rappelons que le Tribunal, en l'occurrence, a rejeté nettement toutes les demandes de l'investisseur ou la partie demanderesse (*Inceysa*). L'origine juridique qui a amené le Tribunal à rendre une telle décision réside dans le fait qu'il a pu constater que la société *Inceysa* pratiquait la fraude systématique pour obtenir le contrat d'exploitation de stations d'inspection des

¹¹⁵⁰ Société *Asian Agriculture Product Ltd. (A.A.P.L.) c. Sri Lanka, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990, publiée au site officiel de *ITA*, para. 24.

¹¹⁵¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la République d'El Salvador, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/03/26, sentence rendue le 2 août 2006, para. 44.

véhicules, avec la République d'El Salvador. Les actes frauduleux constatés ont représenté, d'après le Tribunal, une violation des lois de l'Etat hôte¹¹⁵².

En somme, dans l'affaire *Inceysa*, le Tribunal a analysé la relation entre la compétence, l'ordre public international et les investissements frauduleux, et a estimé que, s'il se considère compétent pour statuer sur le différend qui lui avait été porté, il serait amené à reconnaître les droits de l'investisseur établis dans le cadre du *TBI* pour ce qui concerne les investissements réalisés en conformité avec la loi du pays d'accueil. Il n'est pas possible de reconnaître l'existence de droits résultant d'actes illégaux, car cela violerait le respect de la loi qui est un principe d'ordre public international¹¹⁵³.

752. – L'incidence de la constatation de la fraude sur la compétence du Tribunal arbitral. – En fait, vu que le Tribunal a constaté les actes frauduleux, qui ont été de nature à violer les lois de l'Etat contractant, il s'est déclaré incompétent pour statuer sur le présent litige. Or, le fait principal qui a amené le Tribunal à prendre cette position est que *Inceysa* n'a pas entrepris ses investissements conformément aux lois internes d'El Salvador.

753. – Une controverse qui s'est déroulée en l'espèce sur le fait de la compétence du Tribunal de traiter le litige. La question, qui se pose à ce stade, est de savoir si l'investissement non conforme avec les lois de l'Etat hôte doit être exclu sur la base du *TBI* en vigueur. Le Traité bilatéral, en l'espèce, ne contient pas de réponse positive expresse à cet égard. C'est pourquoi la partie demanderesse a invoqué le fait qu'il s'agissait d'une question de fond et non pas de forme pour aborder la matière de la compétence. Afin de réfuter cet argument, le Tribunal s'est prévalu de la volonté des parties signataires du *TBI*, en soutenant que leurs consentements à recourir à l'arbitrage *CIRDI* ne concernaient que les investissements effectués en conformité avec le droit interne applicable¹¹⁵⁴.

¹¹⁵² Julien Fouret et Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions CIRDI (2002-2007)*, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 436.

¹¹⁵³ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la République d'El Salvador*, CIRDI, affaire précitée n° ARB/03/26, sentence rendue le 2 août 2006, para. 249, publiée au site officiel de ITA.

¹¹⁵⁴ Julien Fouret et Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions CIRDI (2002-2007)*, 2009, *op. cit.*, p. 437.

754. – Dans le même sens, le Tribunal arbitral, dans l’affaire *Phoenix*, dont la sentence a été rendue le 15 avril 2009, s’est déclaré non compétent pour se saisir de l’affaire arbitrale et décider sur les réclamations de l’indemnisation de la partie demanderesse. La non compétence du Tribunal en l’espèce trouve sa source dans le fait que la partie demanderesse a mené son investissement, en employant des actes frauduleux, dans le seul but de jouir de la protection internationale dudit investissement. D’après le Tribunal, ce genre d’investissement ne se considère pas en tant qu’un investissement méritant la protection de la Convention du *CIRDI*, ni du *TBI* conclu entre Israël et la République Tchèque¹¹⁵⁵.

2. Le refus de l’indemnisation pour fraude à la loi interne applicable en relevant l’incompétence : une sentence sans perdant ou une sorte de condamnation ?

755. – Afin de déduire le sens juridique qu’apporte une sentence arbitrale déclarant l’incompétence du Tribunal pour se saisir de l’affaire sur l’indemnisation réclamée, il sera utile d’amener une réflexion sur la conviction des arbitres à cet égard (a). Nous apporterons ensuite notre critique en la matière (b).

a. Réflexion sur la conviction des arbitres

756. – Nous soulignons un intérêt, au moins théorique, de la réponse juridique à cette question. En apparence, malgré tous les arguments avancés par les arbitres pour refuser l’allocation d’indemnisation en cas de fraude à une loi applicable, il reste que les sentences rendues en la matière, particulièrement en matière d’investissements, ont décidé, à plusieurs reprises, de l’incompétence du Tribunal arbitral à se saisir de l’affaire. Ici, il est judicieux d’observer si une telle sentence signifie qu’il n’y a pas de perdant, ou bien si elle porte, même si c’est implicitement, un sens de condamnation de la partie dépourvue d’indemnisation réclamée.

¹¹⁵⁵ *Phoenix action Ltd c. la République Tchèque, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, paras 145 et s.

757. – Dans la première hypothèse, la logique juridique peut nous conduire à déduire que le comportement frauduleux commis n'avait pas réellement une incidence en matière d'indemnisation. Au contraire, la seconde hypothèse nous amène à déduire que, malgré l'incompétence du tribunal pour saisir du litige, une telle sentence porte tout même le sens de sanction du comportement frauduleux de la partie réclamant l'indemnisation.

758. – Afin de trouver la bonne réponse à cette question, en cherchant dans la conviction des arbitres rendant une telle sentence sur la compétence, nous allons exposer les deux sentences déjà précitées concernant les coûts de l'arbitrage, dans le but de discerner si les arbitres avaient ou non la conviction de sanctionner la partie commettant la fraude à la loi.

759. – Dans l'affaire *Inceysa*, les arbitres ont suivi une approche différente de celle adoptant une répartition des coûts d'arbitrage, dans le cas où il n'y a pas de partie gagnante de l'affaire au fond. D'une part, le Tribunal a pris en compte le comportement frauduleux de la partie demanderesse pendant l'appel d'offres pour acquérir le contrat avec l'Etat contractant. C'est pourquoi le Tribunal s'est prononcé sur le fait que c'est à cette partie de supporter les coûts relatifs aux membres du Tribunal, ainsi que toutes les autres dépenses administratives du Centre. D'autre part, le Tribunal a reproché aux responsables de l'appel d'offres, appartenant à l'Etat d'El Salvador, leur attitude ainsi que la manière par laquelle ils ont agi à l'égard des actes commis par *Inceysa*. Donc, en raison du comportement de l'Etat contractant qui n'était pas tout à fait irréprochable, le Tribunal a décidé que chacune des parties devait payer les frais de ses conseillers¹¹⁵⁶.

760. – Dans l'affaire *Phoenix*, le Tribunal a adopté la même position, d'une manière plus expresse et stricte. Le Tribunal a déclaré que bien que plusieurs Tribunaux arbitraux dans le cadre du *CIRDI* se prononcent sur le partage des coûts d'arbitrage entre les parties, il préfère suivre la méthode selon laquelle les coûts doivent correspondre aux événements en l'espèce. Ici, le Tribunal a décidé que la partie demanderesse, réclamant l'indemnisation, devait payer tous les frais d'arbitrage (356 000,00 dollars américains), non seulement parce qu'elle n'a pas gagné

¹¹⁵⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la République d'El Salvador, CIRDI*, affaire préc. n° ARB/03/26, sentence rendue le 2 août 2006, v. sur la prononciation sur les coûts d'arbitrage, paras 338-339.

l'affaire et ses réclamations ont été refusées, mais aussi parce qu'elle a eu recours à l'arbitrage en abusant de la protection de son investissement accordée par le *TBI* et par la Convention du *CIRDI*¹¹⁵⁷. De plus, le Tribunal a ordonné à cette partie de payer les coûts d'arbitrage et les dépenses effectuées par la partie défenderesse (près de 1 000 000 de dollars américains). La même solution a été adoptée dans l'affaire *Palma*, suivant la même logique juridique en la matière¹¹⁵⁸.

b. Aspect critique à l'égard de la répartition des coûts d'arbitrage

761. – Il est difficile de suivre la solution de la répartition des frais d'arbitrage de manière générale. Or, nous partageons la solution juridique de faire supporter par la partie demanderesse la charge de tous les coûts d'arbitrage, ainsi que les dépenses effectuées par la partie défenderesse pour le besoin du litige, quand il s'agit d'une fraude commise par cette première. Nous soutenons la même solution tant pour le cas où le Tribunal arbitral se prononce sur le fond¹¹⁵⁹ que pour le cas de la décision de l'incompétence du Tribunal¹¹⁶⁰.

762. – D'une part, une telle solution sera cohérente vu que, même dans le cas où le Tribunal se déclare incompétent, les actes frauduleux restent toujours constatés par ledit Tribunal. D'autre part, cette solution est pratiquement appropriée et juste, vu qu'il n'est pas admis d'ordonner une partie de bonne foi à payer les frais d'un arbitrage auquel elle a été amenée par une autre partie fraudant n'ayant pas, par conséquent, de droit de protection juridique, ni d'indemnisation à cet égard.

¹¹⁵⁷ *Phoenix action Ltd c. la République Tchèque*, CIRDI, affaire préc. n° ARB/06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, v. sur la prononciation sur les coûts d'arbitrage, paras 148 et s.

¹¹⁵⁸ *Plama Consortium Ltd. c. République de la Bulgarie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, sentence rendue le 27 août 2008, v. sur la prononciation sur les coûts d'arbitrage, paras 314 et s.

¹¹⁵⁹ Sentence CCI n° 14470/2008, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), p. 956, note Eduardo Silva Romero.

¹¹⁶⁰ V. en général, sur la règle de la liberté des arbitres dans la répartition des frais de l'arbitrage, Sentence CCI n° 12551/2004, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), p. 813, note B. Derains ; Sentence CCI n° 12877, in *Albert Jan van den Berg (éd), Yearbook Commercial Arbitration 2012*, Vol. XXXVII, pp. 49-61, spéc. pp. 60-61 ; Sentence CCI n° 14630, *YBCA 2012*, Vol. XXXVII, pp. 90-109, spéc. pp. 107-108.

B. Certains aspects d'indulgence dans la constatation de la fraude

763. – Il est important d'observer, en ce qui suit, les différents aspects d'indulgence dans la constatation de la fraude par les arbitres. Dès lors, on envisagera le fait de l'interprétation atténuante des actes frauduleux (1), l'incidence du facteur temps sur la prononciation sur la fraude (2), l'hypothèse où la fraude n'est pas prise en compte par les arbitres (3), et l'effet relatif de la fraude (4).

1. L'interprétation atténuante des actes frauduleux

764. – Dans certains cas, la rupture d'une relation contractuelle, objet d'un litige arbitral, qui ne se justifie pas sur un terrain juridique valable, ne se conçoit pas nécessairement comme un acte de mauvaise foi qui remonte au degré d'une fraude. On trouve cet exemple davantage dans les contrats d'Etat, où l'Etat contractant met fin au contrat conclu avec son cocontractant en relevant, notamment, la mauvaise exécution du contrat ou la découverte d'informations qui ont été voilées lors de la conclusion du contrat.

765. – Il est utile d'apporter une illustration de cette hypothèse selon la pratique arbitrale :

Dans la célèbre affaire des plateaux des pyramides, une affaire qui s'est d'abord déroulée sous l'auspice de la *CCI*¹¹⁶¹ pour une demande d'indemnisation réclamée par l'investisseur (La demanderesse) contre l'Etat égyptien, en raison de l'abandon du projet touristique objet du contrat conclu par ce dernier. Cette sentence a donné droit à la demanderesse en lui octroyant des indemnités importantes, et a été annulée plus tard par la Cour d'appel de Paris pour incompétence¹¹⁶². Ensuite, la partie lésée a saisi, le 24 août 1984, un Tribunal *CIRDI*¹¹⁶³ pour trancher l'affaire et faire prévaloir ses droits. Ce Tribunal arbitral ayant retenu le principe de la

¹¹⁶¹ Sentence rendue le 16 février 1983, *Rev. arb.*, (extraits) Vol. 1986, p. 105 ; Patrick Rambeau, *L'affaire des « Pyramides » : suite et fin*, *Annuaire Français du droit International*, 1993, Vol. 39, p. 567.

¹¹⁶² C.A. Paris, 12 juillet 1984, *JDI* 1985, p. 129, notes Goldman.

¹¹⁶³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited "SPP Ltd" c. La République Arabe d'Egypte*, *CIRDI*, affaire précitée n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, publiée in *ILM*, 1993, p. 937.

responsabilité de l'Etat contractant en l'espèce, il restait aux arbitres à évaluer les préjudices subis. A cette fin, ils se sont référés aux principes de droit international, contrairement à la première sentence qui s'est référée à la loi égyptienne, et non plus aux principes généraux du droit international qui prévoit la réparation tant du *damnum emergens* que du *lucrum cessans*. Mais, dans le but de constater la base juridique de l'indemnisation due, les arbitres auraient dû apprécier d'abord la gravité de la faute commise. A ce stade, ils ont pu relever qu'en annulant le projet et en résiliant les contrats, l'Etat contractant n'a commis ni une fraude ni une négligence grossière, et n'a eu aucune intention de nuire.

L'intérêt de citer cette affaire réside dans l'aspect atténuant par lequel le Tribunal a interprété la rupture fautive du contrat en l'espèce. Le Tribunal s'est exprimé en déclarant que l'Egypte est un Etat souverain, c'est-à-dire un organisme public dont la fonction est, entre autres, de prendre en considération les vœux culturels, sociaux et politiques émis par la communauté des citoyens. Le projet, objet du contrat, avait été bien reçu et tous les organismes et toutes les administrations ont agi de bonne volonté pour mettre en œuvre les plans contractuels visant à assurer la réalisation du projet. Puis, de nouveaux faits se sont produits, et ont conduit l'opinion publique à demander l'annulation de ce projet¹¹⁶⁴.

2. L'incidence du facteur temps sur la prononciation sur la fraude

766. – Quant au pouvoir du Tribunal arbitral de statuer sur l'existence ou non de la fraude, l'élément temps joue aussi un rôle important en ce qui concerne la prononciation sur la fraude, c'est-à-dire au regard du moment où cette fraude a été commise.

767. – Dans l'affaire *Malicorp Ltd*¹¹⁶⁵, le Tribunal arbitral du Centre Régional de l'Arbitrage Commercial International au Caire « *CRACIA* » a rendu la sentence arbitrale le 7 mars 2006 dans laquelle ce Tribunal aurait dû répondre à la défense juridique invoquée par la partie défenderesse, quant à l'existence de fraude commise par l'autre partie au litige, en

¹¹⁶⁴ Philippe Leboulanger, *Etat, politique et arbitrage - L'affaire du Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, (Comité Français de l'Arbitrage), 1986, Vol. 1986, Issue 1, pp. 3-28.

¹¹⁶⁵ *Société Britannique Malicorp Ltd. c. La République Arabe d'Egypte*, Centre Régional de l'Arbitrage Commercial International au Caire « *CRACIA* », affaire n° 382/2004, sentence rendue le 7 mars 2006, para. 71.

recourant à des actes frauduleux en vue de conclure le contrat sans lesquels cette première partie n'aurait pas conclu ledit contrat.

768. – Le Tribunal arbitral du *CRACIA*, dans le cadre de sa décision relative à la validité du contrat à cause de la fraude commise, a décidé de ne pas se prononcer sur la question de fraude en relevant que ces allégations de fraude, dans le cadre de ce contrat, n'ont pas été invoquées par la partie défenderesse au moment de la résiliation du contrat de concession, et n'ont été soulevées qu'après l'introduction de cet arbitrage.

De ce fait, il s'avère que le moment d'invoquer la fraude tient un rôle important sur les effets juridiques qui en découlent, notamment pour ce qui concerne l'allocation des dommages-intérêts. En évinçant la fraude, le Tribunal a pu ainsi examiner le montant de l'indemnisation due. Une indemnisation pour gain manqué, à cause de la rupture du contrat, a été réclamée par le demandeur pour un montant de 500 000 000 de dollars américains. Le Tribunal arbitral a considéré que le contrat a été conclu suite à un comportement fautif et déloyal de la part du demandeur, et la rupture de celui-ci était ainsi justifiée de la part de l'Etat contractant. Pourtant, le Tribunal a fait une contribution remarquable en l'espèce, en notant que la responsabilité des fonctionnaires de l'Etat égyptien doit aussi être mise en cause pour manque de prudence. Cette responsabilité de l'Etat a été évaluée à 10%, ce qui a justifié néanmoins l'allocation des dommages-intérêts au demandeur d'une somme de 10 000 000 de dollars américains. En ajoutant les dépenses fournies par le demandeur pour le besoin de l'exécution du contrat, le Tribunal a pu rendre une sentence accordant des dommages-intérêts pour celui-ci d'une somme de 14 773 497 dollars américains¹¹⁶⁶.

3. L'hypothèse où la fraude n'est pas prise en compte par les arbitres

769. – Le refus de réexaminer la fraude. – La demanderesse, non satisfaite de la sentence précitée rendue par le Tribunal *CRACIA* – La société *Malicorp* – a saisi le *CIRDI* cette fois-ci pour se prévaloir de ses droits prétendus sur la base d'indemnisation des préjudices subis à ses investissements, et non plus sur la base du contrat conclu. On se bornera à étudier comment

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, paras 73, 80-86.

le Tribunal en l'espèce a traité l'argument de la fraude soulevé par le défendeur, ainsi que la conséquence sur l'indemnisation réclamée par le demandeur.

Le Tribunal, en l'occurrence, s'est abstenu d'étudier l'existence d'une fraude d'après les actes frauduleux et le comportement dilatoire du demandeur du litige, selon les arguments avancés par le défendeur à cet égard. Pour justifier sa position, la sentence a déclaré que ces arguments avaient déjà été examinés par le Tribunal *CRACIA* en décidant qu'il n'y avait aucune preuve apportée pour établir la fraude ou la falsification des documents en l'espèce. Dès lors, il s'agissait, selon le Tribunal *CRACIA*, du fait que l'Etat contractant est entré dans la relation contractuelle sous l'influence d'une erreur. La position du Tribunal *CIRDI* était de ne pas réexaminer cette première sentence rendue en la matière¹¹⁶⁷. Par conséquent, le Tribunal a tranché le litige en examinant les obligations juridiques incombant aux deux parties au litige, en donnant droit au fait de la rupture du contrat, en tant que rupture non fautive et bien justifiée. Ainsi, le Tribunal, d'une part, s'est déclaré compétent pour voir le litige et, d'autre part, il a refusé toute indemnisation à la partie demanderesse réclamée sur la base d'endommagement subi à ses investissements du fait d'expropriation due en raison du retrait du contrat par son cocontractant.

770. – Aspect critique. – Nous constatons, d'abord, le fait que le Tribunal *CIRDI* a examiné le litige sur la base de l'existence d'une erreur qui a amené la partie défenderesse à conclure le contrat, en n'abordant pas l'argument de la fraude, se bornant à suivre les arguments avancés à cet égard par le Tribunal *CARCIA* qui a déclaré que, peu importe la qualification de l'existence soit d'une fraude ou soit d'une erreur, parce que les conséquences juridiques seront identiques selon la loi applicable au fond du litige¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ *Société Britannique Malicorp Ltd. c. La République Arabe d'Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/08/18, sentence rendue le 7 février 2011, publiée au site officiel de *ITA*, para. 130.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, paras. 135-136.

771. – Il nous paraît difficile de partager la logique juridique adoptée par le Tribunal *CIRDI* en l’espèce pour les raisons suivantes :

772. – Au niveau factuel, la position adoptée de ne pas prendre en considération l’argument de la fraude, à cause du fait que son traitement a déjà été effectué par le Tribunal *CARCIA*, nous paraît incohérente. Cela du simple fait que la première sentence n’a pas tranché définitivement sur l’existence ou non de la fraude. De plus, l’insuffisance d’éléments de preuve a conduit le Tribunal à ne pas examiner l’argument de la fraude. De ce fait, il aurait fallu que le Tribunal *CIRDI* examine les arguments des parties à cet égard avant d’en décider.

773. – Au niveau du droit, nous relevons deux difficultés par rapport à la position adoptée par le Tribunal *CIRDI* se prononçant sur la fraude.

D’une part, il nous paraît difficile d’admettre le raisonnement du Tribunal selon lequel peu importe que la qualification juridique soit une fraude ou une erreur, puisque la conséquence juridique sera identique selon le droit interne applicable au fond du litige. Premièrement, il est toujours utile d’identifier la notion de la fraude, ainsi que de mettre en place les critères juridiques qui la caractérisent. Là où réside le vrai but d’une sentence est de justifier et d’établir les bases juridiques sur lesquelles on applique les effets qui en découlent. Deuxièmement, la prononciation sur la fraude est toujours utile vu que ses conséquences juridiques se rattachent plutôt aux principes généraux de droit qu’au droit interne applicable au fond. En outre, la mise en œuvre d’une pratique arbitrale sur la prononciation sur la fraude servira aux arbitres dans les cas similaires pour adopter une position juridique cohérente en la matière, surtout au niveau des conséquences juridiques qui en découlent, notamment si le droit applicable au fond prévoit des conséquences juridiques différentes, selon qu’il s’agisse d’une fraude ou d’une faute.

D’autre part, la constatation d’une fraude au lieu d’une erreur aurait eu des effets sur la prononciation concernant les dépenses et les coûts d’arbitrage. Prenant l’exemple de la même affaire *Malicorp*, on verra que le Tribunal *CIRDI* a décidé la répartition de toutes les dépenses ainsi que les frais d’arbitrage et du Centre entre les deux parties. Par contre, s’il s’agissait d’une fraude, il serait judicieux d’adopter la position selon laquelle la partie accusée d’employer les

actes frauduleux doit assumer toutes les dépenses ainsi que les coûts d'arbitrage. Si cette position est adoptée dans le cas où le Tribunal se déclare incompétent, il sera encore plus approprié d'adopter la même solution dans le cas où les arbitres se prononcent sur le fond.

4. L'effet relatif de la fraude

774. – Le droit de se prévaloir de la fraude. – En principe, la fraude n'ouvre pas le droit aux tierces personnes de s'en prévaloir, comme c'est le cas en droit français, en intentant un procès juridique. En admettant l'existence d'une fraude, les parties au litige auront le droit de s'en prévaloir en l'invoquant, soit devant le Tribunal arbitral, soit devant les juridictions étatiques dans le cadre du recours d'annulation contre une sentence rendue.

775. – Dans ce sens, la première chambre civile de la Cour de cassation française a rendu un arrêt le 8 octobre 2009 en affirmant ledit principe comme suit :

« Mais attendu qu'abstraction faite de la référence à la nationalité de l'une des parties, les juges du fond, qui ont écarté la fraude reprochée à la SHLP et qui ont constaté que l'arbitrage rendu l'avait été relativement à la propriété de l'immeuble et du fonds de la Bibliothèque polonaise de Paris ainsi qu'à son exploitation à l'aide de capitaux étrangers, en ont exactement déduit son caractère international, ce dont il résultait que la voie de recours de la tierce opposition n'était pas ouverte¹¹⁶⁹ ».

776. – Or, l'existence d'une fraude, dans le cadre d'une affaire arbitrale, ne signifie pas que toute personne intéressée aura le droit de l'invoquer. En effet, l'effet relatif dans ce contexte est un principe bien reconnu par la plupart des systèmes juridiques internes, ainsi qu'en droit international¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ C. Cass. 1^{ère} Ch. civ, 8 octobre 2009, *Rev. arb. (Comité Français de l'Arbitrage)*, Vol. 2011, Issue 1, pp. 126-130.

¹¹⁷⁰ V. sur le principe de l'effet relatif des contrats, Jalal El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Université de Paris I, 2003, *op. cit.*, pp. 471-472.

PARAGRAPHE II. L'EFFET JURIDIQUE DE LA FRAUDE DANS LA PRATIQUE ARBITRALE

777. – Il est nécessaire de rappeler qu'il s'agit incontestablement de deux « principes généraux du droit » directement pertinents dans le contexte de la présence de fraude, qui sont le principe de la bonne foi, déjà illustré, et la conséquence juridique de la fraude qui consiste en l'expulsion de tout effet juridique de celui-ci, exprimée par la maxime « *fraus omnia corrumpit* » qui revêt de la valeur du principe général de droit (A). Toutefois, dans le cadre des conséquences dudit principe, on peut relever des difficultés juridiques relatives à la sanction de la fraude, notamment dans le cas spécial de la fraude procédurale dans l'arbitrage (B).

A. Conséquence juridique de la fraude : « *fraus omnia corrumpit* » en tant que principe général de droit

778. – En étudiant la conséquence juridique de la fraude d'après le principe *fraus omnia corrumpit*, il est important de démontrer la mise en application du principe par les arbitres en cohérence avec la loi applicable (1), avant d'aborder le fait de la mise en application dudit principe en évinçant les dispositions juridiques applicables (2).

1. La mise en application du principe “*fraus omnia corrumpit*” par les arbitres en cohérence avec la loi applicable

779. – Le principe selon lequel la fraude entraîne l'expulsion de tout effet juridique, tout comme le principe de la bonne foi déjà illustré plus haut, est considéré en tant que principe général du droit qui est invoqué souvent par les arbitres internationaux. De ce fait, il est constaté que la sentence arbitrale, qui ne prend pas en compte l'existence d'une fraude en ignorant de la sanctionner, se considère comme adoptant une position qui contredit l'ordre public international¹¹⁷¹. Alors, il est constaté que la conséquence juridique de l'existence d'une fraude, bien reconnue comme une norme transnationale, est l'exclusion de tout effet juridique entre les

¹¹⁷¹ Pierre Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, *Rev. arb.*, 1994, p. 632.

parties au litige. Une telle conséquence est reconnue par les arbitres internationaux, quel que ce soit le type d'arbitrage relevé. On peut, notamment, observer la position la plus remarquable retenue dans le cadre de l'arbitrage d'investissements qui consiste dans le refus de toute protection juridique, en vertu des dispositions des Traités bilatéraux internationaux à des investissements obtenus par fraude. Pour arriver à une conception servant en tant que standard, en vue de la protection des Traités d'investissement, les arbitres internationaux doivent avoir recours au droit international général et au droit international conventionnel, car autrement, l'interprétation des normes juridiques serait dans le vide. Les sources de principes consacrant le développement de conceptions de normes cohérentes de protection des investissements sont les principes généraux de droit reconnus dans les systèmes juridiques étatiques, dont la *fraus omnia corrumpit* fait partie¹¹⁷².

780. – Afin de bien exposer la mise en application du principe *fraus omnia corrumpit*, nous relèverons, dans ce qui suit, la double face de l'application par les arbitres. D'une part, l'application dudit principe pour sanctionner la fraude à la loi interne applicable au fond du litige consacre toujours la cohérence avec les principes de droit international (a). D'autre part, l'application du principe revêt une rigueur remarquable (b), ce qui est une conséquence évidente de son caractère transnational.

a. Une application consacrant la cohérence avec les principes de droit international

781. – Afin de démontrer la pratique arbitrale en la matière, on met la lumière sur la célèbre affaire *Inceysa*¹¹⁷³ qui a bien illustré le principe selon lequel la fraude entraîne l'expulsion de tout effet juridique. En abordant ce principe en tant que principe général du droit en l'occurrence, le Tribunal l'a traité dans la sentence dans le cadre de la violation du principe "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*"¹¹⁷⁴. En outre, le Tribunal a décidé que l'investissement réalisé par *Inceysa* a violé ledit principe général du droit.

¹¹⁷² Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 81, 89.

¹¹⁷³ *Inceysa Valisaletorna SL c. République de Salvador*, CIRDI, affaire préc. n° ARB/03/26.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, para. 240 « *In addition, this Tribunal decides that the investment made by Inceysa violates the principle Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans ...* ».

782. – Dès lors, il s'avère qu'il s'agit d'un principe de droit bien reconnu selon lequel « nul ne peut bénéficier de sa propre fraude ». Le Tribunal *Inceysa* a présenté l'effet de la fraude et les actes illicites sur l'arbitrage d'investissement, et a affirmé dans sa sentence, rendue le 2 août 2006, qu'en appliquant le principe indiqué de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* dans le cas en l'espèce, on peut affirmer que l'investisseur étranger ne peut pas demander à bénéficier d'un investissement effectué par moyen d'un ou plusieurs actes illégaux, et par conséquent, bénéficier de la protection accordée par l'État hôte, tel que l'accès à l'arbitrage international pour régler les différends, car il est évident que cet acte avait une origine frauduleuse. Donc, la conséquence sera comme prévue par la maxime juridique « personne ne peut bénéficier de sa propre fraude »¹¹⁷⁵.

783. – Dans la même veine, le Tribunal arbitral, dans une sentence *CCI* n° 11307/2003, a pu sanctionner le défendeur pour le fait de conclure un contrat, suite à un comportement illégal et déloyal. Sur ce fondement, le demandeur a réclamé en l'espèce le remboursement du prix du contrat de consultation et d'assistance conclu avec le défendeur d'un montant de 55 553 886,03 dollars américains. Le Tribunal, en constatant l'aboutissement du contrat par ce dernier par le versement d'un pot de vin, a conclu que le prix du contrat doit être remboursé en déduisant néanmoins les bénéfices que le demandeur a pu réaliser en vertu dudit contrat. Le défendeur a ainsi été condamné à payer la somme de 47 132 121 dollars américains au demandeur¹¹⁷⁶.

b. Une application rigoureuse du principe

784. – On peut relever aussi, à ce stade, la célèbre affaire précitée, celle qui oppose la société *Fraport* contre la République des Philippines¹¹⁷⁷, dont la sentence a été rendue le 16 août 2007. Le Tribunal a relevé le fait de la violation de la loi interne de l'État hôte de la part de l'investisseur étranger (la partie demanderesse), et il a aussi invoqué le fait de la corruption

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, para, 242.

¹¹⁷⁶ Sentence *CCI* n° 11307/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 3 et s.

¹¹⁷⁷ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines*, CIRDI, affaire n° ARB/03/25.

effectuée par l'investisseur. Des actes qui ont été considérés, d'après le Tribunal, comme une violation flagrante de l'ordre public international¹¹⁷⁸.

785. – En outre, le Tribunal a constaté expressément que l'investissement doit respecter les dispositions de la loi et les règlements internes applicables au fond¹¹⁷⁹. L'intérêt de cette sentence réside dans la rigueur remarquable qu'elle montre dans l'application des conséquences juridiques de la fraude, vu que le projet contesté était dans ces phases finales en l'espèce¹¹⁸⁰. Toutefois, ce fait n'a pas empêché le Tribunal d'éliminer tout effet juridique des actes basés sur fraude quel que ce soit l'état d'avancement du projet en l'occurrence. En somme, les actes frauduleux qui sont apportés par la violation de la loi applicable au fond doivent être dépourvus de toute protection juridique, et par conséquent, privés de toute indemnisation due.

786. – Une solution, d'ailleurs admise aussi par les arbitres internationaux en cas de faute grave, qui peut avoir le même effet en étant une raison de non indemnisation. On peut relever cette solution, par exemple, dans l'arbitrage maritime, plus particulièrement dans le cadre du contrat d'agent maritime, comme l'a relevé le professeur Philippe Delebecque en indiquant en ce sens que « le règlement communautaire 86/536 s'est efforcé d'assurer la protection des agents commerciaux, par une indemnisation quasi systématique (sous réserve de la faute grave) ... »¹¹⁸¹.

2. La mise en application du principe “fraus omnia corrumpit” par les arbitres en évinçant les dispositions applicables

787. – A ce propos, on verra, d'abord, le pouvoir du Tribunal arbitral pour évincer la loi applicable au fond (a), ce qui nous permet de réaliser son incidence sur l'établissement de la responsabilité et l'indemnisation due. En outre, on mettra la lumière sur le pouvoir du Tribunal arbitral d'évincer une décision gouvernementale ou judiciaire affectant l'indemnisation (b). Fait qui fait preuve de la rigueur des arbitres afin de sanctionner la fraude.

¹¹⁷⁸ Julien Fouret et Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions CIRDI (2002-2007)*, Bruylant Bruxelles, 2009, *op. cit.*, p. 584.

¹¹⁷⁹ V. Sentence *Fraport* préc., para. 335.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, paras 149 et s.

¹¹⁸¹ Philippe Delebecque, *À propos du contrat d'agent maritime*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 21, 2010, p. 5.

a. Le pouvoir du Tribunal arbitral d'évincer la loi applicable au fond

788. – En rapprochant la fraude de la faute lourde, les juridictions françaises, en exerçant le pouvoir de contrôle sur les sentences arbitrales internationales, dans le cadre de l'exécution du contrat, ne peuvent sanctionner la sentence que s'il s'agit d'une conduite extrêmement déloyale qui n'a pas été prise en compte par les arbitres, et non seulement d'une simple mauvaise foi. Dans ce cas, la violation du principe de la bonne foi ne relève pas forcément de l'ordre public en dépendant de la gravité du comportement fautif.

789. – Toutefois, il s'agit d'un cas dans lequel il est tout à fait admis de sanctionner le comportement déloyal dans une affaire arbitrale, en considérant que le principe de l'exécution de bonne foi jouit du caractère d'ordre public transnational devant les arbitres internationaux. C'est dans le cas où un Etat intervient dans un rapport juridique établi par l'intermédiaire des législations, dans le seul but de rendre la partie soumise à sa juridiction irresponsable et déchargée de ses obligations prévues au contrat¹¹⁸². Cette situation est délicate vu que, en principe, la mauvaise foi ne peut pas justifier l'éviction du droit applicable au fond choisi par les parties. C'est ce droit qui doit être mis en œuvre pour décider sur la responsabilité, et le cas échéant, l'allocation des indemnisations. Pourtant, la violation de bonne foi peut revêtir une valeur d'ordre public transnational permettant la non application du droit applicable au litige arbitral, dans le seul cas où une partie se prévaut d'une loi qui est destinée dans le seul but de la rendre irresponsable de ses actes commis.

790. – Dans cet ordre d'idées, les arbitres peuvent écarter l'application du droit applicable au fond dans le cas où celui-ci contredit l'ordre public transnational. La jurisprudence a fait preuve, à plusieurs reprises, de la sanction d'un tel comportement profondément déloyal. Par exemple, les arbitres n'ont jamais admis la mise en application du droit interne de l'Etat en tant que partie au contrat qui refuse à celui-ci de conclure la convention d'arbitrage. Ce qui est

¹¹⁸² Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, *op. cit.*, para. 894, p. 498.

considéré, d'après les arbitres, comme un moyen pour libérer l'Etat contractant de sa responsabilité, voire de ses obligations contractuelles¹¹⁸³.

791. – Afin de sanctionner la corruption ou la fraude, et pour mettre une limite aussi à la volonté des parties, les sentences arbitrales, depuis longtemps, se sont prévaluées de l'invocation du concept d'ordre public transnational. La sentence *CCI* n° 761, rendue le 4 juillet 1951¹¹⁸⁴ qui a invoqué « *l'ordre public international qui régit notre civilisation traditionnelle* ». Dans une autre sentence *CCI* n° 3267 rendue en 1979¹¹⁸⁵, les arbitres ont pu relever le concept des principes « *d'ordre public communément admis* ». Afin de prévoir une base juridique pour se prononcer sur une fraude ou une corruption, la sentence *CCI* n° 2730, rendue en 1982¹¹⁸⁶, en dénonçant les opérations factices pour leurs contradictions avec les bonnes mœurs et la morale, a relevé que « *ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément de droit commun des contrats dans le domaine international* »¹¹⁸⁷.

b. Le pouvoir du Tribunal arbitral d'évincer une décision gouvernementale ou judiciaire affectant l'indemnisation

792. – Dans le cadre de la sanction, plus précisément, de tout acte frauduleux ou déloyal d'une des parties au litige arbitral, on peut citer d'abord l'affaire *Ganz*¹¹⁸⁸, dans laquelle le Tribunal arbitral a pu relever que la décision rendue par le gouvernement de l'Etat contractant est inopposable à son cocontractant en décidant sur le vrai débiteur en l'espèce. C'est le gouvernement hongrois en l'occurrence qui a décidé que la société hongroise *Ganz Mavag* soit dissociée en sept sociétés différentes, dans le cadre du contrat conclu avec la *société nationale de Chemin de Fer tunisiens (SNCF)*. Alors que le Tribunal a considéré qu'une telle décision revêt un caractère frauduleux, et par conséquent, contraire à l'ordre public international en tentant de

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 383, paras. 689 et s.

¹¹⁸⁴ Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, n° 573, p. 400.

¹¹⁸⁵ Sentence (partielle) *CCI* n° 3267/1979, *JDI*, 1980. 962, obs. Y. Derains ; *YBCA*, 1982, pp. 96 et s.

¹¹⁸⁶ Sentence *CCI* n° 2730/1982, *JDI*, 1984. 914, obs. Y. Derains ; *Rec. des sentences arbitrales de la CCI*, I, p. 490.

¹¹⁸⁷ Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 363.

¹¹⁸⁸ Sentence partielle rendue à Paris sous l'égide de la *CCI*, 30 juin 1990, inédite ; *V. Rev. arb.* 1991, pp. 478 et s., note L. Idot.

faire libérer la société hongroise d'une partie importante de sa responsabilité vu que, conformément à cette décision, une seule des sept sociétés devait être débitrice de la *SNCFT*. Dès lors, le Tribunal a pris cette position pour rendre les sept sociétés hongroises solidairement liées, et donc débitrices, par le biais du contrat conclu avec la *SNCFT*.

793. – Dans le même sens, dans l'affaire *SGK et Norbert Beyrard* contre la République de Côte d'Ivoire¹¹⁸⁹, les arbitres ont pu sanctionner un comportement déloyal, en refusant de prendre en considération une décision de faillite rendue par le tribunal de première instance d'Abidjan, en déclarant cette décision contraire à l'ordre public international parce qu'elle a été rendue dans le seul but de libérer l'Etat contractant de la bonne exécution du contrat. Ainsi, le Tribunal a sanctionné, en l'occurrence, la conduite déloyale de la partie ivoirienne qui invoquait la procédure de la faillite dans le seul but de se décharger de ses obligations¹¹⁹⁰. A cela, la Tribunal a condamné le gouvernement de la Côte d'Ivoire à indemniser la société *SGK* de la somme de 60 000 000 francs CFA, ainsi que de la somme de 705 200 000 francs CFA, majorées des intérêts moratoires aux taux légaux.

794. – La prudence des arbitres, comme ci-dessus démontrée, pour sanctionner les actes frauduleux n'empêche pas, d'ailleurs, de relever quelques difficultés juridiques en la matière, plus particulièrement en cas de fraude procédurale.

B. Les difficultés juridiques relatives à la sanction de la fraude : le cas spécial de la fraude procédurale dans l'arbitrage

795. – Le recours à des actes frauduleux, par l'une des parties, afin d'aboutir à une sentence en sa faveur lui octroyant les compensations qu'elle réclame, est un comportement fréquent. Dès lors, on a envisagé comment l'arbitrage international fait face efficacement à ce genre de comportements illicites, notamment pour ce qui concerne la fraude. Toutefois, l'arsenal

¹¹⁸⁹ Sentence rendue à Paris sous l'égide de la *CCI*, 26 juillet 1991, inédite ; V. *Rev. arb.* 1994, pp. 685 et s., spéc. pp. 687-688.

¹¹⁹⁰ Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., pp. 384-386.

juridique mis en œuvre pour sanctionner la fraude atteste de quelques difficultés, notamment pour ce qui concerne la fraude procédurale¹¹⁹¹.

796. – À ce stade, on se pose la question du sort du recours contre une sentence arbitrale internationale, en invoquant une fraude commise par l'autre partie.

En principe, il est important de constater le concept selon lequel la fraude corrompt tout est aussi un principe général de droit français¹¹⁹². Les juridictions françaises ont appliqué à plusieurs reprises le principe « *fraus omnia corrumpit* » dans le cadre des recours intentés contre des affaires arbitrales en invoquant l'existence de fraudes procédurales.

797. – Avant d'exposer les difficultés pratiques pour sanctionner la fraude, il est utile de confirmer, d'abord, un principe général selon lequel une sentence arbitrale rendue, malgré l'existence d'une fraude, est toujours susceptible d'être annulée par le juge interne du contrôle. La Cour d'appel de Paris en fait exemple dans son arrêt rendu le 20 juin 1996, en relevant que le « *grief de fraude commise par l'une des parties exprimant en réalité une violation du principe d'exécution de bonne foi des conventions, le non-respect de ce principe d'ordre public international est susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence par application de l'article 1502-5° du NCPC* ». Par conséquent, une sentence arbitrale qui s'abstient de sanctionner la fraude représente donc une violation de l'ordre public international, et risque d'être annulée dans le système juridique français¹¹⁹³.

798. – Toutefois, il y a deux courants juridiques en la matière, dont le premier est en faveur de la sanction de la fraude, origine d'une sentence arbitrale, par la juridiction de contrôle (1). Alors que le second est en faveur de la sanction de la fraude par les arbitres eux-mêmes (2).

¹¹⁹¹ Sur les principes fondamentaux relatifs à la procédure arbitrale, v. Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris : LGDJ, 2013, pp. 728-736, spéc. p. 734.

¹¹⁹² J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 809 et s., pp. 796 et s.

¹¹⁹³ D. Bureau, *Chronique de jurisprudence française, Rev. arb.*, 1996. 657 et s ; Sur le contrôle des sentences arbitrales pour violation de l'ordre public, v. Christophe Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Paris : Dalloz, 2001, pp. 150-156.

1. La sanction de la fraude, origine d'une sentence arbitrale par la juridiction de contrôle

799. – L'affaire *European Gas*. – On mettra la lumière sur la position de la Cour d'appel de Paris en 1993, dans le cadre du recours en annulation contre une sentence arbitrale rendue sous l'auspice de la CCI, à Paris, dans l'affaire du 21 mars 1992, opposant la société française *European Gas Turbines SA* contre *Westman International Ltd*¹¹⁹⁴. Une sentence qui a donné droit à la demanderesse (la société *Westman*) en décidant que le contrat conclu en l'espèce était valable, et en accordant ainsi des dommages-intérêts à cette dernière d'une somme de 5 712 240 francs suisses, ainsi que le remboursement des frais exposés par la demanderesse pour sa décence, fixés à 145 100 dollars américains. Pour recevoir la demande d'annulation formée contre ladite sentence, la Cour d'appel a décidé que « *Le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique, dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international... un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat* ». En l'occurrence, nonobstant l'invocation des arguments concernant la violation de l'ordre public, la Cour a annulé cette sentence sur la seule base de l'existence de fraude dans la procédure arbitrale, après avoir examiné les arguments de corruption invoqués par le requérant, même si les arbitres les ont appréciés lors de l'arbitrage¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁴ J. Cl. Dubarry et E. Loquin, *Tribunaux de commerce et arbitrage*, RTD com., 1994, pp. 703-705 ; V. Heuzé, *Conflits de juridictions*, note sous CA Paris (1^{re} Ch. Civ.) – 30 septembre 1993, *Rev. crit. DIP*, 1994, pp. 351-352, 359 ; D. Bureau, *Fraude, corruption et ordre public international* – note sous Paris 1^{re} Ch. C., 30 septembre 1993, *Rev. arb.*, 1994. 359 et s.

¹¹⁹⁵ V. aussi *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 24, N° 1, janvier 2009, pp. 8-9 ; V. aussi les motifs de l'arrêt préc. de la C.A. de Paris rendu le 30 septembre 1993, *European Gas Turbines SA c. Westman International Ltd*, reproduits in *Rev. arb.*, 1994. 359, spéc. pp. 367-368.

Donc, une telle solution envisagée dans l'affaire *European Gas* en l'espèce consacre le fait de considérer qu'une telle fraude, dans le cadre d'un recours en annulation, soit sanctionnée par l'annulation de la sentence pour contrariété à l'ordre public international procédural¹¹⁹⁶.

800. – Afin de réaffirmer le même principe dans le cadre du recours contre l'affaire arbitrale *Westman*, La Cour de cassation française, dans son arrêt rendu le 19 décembre 1995, a constaté le fait que la fraude est toujours susceptible d'être « sanctionnée au regard de l'ordre public international »¹¹⁹⁷.

801. – En somme, la sanction de la fraude par les juridictions internes de contrôle porte, certes, des effets directs sur l'indemnisation du préjudice allouée par le Tribunal arbitral¹¹⁹⁸. Notons que ce fait a pour effet de renverser les règles de la responsabilité soutenues par le Tribunal du fait de la fraude.

2. La sanction de la fraude, origine d'une sentence arbitrale par les arbitres eux-mêmes

802. – On exposera, d'abord, la position retenue en faveur de cette tendance (a), avant d'amener une analyse juridique de cette position retenue (b).

¹¹⁹⁶ L'invocation de la fraude procédurale dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence internationale a également été admise par : C.A. Paris, 21 janvier 1997, affaire de *la Société Nu Swit*, *Rev. arb.*, 1997. 429, note Y. Derains ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, *Eiffage c. Butec*, *Rev. arb.*, 1999. 623, note D. Bureau ; *RTD com.*, 2000. 598, obs. E. Loquin.

¹¹⁹⁷ Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Bibliothèque de droit privé, tome 309, *LGDJ*, 1999, *op. cit.*, p. 497, para. 892.

¹¹⁹⁸ V. aussi en ce sens, *Federal Supreme Court, First Civil Chamber*, 6 October 2009, 4A_596/2008, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, pp. 610-613.

a. La position retenue

803. – L'affaire *Heresma*. – Après cette décision adoptée par la Cour d'appel, sa position a évolué. Ce qui paraît clairement dans sa décision rendue le 15 février 2007, dans l'affaire *Heresma* contre *Granitalia*¹¹⁹⁹. En l'occurrence, la société espagnole *Heresma* a demandé l'annulation de la sentence arbitrale rendue par la Chambre arbitrale de Paris le 11 mai 2004, sur le fondement de la contrariété de la reconnaissance de l'exécution de ladite sentence à l'ordre public international (article 1502-5 du Code de procédure civile). Cette sentence avait condamné *Heresma* à indemniser son cocontractant d'une somme de 54 000 euros au titre d'inexécution contractuelle, ainsi que le remboursement à ce dernier d'une somme de 3 003 euros au titre de frais d'arbitrage. La Cour d'appel a en effet jugé que « *l'exception d'ordre public du recours en annulation offre seulement de juger la sentence, telle qu'elle est, au vu des éléments de fait et de droit qui ont été retenus par les arbitres, qu'à supposer qu'une quelconque fraude puisse jamais être établie par la société Heresma, il revient à celle-ci de demander à l'arbitre la rétractation de la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international comme en l'espèce* ».

804. – Cette nouvelle position de la Cour d'appel s'avère différente de celle adoptée dans l'affaire *European Gas Turbines*, car elle n'admet plus la fraude procédurale en tant que cause d'annulation d'une sentence arbitrale¹²⁰⁰. Pourtant, c'est à la partie victime d'une telle fraude alléguée de saisir à nouveau les arbitres, pour qu'ils puissent examiner l'existence de cette fraude, et si c'est le cas, rétracter leur sentence en statuant à nouveau¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ V. Paris, 15 février 2007, *Heresma SA c. Granitalia SPA*, *Rev. arb.*, 2009, 158, note P. Callé.

¹²⁰⁰ V. sur ce point les commentaires de P. Callé, note sous Paris, 15 février 2007, *Heresma SA c. Granitalia SPA*, préc., et, avant lui, ceux d'I. Fadlallah, in " *Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales* ", *Les Cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, 2 décembre 2000, n° 227, p. 5, spéc. n° 17. Dans le même sens, plus récemment, v. Th. Clay, " *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales* ", in *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 651 et s., spéc. n° 49.

¹²⁰¹ C.A. Paris 17 juin 2010, *African Petroleum Consultants c. Société nationale de raffinage SONARA*, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2011-1, p. 671. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a rejeté l'appel d'une ordonnance ayant conféré l'exequatur à une sentence rendue à Londres le 18 mars 2003, par laquelle un arbitre unique, de sa propre initiative (après convocation des parties) avait rétracté une précédente sentence en date du 17 avril 2002 après avoir constaté que cette dernière avait été viciée par la fraude procédurale de l'une des parties. A cette occasion, la Cour a jugé « qu'il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que la rétractation d'une sentence arbitrale rendue en matière d'arbitrage international doit être admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral peut être à nouveau réuni après le prononcé de la sentence ». A contrario, il pourrait résulter de ce motif que lorsque le tribunal arbitral

805. – L’affaire *Schneider*. – La Cour d’appel de Paris a rendu, dans un cas similaire, une décision à l’occasion d’un recours en annulation contre une sentence arbitrale rendue le 8 mai 2008 sous l’égide de la *CCI* en France¹²⁰². L’affaire oppose *M. Schneider*, une société autrichienne contre d’une part, la société *CPL*, et d’autre part, les sociétés *Falkony* et *Akiya* qui ont conclu deux contrats en vue de développer des projets électriques au Nigéria. Plus tard, suite à un conflit contractuel survenu entre les parties contractantes, la société *CPL* a intenté un arbitrage auprès de la *CCI* contre *M. Schneider*, dont la sentence a été rendue le 8 mai 2008 en condamnant cette dernière à payer à la société *CPL* une compensation d’une somme équivalente à 250 000 euros, en sus des dépenses et frais d’arbitrage encourus par *CPL*. Cette sentence fut l’objet d’un recours en annulation par la société *M. Schneider* devant la Cour d’appel de Paris, dont un arrêt de rejet a été rendu le 10 septembre 2009¹²⁰³.

Le requérant en annulation soutenait que l’arbitre unique dans l’arbitrage avait méconnu le principe *fraus omnia corrumpit*, par le fait qu’il n’a pas tenu compte des tromperies et des actes frauduleux commis par l’autre partie au litige, et qu’une telle sentence, par la suite, n’aurait pu être reconnue ou exécutée en France au titre de la violation de l’ordre public international. La Cour d’appel, en l’espèce, a rejeté le requérant de son grief en lui reprochant de ne pas soulever ce moyen devant l’arbitre unique au vu « d’éléments dont elle disposait déjà », et qu’il n’appartient pas au juge de l’annulation « de rejurer une sentence, telle que l’aurait voulu la recourant ». En outre, la Cour a soulevé aussi que « pour être recevable le grief invoqué doit avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le Tribunal arbitral lui-même »¹²⁰⁴.

ne peut plus être réuni, le recours en révision pourrait être porté devant le juge étatique, à moins que, dans une telle hypothèse, la fraude procédurale ne redevienne un cas d’annulation de la sentence. Comme l’a relevé Thomas Clay, *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales*, Dalloz, 2010, *op. cit.*, spéc. n° 41 et s.

¹²⁰² Louis Christophe Delanoy, Note sous *CA Paris* (Pôle 1 - Ch. 1), 10 septembre 2009, *Société M. Schneider Schaltgeratebau und Elektroinstallation GmbH c. Société CPL Industries Limited*, *Rev. arb.*, Vol. 2010, Issue 3, pp. 564-565.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 555.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 564-565.

b. Analyse de la position retenue

806. – Réflexion juridique. – D’après l’illustration amenée par l’affaire *Schneider*, on peut déduire deux principes importants à noter d’après ladite décision de la Cour d’appel de Paris. Le premier est que la position retenue refuse au juge du contrôle la révision du fond du litige, dans le cadre de la vérification de la fraude commise, en rejugeant l’appréciation juridique des arbitres. Le second est que la partie lésée d’une sentence rendue à cause de l’existence de fraude procédurale doit soulever cet argument devant les arbitres, chaque fois cela était possible. Là, nous soulignons cet énoncé de la Cour en relevant le cas inverse quand l’invocation de cette fraude n’est pas possible devant les arbitres. Fait qui nous amène à nous interroger sur la bonne solution à retenir dans ce cas, vu que la Cour n’a pas donné davantage d’explications sur cette question.

807. – En fait, il nous paraît qu’une solution appropriée dans ce cas serait plutôt de reconnaître aux juridictions internes du contrôle le droit de se prononcer sur l’annulation de la sentence, afin de sanctionner une telle fraude commise, étant donné que rien n’est reproché à la partie qui a soulevé ce grief. Toutefois, l’adoption d’une telle solution n’est possible qu’à la condition que l’arbitrage qui avait eu lieu ne prévoit pas une autre sorte de recours, comme par exemple, celle prévue au sein de certains arbitrages institutionnels.

D’où l’importance de trouver une solution efficace, afin de faire face au cas de l’existence d’une fraude procédurale qui pourrait produire des conséquences directes sur la sentence, telle que la production de faux documents ou la rétention de documents qui aurait abouti à une solution différente de celle soutenue par la sentence arbitrale.

808. – Aspect critique. – Par ailleurs, on signale, de tout ce qui précède, une difficulté pratique par rapport à ce système juridique en ce qui concerne les sentences arbitrales rendues à l’étranger. Cette difficulté apparaît lorsqu’il appartient à la partie victime d’une telle fraude

alléguée de saisir les arbitres à nouveau, pourvu qu'ils puissent encore l'être, ce qui n'est pas garanti dans tous les cas¹²⁰⁵.

809. – Nous soulignons à ce stade que, malgré la difficulté pratique de saisir les arbitres à nouveaux en vue de relever l'existence d'une fraude qui aurait un impact sur la sentence rendue, et par la suite sur l'indemnisation due si la fraude avait été prise en compte par les arbitres, une telle pratique joue un rôle très important pour garder la cohérence du système de l'arbitrage international et son indépendance pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Dans le même sens, on observe le principe affirmé par la Cour de cassation qui consacre et confirme la valeur juridique d'une sentence arbitrale internationale, peu importe qu'elle soit rendue en France ou à l'étranger. La Cour a annoncé, dans ce sens, qu'une sentence arbitrale internationale se considère comme véritablement une décision de justice internationale qui ne peut être rattachée à aucun système juridique étatique¹²⁰⁶.

810. – Dès lors, ce principe a pour effet de sauvegarder l'efficacité des sentences rendues par les arbitres internationaux. Par conséquent, ce fait va garantir l'indemnisation du préjudice allouée par les arbitres.

¹²⁰⁵ Pour l'exemple d'une telle impossibilité, même si le renvoi aux arbitres émane du Tribunal fédéral suisse, et non d'une juridiction française, v. l'affaire *Thalès c. Frontier AG Berne et autre*, la décision du Tribunal fédéral suisse du 6 octobre 2009, *ASA Bulletin*, 2010, Vol. 28, Issue 2. (Un arrêt qui a annulé la sentence arbitrale rendue par la *CCI* le 31 juillet 1996 qui avait condamné Thalès "Thomson à l'époque" à payer le montant des commises prévues en lui condamnant à verser la somme de 25 millions de Dollars et 12 millions de Francs. Notant que l'un des trois arbitres ayant rendu la sentence du 31 juillet 1996, annulée par le Tribunal fédéral, est décédé depuis lors.)

¹²⁰⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE

811. – L'incidence de la fraude est de nature à mettre en cause l'indemnisation intégrale du préjudice, voire toute indemnisation due. Ainsi, le recours à des actes frauduleux a pour effet de bouleverser les bases juridiques sur lesquelles les arbitres amènent leurs appréciations, tant sur la responsabilité que sur l'indemnisation.

812. – On a démontré, dans ce qui précède, les deux dimensions primordiales de cette règle contingente de l'indemnisation du préjudice.

813. – D'une part, le principe de la bonne foi s'applique par les arbitres en tant que principe de base dans le cadre des relations contractuelles. En outre, c'est un principe qui s'applique en tant que composante des normes transnationales, ce qui lui permet, d'un côté, d'avoir un champ d'application large sur tous les litiges arbitraux, et d'un autre côté, d'avoir une application en tant que principe des principes, en ayant une application en tant que norme transnationale qui, dans certains cas, prime même sur le droit interne applicable au fond en matière d'arbitrage.

814. – D'autre part, la fraude en matière d'arbitrage représente une obsession par les arbitres dans le souci d'y confronter par tous les moyens juridiques. On a ainsi dévoilé la large interprétation du concept de fraude, malgré quelques aspects d'indulgence. Ce qui a été traduit dans le fait de la sanction de la fraude, en ayant des conséquences très étendues, afin de réprimer tout comportement illicite qui aura, à son tour, des incidences importantes sur l'appréciation des arbitres. La sanction de la fraude par les arbitres peut alors s'étendre jusqu'à l'éviction d'une loi applicable au fond, ainsi que jusqu'à la non prise en compte des décisions issues par des autorités étatiques ou des décisions judiciaires. Toutes ces tentatives se résument dans la tentative des arbitres de garantir l'efficacité de l'arbitrage et une application pratique du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

815. – Toutefois, nous relevons, à ce stade, les remarques suivantes sur l’application de cette règle contingente d’indemnisation. Tout d’abord, notre point de départ doit être clair, et consiste en la tentative de trouver la méthode la plus opportune pour l’allocation de l’indemnisation du préjudice dans le cadre de cette règle contingente. De ce point de vue, il est utile de soulever que :

816. – Dans un premier lieu, nous ne partageons pas le fait d’avoir une interprétation large de la fraude, en l’étendant pour caractériser tout acte illicite de la même manière, ce qui engendre des conséquences similaires sur l’indemnisation. Il faut donc distinguer entre la répression de tout acte illicite et la prononciation sur la fraude. Il est toujours judicieux de sanctionner le moindre comportement dilatoire par les arbitres. Sauf que la fraude est censée avoir des effets plus considérables sur l’indemnisation du préjudice. Ce qui rend plus opportun d’avoir une définition claire, ou une jurisprudence arbitrale précise et cohérente, pour constater et réprimer la fraude.

817. – Dans un second lieu, si on adopte une position juridique selon laquelle on réprime tout acte frauduleux sur la même base juridique de la fraude, il sera toujours judicieux de prendre en compte le concept de la partie professionnelle, afin de prévoir une application optimale de l’allocation de l’indemnisation la plus opportune du préjudice.

De ce fait, il faut distinguer entre une partie lésée professionnelle, et une autre non professionnelle, vu que les attentes légitimes envers cette partie, selon son statut professionnel ou non, pour vérifier toute violation juridique de la part de son cocontractant, ne peuvent évidemment pas être identiques. Par conséquent, l’appréciation des indemnisations dues ne sera pas similaire en adoptant des règles différentes pour apprécier la diligence de la partie lésée, d’après son statut professionnel. Un concept qui n’est tout même pas loin des appréciations amenées par les arbitres tant au fond du litige, voir l’exemple de l’affaire *Malicorp* soumise aux auspices du *CARCIA*¹²⁰⁷, qu’à la forme en se prononçant sur les coûts d’arbitrage, comme dans l’exemple de l’affaire *Inceysa*¹²⁰⁸.

¹²⁰⁷ V. *supra* n° 767 et s.

¹²⁰⁸ V. *supra* n° 759.

CONCLUSION DU TITRE I

818. – D’après l’illustration précédente sur les variables tenant au comportement fautif des parties et ses effets juridiques sur l’évaluation de l’indemnisation due, on constate que la prise en compte de celles-ci par les arbitres internationaux représente une partie primordiale de cette opération de l’évaluation.

819. – Comme déjà indiqué, le principe de la minimisation du préjudice par la partie lésée tend à ne pas aboutir ni à une sous-indemnisation, ni à une sur-indemnisation des préjudices. Dans beaucoup de cas, la minimisation du préjudice par la partie lésée est assujettie au pouvoir discrétionnaire des arbitres, selon des éléments de fait au cas par cas. Une hypothèse qui sort du cadre de l’évaluation mathématique de l’indemnisation, ce qui nous conduit à aborder ici plutôt le concept de l’indemnisation adéquate du préjudice. Le même raisonnement peut être adopté dans le cas de l’incidence juridique de la fraude sur l’indemnisation du préjudice, plus particulièrement avec souvent l’adoption d’une interprétation large, voire indécise, de la fraude par les arbitres.

TITRE II. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT NON FAUTIF DES PARTIES

820. – Les règles contingentes de l'indemnisation du préjudice peuvent aussi être l'objet des variables exogènes au comportement fautif des parties contractantes. Ci-après, on développera deux cas importants constituant des dérogations juridiques à l'allocation des dommages-intérêts à la partie lésée. Il est ainsi important de mettre l'accent sur le premier cas, qui est celui de la force majeure (Chapitre I) en tant que limite à l'indemnisation du préjudice. La mise en place des règles de la force majeure a pour effet d'écarter toute responsabilité du débiteur à l'égard de son cocontractant, en cas de manquement contractuel. Par conséquent, il n'y aura lieu à aucune indemnisation dans ce cas.

821. – Un second cas peut être constaté dans la stipulation des clauses contractuelles par les parties portant sur les règles de l'indemnisation du préjudice (Chapitre II). Dans cette hypothèse, l'indemnisation du préjudice sera assujettie aux clauses contractuelles prévues en ce sens, et non plus aux règles juridiques d'un droit quelconque. A l'opposition de l'hypothèse des variables tenant au comportement fautif des parties, on suppose ici que la survenance du préjudice ne soit pas imputable à la partie lésée. Or, les clauses contractuelles seront censées gérer le processus de l'indemnisation dans ce cas.

CHAPITRE I. LA THEORIE DE LA FORCE MAJEURE

822. – La notion de la force majeure¹²⁰⁹ représente certes une limite importante quant à l'indemnisation du préjudice subi par la partie lésée. L'établissement de l'évènement de la force majeure a pour effet d'exonérer le débiteur de toute responsabilité envers les préjudices subis par son cocontractant, et par suite de toute indemnisation due. Afin d'amener une étude cohérente sur la force majeure, il est important d'aborder la consécration et les composantes juridiques de celle-ci (Section I) avant de montrer sa mise en œuvre (Section II).

SECTION I. LA CONSECRATION ET LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE LA FORCE MAJEURE

823. – On mettra la lumière, d'une part, sur la consécration de la force majeure (Paragraphe I) et, d'autre part, sur les composantes juridiques de celle-ci (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA CONSECRATION DE LA FORCE MAJEURE

824. – Les effets juridiques de la force majeure sur l'indemnisation du préjudice connaissent une large reconnaissance dans les différents systèmes juridiques. On verra, d'abord, la consécration de la force majeure en droit français (A), et ensuite, on relèvera sa consécration par le droit anglais, ainsi que par les instruments internationaux du droit uniforme (B).

¹²⁰⁹ V. sur cette notion, Paul-Henri Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préface Bernard Teyssié, Paris : LGDJ, 1992.

A. La consécration en droit français

825. – Il est important ici de montrer comment le droit français aborde le concept de la force majeure (1), avant de mettre l’accent sur les règles de preuve prévues dans ce cas (2).

1. Le concept de la force majeure en droit français

826. – Il est bien établi, dans le Code civil français, à l’article 1147¹²¹⁰, en principe, que le débiteur est tenu d’indemniser son créancier en cas d’inexécution contractuelle ou en cas de retard dans l’exécution des dispositions du contrat. Toutefois, ce débiteur peut en être exonéré s’il prouve que le manquement contractuel provient d’une cause étrangère et non opposable à lui, ainsi qu’il n’a pas agi de mauvaise foi dans le cadre de l’exécution du contrat. De surcroît, l’article 1148 du même Code¹²¹¹ indique expressément que toute indemnisation est exclue en cas de la force majeure ou du cas fortuit. Dès lors, aux termes de cet article, il s’agit d’une exonération de la responsabilité du débiteur dans cette hypothèse, même si le créancier a subi un préjudice à cause du manquement contractuel établi.

827. – De cette illustration, on constate que la cause étrangère, justifiant l’exonération de l’indemnisation du préjudice, est traduite par deux termes juridiques, qui sont la force majeure et le cas fortuit. La doctrine contemporaine ne fait pas de distinction entre ces deux termes. Il est pratique ainsi d’aborder la force majeure dans l’exposé de cette situation juridique où le manquement contractuel ne peut pas être imputable au débiteur, puisqu’il s’est effectué en raison d’une cause qui lui est étrangère. Malgré l’ambiguïté des dispositions des articles précités du Code civil sur le concept de la force majeure¹²¹², il est constaté d’ailleurs, du moins dans la majorité de la doctrine contemporaine, que les critères juridiques de la force majeure se trouvent

¹²¹⁰ L’article 1147 du Code civil français dispose que « *Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

¹²¹¹ L’article 1148 du Code civil français dispose que « *Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

¹²¹² V. en ce sens, Louis Thibierge, *Le contrat face à l’imprévision*, Préface Laurent Aynès, thèse, *Economica* 2011, n° 248 et s., pp. 158-159.

dans la tropologie ; imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité de l'évènement affectant l'exécution du contrat¹²¹³.

828. – Toutefois, cette exigence classique de ces trois éléments constitutifs de l'évènement de la force majeure n'est pas sans contestation. Certains, par exemple, n'ont exigé que l'élément de l'imprévisibilité et celui de l'irrésistibilité de l'évènement affectant l'exécution du rapport contractuel, à l'exclusion de l'élément de l'extériorité, afin de permettre la mise en œuvre des effets juridiques de la force majeure. Une controverse qui a laissé des réflexes sur la jurisprudence. Malgré la constatation de l'exigence des trois éléments classiques constitutifs de la force majeure, certaines décisions ont pu affirmer, même expressément, que l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de l'évènement peuvent justifier l'existence d'une force majeure¹²¹⁴. En tout cas, l'appréciation des éléments constitutifs de la force majeure est soumise au pouvoir discrétionnaire du juge de fond. Les effets juridiques de la force majeure sont ainsi reconnus en droit français pour exonérer le débiteur de toute responsabilité, et par suite, de toute indemnisation du préjudice subi par la partie lésée dans ce cas¹²¹⁵.

2. Les règles de preuve dans le cas de la force majeure

829. – En droit commun, la preuve exigée, ainsi que les effets juridiques découlant de la survenance d'une force majeure, dépendent surtout de la nature de l'obligation incombant au débiteur, que ce soit une obligation de moyens ou une obligation de résultat¹²¹⁶. En principe, s'il s'agit d'une obligation de moyens, le débiteur n'est tenu dans ce cas que de se comporter comme une personne diligente, et le préjudice subi par son cocontractant doit être causé par sa faute pour l'établissement de sa responsabilité, et par la suite, pour être obligé de l'indemniser. Par contre, s'il s'agit d'une obligation de résultat, le seul fait de l'inexécution contractuelle suffit à présumer la responsabilité du débiteur, sans avoir besoin d'établir une faute contractuelle de sa part, et la

¹²¹³ *Ibid.*, pp. 165-167. Sur le développement du caractère triptyque de la conception de la force majeure dans la doctrine.

¹²¹⁴ V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, *Bull. Civ. I*, n° 243, *D.* 2008, n° 42, pp. 2935-2936, obs. Gallmeister.

¹²¹⁵ V. en ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, pp. 185, 189-190.

¹²¹⁶ Sur cette distinction dans le cadre de l'obligation de réparation en matière contractuelle, v. par ex. Jean Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Préface Rémy Cabrillac, *LGDJ*, 2001, pp. 55 et s.

constatation de l'obligation de celui-ci à indemniser son cocontractant de ce chef de préjudice¹²¹⁷. D'où l'importance de l'établissement de la survenance d'une force majeure. La responsabilité du débiteur peut être ainsi écartée, s'il a pu prouver que le manquement contractuel ne peut pas lui être opposable, car il résulte d'une cause étrangère et impossible à être évitée.

830. – Dès lors, rappelons qu'il est constaté, en principe, que la preuve de la survenance d'un cas de force majeure a pour effet d'exonérer complètement le débiteur de toute responsabilité, tant que le préjudice subi n'est pas le résultat de sa faute¹²¹⁸. Or, l'effet exonératoire de la force majeure se voit évincé dans certains cas. Par exemple, les parties peuvent s'entendre sur le fait que le débiteur assume les effets juridiques de la force majeure, ce qui écarte l'exigence de preuve dans ce cas. L'exigence de la preuve peut être aussi écartée s'il s'agit d'une disposition légale, ce qui représente une présomption légale ayant pour effet d'exclure l'effet exonératoire de la force majeure dans des cas spécifiques¹²¹⁹.

B. La consécration en droit anglais et dans les instruments internationaux du droit uniforme

831. – On verra, en ce qui suit, la consécration de la force majeure en droit anglais (1) de *common law*. Il est important de relever une telle consécration, ce qui montre que la notion de la force majeure est largement reconnue, non seulement dans le système juridique de *civil law*, mais aussi dans celui de *common law*. En outre, la consécration juridique de la notion de la force majeure est prévue aussi en droit international, en dehors même des droits étatiques. La codification des instruments internationaux du droit uniforme fait ainsi preuve de cette consécration juridique (2).

¹²¹⁷ V. aussi sur la distinction entre l'obligations de moyen et l'obligation de résultat, Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6^e éd., LexisNexis, 2013, pp. 326-327.

¹²¹⁸ V. par ex. Ass. Plén., 14 avril 2006, *RTD civ.* 2007, p. 574.

¹²¹⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 7^e éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, pp. 185, 192.

1. La consécration en droit anglais

832. – D’abord, il est important de souligner que le terme « *frustration* » en *common law* est l’équivalent de la notion juridique de la force majeure en droit français¹²²⁰. Rappelons que le droit anglais est un droit surtout jurisprudentiel qui se développe à partir des décisions judiciaires rendues pour constituer les règles juridiques, comme dans le cas qui concerne l’hypothèse de *frustration*.

833. – Sachant qu’il s’agit d’une différence juridique importante entre la notion de *frustration* et celle de la force majeure. Le terme juridique employé en droit français, celui de la force majeure, porte sur « la nature de l’évènement ». Par contre, le terme juridique employé en droit anglais, celui de *frustration*, porte surtout sur « les conséquences de l’évènement »¹²²¹. Pour la qualification de la nature de l’évènement de la force majeure en droit anglais, on aborde plutôt le terme de « *Act of God* ». Dès lors, les règles en cas de *frustration* en droit anglais sont destinées à traiter le sujet de l’exécution contractuelle, sans accorder aucune attention juridique particulière à l’évènement même de la force majeure¹²²².

834. – Les critères juridiques sur lesquels repose la notion de *frustration* en droit anglais consistent, d’une part, dans l’imprévisibilité de l’évènement perturbant l’exécution contractuelle et, d’autre part, dans l’impossibilité de l’exécution du contrat conclu. La mise en œuvre de ces critères juridiques se diffère de leur application en droit français. Par opposition à ce dernier, les critères juridiques de la notion de *frustration* servent plutôt à apprécier la raison de l’inexécution du contrat, et non pas pour apprécier l’existence d’une faute ou d’un comportement illicite de la part du débiteur. La jurisprudence anglaise montre une position très rigoureuse dans l’application des critères du cas de *frustration*, et ainsi une application restrictive de cette notion.

¹²²⁰ V. David W. Rivkin, *Lex mercatoria and force majeure*, in E. Gaillard ed., *Transnational rules in international commercial arbitration*, ICC Publication N° 480/4, 1993, Ch. 5, pp. 165 et s.

¹²²¹ V. Dominique Le Roy, *La force majeure dans le commerce international*, thèse, dir. Paul Lagarde, Paris I, 1991, p. 48.

¹²²² *Ibid.*

835. – L'imprévisibilité de l'évènement affectant l'exécution du contrat représente alors un élément constitutif pour la mise en jeu de la *frustration*¹²²³. Dans ce sens, la jurisprudence anglaise a écarté le critère de l'imprévisibilité à plusieurs reprises en raison de l'adoption d'une interprétation stricte de celui-ci. Cette position peut être représentée, par exemple, dans la prise en considération des clauses implicites. Cette solution signifie, par exemple, que si l'une des parties, notamment des professionnelles, a promis de fournir une obligation quelconque sans préciser comment elle l'exécutera, l'évènement perturbant l'exécution dans ce cas ne peut pas être considéré comme imprévisible¹²²⁴. Cette logique juridique exige ainsi que les risques encourus par le débiteur, dans le cadre de l'exécution du contrat, ne peuvent pas faire l'objet de l'élément de l'imprévisibilité. De surcroît, comme en droit français, la survenance de cet élément d'imprévisibilité perturbant l'exécution du contrat ne doit pas être imputable à la partie qui l'invoque.

836. – Ajoutons au critère de l'imprévisibilité que l'exécution du contrat doit devenir impossible, et non pas simplement perturbée, au détriment des intérêts du débiteur. La jurisprudence a pu constater un principe juridique, dans la décision *Taylor*¹²²⁵, selon lequel, afin de pouvoir mettre en œuvre les effets juridiques de *frustration*, une impossibilité doit affecter l'exécution du contrat ayant pour effet de mettre fin à celui-ci. Par conséquent, une simple perturbation dans l'exécution contractuelle, même si elle bouleverse l'économie du contrat, ne peut pas être soulevée pour se prévaloir des effets juridiques de la règle de *frustration*, si cette exécution ne devient pas impossible. La jurisprudence nous a introduit un autre cas où la *frustration* est admise quand le contrat devient inexécutable du fait d'une loi ou d'une réglementation gouvernementale¹²²⁶. Dès lors, la *frustration* peut avoir lieu quand l'exécution contractuelle n'est plus licite, en représentant ainsi une des formes de l'impossibilité dans l'exécution¹²²⁷.

¹²²³ Sur le critère de l'imprévisibilité en droit anglais, v. G. H. Treitel, *Frustration and force majeure, second edition*, London : Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, Ch. 13 « Foreseen and foreseeable events », pp. 505 et s.

¹²²⁴ V. par ex. *Peter Cassidy Seed Co. v. Osuustukkukauppa I.L.*, 1957, 1 *W.L.R.*, 273.

¹²²⁵ *Taylor v. Caldwell*, 1863, 11 *W.R.*, 729.

¹²²⁶ V. par ex. *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co.*, 1918, *A.C.*, 119.

¹²²⁷ V. Dominique Le Roy, *La force majeure dans le commerce international*, thèse, dir. Paul Lagarde, *Paris I*, 1991, *op. cit.*, pp. 52-54.

2. La consécration de la force majeure en tant que cause exonératoire d'indemnisation dans les instruments internationaux du droit uniforme

837. – L'évènement de la force majeure est reconnu dans les différents textes des instruments internationaux du droit uniforme, en tant que cause exonératoire de responsabilité, ainsi que d'indemnisation, en cas d'inexécution contractuelle. Dans ce sens, la Convention de Vienne mentionne le cas de la force majeure dans la section intitulée « *Exonération* », dans l'article 79 premier alinéa¹²²⁸. On peut déduire clairement des dispositions de l'article précité la consécration des trois éléments constitutifs de la force majeure, comme on les analysera plus tard dans notre étude. Une mention a été faite, d'abord, à l'élément de l'extériorité en employant l'expression « indépendant de sa volonté » pour justifier la non sanction de l'inexécution résultant d'un empêchement atteignant la partie défaillante. Une seconde mention a ensuite été faite à l'élément de la prévisibilité, dans le cadre du raisonnable, et enfin la précision de l'élément de l'irrésistibilité a été apportée, en disposant que la partie défaillante ne soit pas exonérée de l'indemnisation du préjudice dans le cas où « elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

838. – Les Principes *Unidroit* ont prévu, dans l'article 7.1.7 (1), des dispositions spécifiques concernant le cas de la force majeure¹²²⁹. L'exposé juridique de la force majeure, d'après l'article précité, ne diffère pas de celui étudié dans le cadre de la Convention de Vienne. Les trois éléments constitutifs de la force majeure sont ainsi cités de la même manière. Par ailleurs, les Principes *Unidroit* ont prévu une section spécifiée pour le cas de *hardship* en relevant dans l'article 6.2.1¹²³⁰ l'exigence de l'exécution du contrat, même dans le cas où cette exécution serait plus onéreuse, sous l'exception de la survenance du cas du *hardship*. La notion

¹²²⁸ V. l'article 79 (1) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980.

¹²²⁹ L'article 7.1.7 (2) des Principes *Unidroit* dispose que « *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences* ».

¹²³⁰ L'article 6.2.1 des Principes *d'Unidroit* dispose que « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship* ».

de *hardship* a été bien définie dans l'article 6.2.2 des Principes¹²³¹. Notons qu'une distinction juridique doit être relevée entre la notion de la force majeure et celle du *hardship*¹²³². La notion de *hardship* est principalement destinée à aborder l'adaptation du contrat¹²³³. Dès lors, dans le cas du déséquilibre de l'économie du contrat, la partie lésée, après la notification à son cocontractant, doit proposer une solution pour la réadaptation de celui-ci¹²³⁴. Par contre, la notion de la force majeure est principalement destinée à régler les problèmes découlant de l'inexécution contractuelle, soit par la suspension du contrat, soit par la résiliation de celui-ci¹²³⁵. On préfère traiter ces deux notions au même niveau, vu que le *hardship* traite aussi essentiellement la situation du déséquilibre économique du contrat au détriment de l'une des parties contractantes¹²³⁶. Les contrats du commerce international se sont développés en ce sens, de sorte que la distinction entre la notion de la force majeure et celle de *hardship* s'est beaucoup réduite¹²³⁷.

839. – Les principes du droit européen des contrats ont prévu aussi, dans l'article 8 :108, la situation juridique de la force majeure, sous l'intitulée de « *Exonération résultant d'un empêchement* ». Une définition de la force majeure, similaire à celle prévue dans la Convention de Vienne et des Principes *Unidroit*, apparaît dans l'article 8 :108 dans son premier alinéa¹²³⁸. Une définition qui comporte les trois éléments indiqués constitutifs de l'évènement de la force majeure, qui sont l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité du préjudice par rapport au débiteur.

¹²³¹ V. article 6.2.2 des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international, *Institut international pour l'unification du droit privé*, 2010.

¹²³² V. Denis Philippe, *la force majeure et le hardship*, dans *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (éd. 2010) et l'arbitrage – Actes du Colloque du CEPANI du 24 mai 2011*, dir. Guy Keutgen, *Bruylant* 2011, pp. 106-107.

¹²³³ V. Olivier Pomiès, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes "PUR", 2011, *op. cit.*, p. 103.

¹²³⁴ Philippe Delebecque, *Les clauses de "hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, p. 4.

¹²³⁵ V. Maskow Dietrich, *Hardship and Force Majeure*, *AJCL*, Vol. 40, 1992, p. 657.

¹²³⁶ La clause de *hardship* peut servir ainsi pour prévenir les contentieux. V. Alexandre Job, *Contentieux, MARC et entreprises. Quels enjeux, Quelles attentes ?*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 2.

¹²³⁷ Joern Rimke, *Force majeure and Hardship : Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the Unidroit Principles of international commercial contracts*, *Kluwer*, 2000, p. 232 ; Hans Van Houtte, Patrick Wautelet, Thalia Kruger et Govert Coppens, *The practice of arbitration : Essays in honour of Hans Van Houtte*, *Oxford and Portland, Oregon*, 2012, pp. 68-70.

¹²³⁸ L'article 8 :108 des principes du droit européen des contrats dispose que « Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences ».

840. – Dans le même ordre d'idées, on constate que la loi uniforme sur la vente internationale a abordé l'évènement de la force majeure dans l'article 74 (1)¹²³⁹. Toutefois, l'analyse des dispositions de l'article précité montre que la non responsabilité pour inexécution contractuelle n'exige que l'établissement des critères de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité du préjudice. Le critère de l'extériorité du préjudice n'est ainsi pas requis pour prouver la survenance d'un cas de force majeure.

PARAGRAPHE II. LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE LA FORCE MAJEURE

841. – Une force majeure exige l'établissement des caractères imprévisible et irrésistible du préjudice, et que ce dernier soit étranger au débiteur, de sorte que l'empêchement de l'exécution contractuelle s'avère impossible pour celui-ci¹²⁴⁰. Dès lors, l'évènement de la force majeure exige la jonction de ses caractères imprévisible, irrésistible et extérieure¹²⁴¹ (A). Pourtant, il est important de relever la controverse sur l'exigence d'une application cumulative des éléments constitutifs de la force majeure, ce qui nous amène à mener une réflexion sur cette exigence (B).

¹²³⁹ L'article 74 de la convention portant sur la loi uniforme sur la vente internationale dispose que « *Lorsqu'une partie n'a pas exécuté une de ses obligations, elle n'est pas responsable de cette inexécution si elle prouve que celle-ci est due à des circonstances que, d'après les intentions des parties lors de la conclusion du contrat, elle n'était tenue ni de prendre en considération, ni d'éviter ou de surmonter; à défaut d'intention des parties, il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique* ».

¹²⁴⁰ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations – 2. Le fait juridique*, 14^e éd., D. 2011, *op. cit.*, n° 168, p. 206.

¹²⁴¹ V. Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévision*, Préface Laurent Aynès, thèse, *Economica* 2011, n° 265, *op. cit.*, pp. 166-167.

A. Les éléments constitutifs de la force majeure

842. – La jurisprudence arbitrale internationale exige souvent l’existence des trois éléments constitutifs de la force majeure qui sont l’imprévisibilité (1), l’irrésistibilité (2) et l’extériorité (3) pour l’établissement de l’évènement de la force majeure.

1. L’imprévisibilité

843. – La signification de l’imprévisibilité. – Un des éléments constitutifs à examiner par les arbitres, pour la vérification de la survenance d’un évènement d’une force majeure, est celui de l’imprévisibilité¹²⁴². Ainsi, le préjudice subi par la partie lésée doit être imprévu par rapport au débiteur. L’imprévisibilité signifie que le débiteur n’aurait pas pu prévoir l’évènement qui a causé le déséquilibre contractuel, et par suite, l’inexécution du contrat, lors de la conclusion de celui-ci. A contrario, le débiteur qui aurait prévu un tel risque est considéré comme l’avoir accepté dès le moment de la conclusion du contrat¹²⁴³. On constate que la qualification de l’imprévisibilité se base sur la référence du raisonnable, comme précisé par exemple dans la Convention de Vienne¹²⁴⁴, dans les Principes *Unidroit*¹²⁴⁵ et dans les Principes du droit européen des contrats¹²⁴⁶.

844. – L’appréciation de l’imprévisibilité. – On peut relever à ce stade les difficultés pratiques quant à l’établissement de l’élément de l’imprévisibilité. Il est parfois difficile d’interpréter la volonté des parties, afin de constater ce qui est prévisible de ce qui ne l’est pas au moment de la conclusion du contrat. De surcroît, une telle interprétation pourrait ouvrir la porte vers une appréciation subjective de l’élément de l’imprévisibilité. En droit commun, il s’agit de certains évènements que la jurisprudence refuse de considérer, en principe, comme imprévisibles. Par conséquent, ces évènements ne peuvent pas constituer un élément constitutif de la force majeure, comme dans le cas d’une grève, pourvu qu’elle ne dépasse pas une certaine

¹²⁴² Sentence N° 1180, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 25, 2011, p. 5.

¹²⁴³ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d’obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 186.

¹²⁴⁴ V. article 79 de la Convention de Vienne.

¹²⁴⁵ V. l’article 7.1.7 (1) des Principes *Unidroit*.

¹²⁴⁶ V. l’article 8 :108 des principes du droit européen des contrats.

gravité ou une durée raisonnablement prévue¹²⁴⁷. Sinon, une telle hypothèse peut constituer, à juste titre, un élément constitutif de la force majeure. Dès lors, la référence souvent adoptée pour l'appréciation de l'élément de l'imprévisibilité est celle de l'imprévisibilité normale ou raisonnable, et non pas de l'imprévisibilité absolue¹²⁴⁸.

845. – Dans la même logique, on constate que les arbitres exigent l'existence de certains critères pour l'établissement de l'imprévisibilité. D'abord, l'élément de l'imprévisibilité doit survenir après la conclusion du contrat¹²⁴⁹. Deuxièmement, il est important de vérifier si aucun indice de cet événement d'imprévisibilité n'a existé dans la phase de la formation du contrat. Troisièmement, cet événement d'imprévisibilité ne doit pas représenter un simple risque ordinaire en matière du commerce international pour qu'il soit considéré en tant qu'élément constitutif de la force majeure¹²⁵⁰. Cette interprétation rigoureuse de l'imprévisibilité peut être relevée dans la sentence *CCI* n° 2216¹²⁵¹, dans laquelle le Tribunal a refusé d'admettre l'existence d'un événement de force majeure, pour la seule raison de l'incidence de la légation des changes sur l'exécution du contrat en l'espèce. C'est en raison de l'examen des autres éléments factuels qui avaient d'impact sur l'accueil de la réclamation du demandeur des dommages-intérêts (10 980 900 dollars américains), que le Tribunal a accordé à celui-ci une indemnisation pour inexécution contractuelle d'une somme de 285 000 dollars américains. Une telle méthode d'appréciation est censée prendre en considération aussi le principe, largement reconnu, de la présomption de compétence professionnelle à l'égard de la partie défaillante. Autrement dit, le degré de la diligence pour prévenir des risques qu'on peut attendre d'un professionnel, ne peut pas être le même que celui qu'on peut attendre d'un profane. D'une manière générale, la prévisibilité des risques qui auraient influé le contrat occupe une attention importante, notamment, en ce qui concerne les transactions internationales. Les contrats du commerce international, plus particulièrement ceux à longs termes, comportent souvent des

¹²⁴⁷ V. par ex. Cass civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, *Bull. Civ.* I, n° 54.

¹²⁴⁸ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, pp. 186-187.

¹²⁴⁹ V. par ex. sentence *CCI* n° 9466/1999, *YBCA*, 2002, p. 170.

¹²⁵⁰ V. par ex. sentence *CCI* n° 5617/1989, Recueil des sentences arbitrales de la *CCI*, Vol. III, p. 537, obs. D. Hascher.

¹²⁵¹ V. par ex. sentence *CCI* n° 2216/1974, *JDI*, 1975, p. 917, obs. Y. Derains.

risques soit économiques, soit politiques¹²⁵². Ce qui amène les arbitres à évincer ce qu'on appelle « les risques normaux du marché » du domaine de l'imprévisibilité¹²⁵³. Cette pratique, adoptée par les arbitres tend, à encadrer les difficultés juridiques quant à l'appréciation de l'élément de l'imprévisibilité¹²⁵⁴. Une telle solution est adoptée aussi dans le cadre de l'arbitrage maritime, pour évincer les risques normaux qui doivent être connus par les professionnels du champ d'application de la règle de l'imprévisibilité. Ainsi, un cas de force majeure ne peut pas être établi dans ce cas¹²⁵⁵.

846. – Sur l'efficacité de l'exigence de l'imprévisibilité en tant qu'élément constitutif de la force majeure. – L'appréciation de l'élément de l'imprévisibilité a montré beaucoup de difficultés dans la pratique arbitrale. Un critère objectif d'appréciation semble très difficile à mettre en œuvre pour établir l'imprévisibilité du débiteur. M. Derains a critiqué l'exigence de l'imprévisibilité en tant qu'un des éléments constitutifs de la force majeure. L'évènement de l'imprévisibilité, dans ce contexte, aurait pu ainsi être remplacé par celui où le débiteur ne peut plus être sous contrôle dans le cadre de l'exécution du contrat. Cette critique était faite dans le cadre des observations relevées par rapport à la sentence *CCI* n° 7539 rendue en 1995¹²⁵⁶. Une sentence qui a représenté un revirement vis-à-vis de la position antérieure de la jurisprudence arbitrale sur la question de la considération des réglementations gouvernementales comme prévisibles ou non, dans le cadre de l'examen de l'existence d'un cas de force majeure. La pratique arbitrale, avant la sentence précitée, considérait souvent que les réglementations gouvernementales établies après la conclusion du contrat ne pouvaient pas représenter un élément d'imprévisibilité¹²⁵⁷. Une telle règle a connu une mise en application par les arbitres en tant que règle générale de droit¹²⁵⁸.

¹²⁵² V. Hervoches Michèle, *Contrats internationaux : difficultés d'exécution*, Bull. européen et international, 1995, Vol. III, p. 16.

¹²⁵³ V. par ex. Sentence *CCI* précitée n° 4237/1984, Recueil des sentences arbitrales de la *CCI*, Vol. I, p. 167 ; sentence *CCI* précitée n° 5617/1989, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, p. 537, obs. D. Hascher.

¹²⁵⁴ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2009, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹²⁵⁵ Sentence N° 1167, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 22, 2010, p. 4.

¹²⁵⁶ Sentence *CCI* n° 7539/1995, *JDI*, 1996, p. 1030, obs. Y. Derains.

¹²⁵⁷ V. par ex. sentence *CCI* n° 2478/1974, *JDI*, 1975, p. 925, obs. Y. Derains.

¹²⁵⁸ V. par ex. sentence *CCI* n° 3093, 3100/1979, *JDI*, 1980, p. 951, obs. Y. Derains.

847. – La sentence précitée n° 7539 a conclu qu’une réglementation gouvernementale, même établie avant la conclusion du contrat, peut constituer un évènement d’imprévisibilité. Une position qui a été défendue par M. Derains par l’exigence de recourir plutôt à l’obligation plus large d’agir de bonne foi par les arbitres, au lieu de se fixer sur l’examen strict de l’existence de l’imprévisibilité¹²⁵⁹. Dès lors, on peut constater que l’évènement de l’imprévisibilité ne peut jamais reposer sur des critères objectifs. Son appréciation par les arbitres est variable pour chaque cas parce que, plus particulièrement, elle ne s’effectue pas seulement par rapport à l’évènement constituant l’élément de l’imprévisibilité, mais aussi par rapport à son intensité que le débiteur aurait pu prévoir. Ce qui a conduit certains à critiquer l’exigence de l’imprévisibilité si l’évènement était déjà irrésistible.

2. L’irrésistibilité

848. – Pour constater l’existence d’un cas de force majeure, il faut examiner l’existence d’un deuxième élément constitutif consistant dans l’irrésistibilité de l’évènement à l’égard du débiteur. Sachant qu’il est aussi possible d’utiliser le terme inévitable ou insurmontable dans ce contexte, vu que le but est d’établir l’existence d’un évènement que le débiteur n’avait pas pu éviter ou supporter, et qui a empêché la bonne exécution du contrat. Dans ce sens, il est utile de noter que l’irrésistibilité de l’évènement ne peut pas être vérifiée à l’écart de l’examen des mesures de précautions prises en compte par le débiteur à cet égard. Ces mesures de précautions doivent être vérifiées selon la référence du « raisonnable »¹²⁶⁰. Fait qui exige un examen subjectif de ce caractère raisonnable dans chaque cas. En dehors de ça, l’élément de l’irrésistibilité doit être examiné, conformément au droit commun, d’une manière rigoureuse. Dans ce sens, il faut que le débiteur soit dans un état d’impossibilité pour affronter cet évènement bouleversant l’équilibre du contrat, et par suite, qui a conduit à l’inexécution contractuelle de sa part. En outre, le débiteur, pour être exonéré de la responsabilité, doit établir qu’il a été sûrement empêché de l’exécution du contrat¹²⁶¹.

¹²⁵⁹ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, LGDJ, 2009, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁶⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2002, *Bull. Civ. I*, n° 183, *RC Ass.* 2002, comm. 323, note Groutel.

¹²⁶¹ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d’obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, n° 210, p. 187.

849. – L'exigence de l'évènement causant l'impossibilité de l'exécution contractuelle. – Une telle position est adoptée dans la jurisprudence arbitrale internationale. Ainsi, on constate que les arbitres internationaux vérifient toujours la survenance de l'évènement ayant pour effet de rendre impossible l'exécution du contrat, lors de l'examen de la constatation de l'existence d'une force majeure. Les arbitres ont souvent recours à un tel examen lorsqu'ils statuent sur la base d'un droit interne¹²⁶² ou des principes de la *lex mercatoria*¹²⁶³. Il a été affirmé que cette tendance jurisprudentielle dispose de la valeur d'une règle de la *lex mercatoria*, ainsi qu'elle est reconnue par la majorité des systèmes juridiques internes¹²⁶⁴.

850. – Par ailleurs, il est important de relever une difficulté pratique par rapport à l'examen de l'impossibilité de l'évènement. Les arbitres devaient déterminer précisément les limites entre l'évènement pour lequel l'exécution contractuelle devient impossible, et celui pour lequel cette exécution devient plus difficile ou lourde¹²⁶⁵. C'est en fait la première hypothèse qui doit être établie, afin d'admettre l'existence d'une force majeure par les arbitres. Dans ce sens, citons à titre d'exemple, la sentence *CCI* n° 1990¹²⁶⁶ qui a refusé de constater l'existence d'un cas de force majeure en raison que la survenance d'une hypothèse d'une dévaluation monétaire, en l'espèce, avait pour effet de rendre l'exécution du contrat plus coûteuse, par rapport à ce qui était convenu entre les parties, mais non pas vraiment impossible. A une autre occasion, les arbitres ont refusé aussi d'admettre l'existence d'une force majeure, même dans le cas du changement des conditions du contrat, à cause d'une réglementation gouvernementale, en justifiant cette décision par le fait qu'il n'était néanmoins pas impossible pour la partie lésée de se réadapter avec cette mutation contractuelle¹²⁶⁷. Cette illustration montre la rigueur des arbitres à admettre l'évènement de l'impossibilité dans l'exécution contractuelle, pour la constatation d'un cas de force majeure¹²⁶⁸. De plus, ils vérifient si l'évènement en tant que tel est insurmontable et inévitable.

¹²⁶² V. par ex. sentence *CCI* n° 10527/2000, *JDI* 2004, p. 1263-1271, spéc. p. 1269, obs. E. Jolivet.

¹²⁶³ V. par ex. sentence *CCI* n° 8501/1996, *JDI* 2001, pp. 1168-1169, obs. E. Jolivet.

¹²⁶⁴ Sentence *CCI* n° 5195/1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 101.

¹²⁶⁵ V. en ce sens, Jean-Luc Piotraut, *L'impossibilité d'exécuter un contrat*, *LPA*, 20 mai 1994, n° 60, p. 15.

¹²⁶⁶ Sentence *CCI* n° 1990/1972, *JDI* 1974, p. 897, obs. Y. Derains.

¹²⁶⁷ Sentence *CCI* précitée n° 8501/1996, *JDI* 2001, p. 1167.

¹²⁶⁸ Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, *LGDJ*, 2009, *op. cit.*, pp. 65-66.

851. – L'exigence du caractère insurmontable et inévitable de l'évènement. – Pour qu'un évènement soit susceptible d'être considéré en tant qu'irrésistible, il doit constituer une impossibilité réelle dans l'exécution de l'engagement contractuel. Les arbitres ont souvent recours à un examen rigoureux dans l'appréciation de l'évènement rendant impossible l'exécution du contrat, afin de constater le caractère irrésistible comme élément constitutif du cas de la force majeure¹²⁶⁹. Il est constaté ainsi que l'évènement de l'irrésistibilité ne peut pas exister si le débiteur disposait de solutions alternatives pour exécuter le contrat¹²⁷⁰. Dès lors, le caractère irrésistible de l'évènement doit être total et absolu.

852. – En somme, ce caractère insurmontable ainsi qu'inévitable, dans le cadre de l'examen de l'existence d'une force majeure, tend à établir l'impossibilité d'éviter l'évènement, cause du préjudice. Rappelons que, dans le cadre de cet examen, les arbitres prennent en considération les mesures essentielles prises par le débiteur afin de prévenir les évènements représentant des risques contraires à la bonne conclusion du contrat¹²⁷¹.

853. – Enfin, il est utile de relever la référence à laquelle recourent les arbitres pour déterminer le caractère insurmontable et inévitable de l'évènement constituant une force majeure. D'abord, il doit s'agir d'une impossibilité objective de l'exécution du contrat. Autrement dit, la cause de l'impossibilité ne peut pas être imputable au débiteur ou à son représentant légal¹²⁷². En outre, l'appréciation du caractère insurmontable et inévitable de l'évènement se base sur le caractère du raisonnable. Une telle position, rappelons-le, est consacrée dans les instruments internationaux du droit uniforme¹²⁷³. Dès lors, il apparaît qu'il suffit, pour le débiteur, de montrer qu'il agissait en tant qu'une personne normalement diligente. Par conséquent, un empêchement qu'on ne peut raisonnablement attendre du débiteur peut seulement constituer un élément constitutif de la force majeure¹²⁷⁴.

¹²⁶⁹ V. par ex. sentence *CCI* précitée n° 2216/1974, *JDI*, 1975, p. 917, obs. Y. Derains.

¹²⁷⁰ V. en ce sens, la sentence *CCI* précitée n° 10527/2000, *JDI* 2004, p. 1269, obs. E. Jolivet.

¹²⁷¹ V. par ex. sentence *CCI* précitée n° 9466/1999, *YBCA*, 2002, p. 170.

¹²⁷² V. en ce sens, la sentence *CCI* n° 5418/1988, *YBCA*, 1988, p. 91.

¹²⁷³ V. par ex. article 79 (1) de la *CVIM*, article 8 :108 des *PDEC* et l'article 7.1.7 (1) des *Principes Unidroit*.

¹²⁷⁴ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, *LGDJ*, 2009, *op. cit.*, pp. 68 et s.

3. L'extériorité

854. – L'exigence de l'évènement de l'extériorité justifiant la constatation du cas de force majeure représente un troisième élément constitutif de celui-ci, méritant ainsi d'être mis en lumière. On constate que l'article 1147 du Code civil français, par l'exigence de la survenance d'une cause étrangère pour l'établissement de la force majeure, a consacré ainsi, du moins implicitement, ce concept de l'extériorité. L'idée essentielle est que le débiteur ne peut pas se prévaloir d'un évènement dommageable, influant négativement sur l'exécution du contrat, qui lui soit imputable¹²⁷⁵.

855. – L'appréciation de l'élément de l'extériorité par les arbitres internationaux exige la vérification du caractère extérieur de l'évènement dommageable par rapport au débiteur, ainsi que la vérification que la survenance de cet évènement n'est en aucun cas imputable à celui-ci.

856. – L'extériorité de l'évènement par rapport au débiteur. – La jurisprudence arbitrale internationale montre que l'évènement constituant un cas de force majeure doit être extérieur au champ de l'activité du débiteur. Il paraît qu'un examen de plus en plus rigoureux est maintenu dans ce sens. Cette hypothèse s'illustre plus clairement dans les litiges arbitraux, dont une des parties est une entité publique en raison du rapport existant, plus ou moins, entre ces types d'organismes et l'Etat. Une telle hypothèse pourrait avoir des effets sur la qualification ou non de l'élément de l'extériorité, s'il s'agit d'une réglementation gouvernementale, par exemple, qui a une répercussion négative sur la capacité d'une autre entité publique dans le cadre de l'exécution du contrat.

857. – Une position antérieure était plutôt en faveur de la constatation de l'élément de l'extériorité dans l'hypothèse précitée, en justifiant cette décision sur la base de l'autonomie juridique de la personnalité morale de l'entreprise publique par rapport à l'Etat. Cette position jurisprudentielle a été modifiée plus tard. Ce revirement, dans la jurisprudence arbitrale, nous semble plus juste puisqu'il aboutit au maintien de la sécurité et de la stabilité des opérations du

¹²⁷⁵ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 188.

commerce international, ainsi qu'à l'interdiction de toute manipulation juridique de la part du débiteur. Ainsi, il apparaît que la protection des transactions internationales occupe l'attention des arbitres depuis longtemps statuant sur l'existence ou non de l'élément de l'extériorité¹²⁷⁶. Une telle solution s'avère logique et pratique aussi en examinant les relations existantes et les intérêts concordants entre les entreprises publiques et les Etats, de sorte qu'il sera parfois difficile d'envisager l'évènement de l'extériorité dans ce cadre si l'empêchement était dû à l'Etat. D'une manière plus générale, il s'agit d'un principe adopté par les arbitres, même en dehors du cas du rapport juridique potentiel entre une entreprise publique et un Etat quelconque, selon lequel l'évènement dommageable doit être étranger à toute activité ou toutes relations du débiteur pour qu'il puisse être considéré en tant qu'extérieur, dans le cadre de l'examen des éléments constitutifs de la force majeure¹²⁷⁷. Un tel examen rigoureux montre que l'évènement dommageable doit être, juridiquement et pratiquement, tout à fait étranger au débiteur¹²⁷⁸.

858. – La non imputabilité de l'évènement au débiteur. – Dans le cadre de la constatation de l'élément de l'extériorité, les arbitres vérifient aussi que l'évènement dommageable ne soit pas imputable au débiteur. En principe, le débiteur ne peut pas se prévaloir d'un évènement quelconque, pour se décharger de la responsabilité juridique, qui est survenu à cause de lui¹²⁷⁹. Une application rigoureuse effectuée par les arbitres en ce sens pourrait aboutir à la condamnation de la négligence du débiteur, en considérant que cette négligence est la cause la survenance de l'évènement de la force majeure¹²⁸⁰.

Dès lors, il est constaté que la non imputabilité de l'évènement dommageable au débiteur est exigée pour décider sur l'existence de l'élément de l'extériorité. L'établissement de ce facteur s'avère alors aussi nécessaire pour l'admission de l'existence de la force majeure. Il est important de souligner, dans ce cadre, que le comportement non imputable au débiteur ne peut pas être dissocié de l'élément de l'irrésistibilité. Autrement dit, l'imputabilité de l'évènement

¹²⁷⁶ V. par ex. les sentences *CCI* précitées n° 3093 et 3100 de 1979, S. Jarvin et Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *op. cit.*, p. 365.

¹²⁷⁷ V. par ex. sentence *CCI* précitée n° 9466/1999, *YBCA*, 2002, p. 170.

¹²⁷⁸ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, thèse, *LGDJ*, 2009, *op. cit.*, pp. 75-76.

¹²⁷⁹ V. Jan Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, *Rev. arb.*, 1990, p. 85.

¹²⁸⁰ V. en ce sens, la sentence *CCI* précitée n° 10527/2000, *JDI* 2004, p. 1270, obs. E. Jolivet.

dommageable au débiteur écarte la possibilité, pour celui-ci, d'invoquer que cet évènement est irrésistible¹²⁸¹.

859. – Pour conclure, l'établissement de la non imputabilité exige l'existence d'une impossibilité objective de l'exécution. Une telle impossibilité est donc censée être indépendante des parties contractantes¹²⁸². Ainsi, il apparaît que l'exigence de l'élément de l'extériorité est soumise à un examen approfondi par les arbitres internationaux, lorsqu'ils statuent sur l'existence de la force majeure¹²⁸³.

B. Réflexion sur l'exigence d'une application cumulative des éléments constitutifs de la force majeure

860. – Une application classique est adoptée dans la jurisprudence arbitrale internationale (1) consistant en l'exigence cumulative des éléments constitutifs de la force majeure. Une telle position s'avère rigoureuse, méritant ainsi qu'une analyse critique soit apportée (2).

1. L'adoption d'une application classique dans la jurisprudence arbitrale

861. – L'application classique de la théorie de la force majeure suppose l'existence cumulative des trois éléments essentiels qui sont, comme déjà illustrés, l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité¹²⁸⁴. On constate, dans certains cas, qu'il s'agit d'une relation, au moins tacite, entre ces trois éléments constitutifs de la force majeure. Ce qui peut justifier cette exigence cumulative de ceux-ci pour l'établissement de l'évènement de la force majeure. Les arbitres ont pu constater, par exemple, qu'une condition de l'impossibilité n'aurait pu être établie

¹²⁸¹ V. en ce sens, Ph. Bonfils, *in Regards croisés sur les principes européens du droit du contrat et sur le droit français*, dir. C. Prieto, *PUAM*, 2003, p. 453.

¹²⁸² Rivkin David, *Lex mercatoria and force majeure*, in E. Gaillard ed., *Transnational rules in international commercial arbitration*, ICC 1993, *op. cit.*, p. 186.

¹²⁸³ V. Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, *LGDJ*, 2009, pp. 77-78.

¹²⁸⁴ V. en ce sens, Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, thèse, Préface Remy Philippe, *LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers*, 2003, n° 312 et s.

que si le débiteur n'avait pas, à juste titre, prévu cet événement. Au surplus, un tel événement doit avoir pour effet, dans ce cas, de bouleverser l'économie du contrat¹²⁸⁵.

Ainsi, la jurisprudence arbitrale adopte souvent une interprétation classique de la force majeure, par l'exigence cumulative de ses trois éléments constitutifs précités¹²⁸⁶. Contrairement à la réticence de la jurisprudence française à l'égard de cette exigence cumulative, la jurisprudence arbitrale reste en principe constante à cet égard. Une solution qui peut être justifiée par la tentative des arbitres à toujours protéger la sécurité et la stabilité des relations contractuelles. Comme illustré à plusieurs reprises, les arbitres tendent d'abord à trouver une solution pour maintenir le rapport contractuel, conformément au principe de l'autonomie contractuelle et le respect de la volonté des parties. Par conséquent, ils n'admettent pas de se prononcer en faveur de la force majeure, tant qu'il y a des mécanismes pour sauvegarder le contrat, et pour l'adapter face aux changements des événements affectant son exécution¹²⁸⁷. Un autre aspect économique s'avère ainsi de l'adoption de cette position sévère dans la mise en application de la force majeure, consistant dans la priorité accordée à la protection de l'économie du marché en maintenant autant que possible les opérations des transactions internationales.

862. – Dès lors, l'exigence cumulative des trois éléments constitutifs de la force majeure constitue une position constante adoptée par les arbitres. Malgré l'existence de quelques sentences qui n'ont pas effectué l'examen de chacun de ces trois éléments pour constater la force majeure¹²⁸⁸, on constate néanmoins que les arbitres ont déclaré, expressément, à maintes reprises, que l'absence de l'un de ces trois éléments constitutifs suffit pour écarter la mise en œuvre des règles juridiques de la force majeure¹²⁸⁹. Il est important de relever ici que les arbitres sont

¹²⁸⁵ Sentence CCI précitée n° 5617/1989, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, pp. 537 et s., obs. D. Hascher.

¹²⁸⁶ V. par ex. la sentence CCI n° 11265/2003, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N° 2, 2009, pp. 92-93.

¹²⁸⁷ Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales CCI, JDI*, 1975, pp. 916-917.

¹²⁸⁸ V. par ex. la sentence CCI n° 2763/1980, *YBCA* 1985, Vol. X, p. 44 ; Sentence CCI n° 3880/1983, *YBCA* 1985, p. 44, *JDI* 1983, p. 897, obs. Y. Derains et S. Jarvin ; Sentence CCI précitée n° 7539/1995, *JDI*, 1996, p. 1030, obs. Y. Derains.

¹²⁸⁹ V. par ex. la sentence CCI précitée n° 8501/1996, *JDI* 2001, pp. 1167 et s., obs. E. Jolivet ; Sentence CCI n° 8873/1997, *JDI*, 1998, p. 1017, obs. D. Hascher ; sentence CCI précitée n° 10527/2000, *JDI* 2004, pp. 1268 et s., obs. E. Jolivet.

tellement attachés à cette position rigoureuse dans l'application de la force majeure, qu'ils l'appliquent souvent au titre de la *lex mercatoria* en dehors des lois étatiques¹²⁹⁰.

2. Analyse critique

863. – Malgré l'illustration précédente sur l'importance de l'exigence cumulative des éléments constitutifs de la force majeure, on peut relever une controverse doctrinale là-dessus. On constate, par exemple, que l'élément de l'irrésistibilité pourrait, dans beaucoup de cas, remplacer celui de l'imprévisibilité. Dans certains cas, il est opportun, en appréciant l'existence ou non d'un cas de force majeure, de ne pas prendre en considération l'imprévisibilité de l'évènement proprement dit, si celui-ci est inévitable en tout cas¹²⁹¹. Quant à l'élément de l'extériorité, il est important de noter que l'exigence de son existence, pour la constatation de la force majeure, est contestée¹²⁹². On observe ainsi que le projet *Catala* n'a pas fait une référence expresse à cet élément d'extériorité dans l'article 1349 dudit projet¹²⁹³.

864. – De l'analyse des trois éléments constitutifs de la force majeure, on peut déduire ce qui suit. En premier lieu, il nous semble que l'élément de l'imprévisibilité ne peut pas être pris en considération tout seul, sans rapport avec l'élément de l'irrésistibilité¹²⁹⁴. Ce qui signifie que si l'évènement est irrésistible, la constatation de la force majeure peut être justifiée en tout cas, même si cet évènement était prévu. La seule exigence, dans ce cas, consiste en l'obligation du débiteur d'avoir pris toutes les mesures nécessaires, dans la limite du raisonnable, pour prévenir un tel évènement. En second lieu, on constate que l'élément de l'extériorité ne peut pas être tout à fait justifié. La logique de l'exigence de cet élément réside dans le fait que le débiteur ne peut pas se prévaloir d'un évènement bouleversant l'économie du contrat dont il est la cause soit

¹²⁹⁰ V. en ce sens, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, 2009, *op. cit.*, pp. 79 et s.

¹²⁹¹ V. en ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 187.

¹²⁹² V. par ex. Paul-Henri Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préface Bernard Teyssié, LGDJ, 1992, *op. cit.*, n° 33 et s.

¹²⁹³ V. l'article 1349 de l'avant projet de réforme du droit des obligations (Projet *Catala*).

¹²⁹⁴ Sur l'exclusion de l'élément d'imprévisibilité pour l'établissement de la force majeure par les arbitres, v. la sentence CCI n° 14359/2007, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 940-941, note Bertrand Derains.

directement, soit indirectement. Cependant, un tel évènement peut être intrinsèque au contrat, sans qu'il soit survenu du fait du débiteur. Dans ce cas, il n'est pas judicieux de refuser la constatation de la force majeure du seul fait que l'évènement établi n'était pas extérieur aux parties contractantes ou du contrat conclu.

865. – Par conséquent, il sera opportun de prendre en compte, après l'examen vérifiant que l'évènement dommageable n'est pas imputable au débiteur et que celui-ci a employé les mesures raisonnablement nécessaires pour prévenir de tels risques, le seul caractère d'irrésistibilité en tant qu'élément essentiellement constitutif de la force majeure. Une telle solution s'avère pratique, et elle est proche du bon sens juridique. Ainsi par exemple, on constate qu'une solution similaire a été consacrée dans l'article 1349 de l'avant-projet *Catala*, concernant la réforme du droit des obligations¹²⁹⁵. Dans les dispositions de l'article précité, une mention expresse a été faite pour l'exigence de l'élément de l'extériorité. Toutefois, de la lecture de cet article, il ressort que l'exigence de l'élément de l'imprévisibilité en tant qu'élément constitutif de la force majeure est écartée, et cela en disposant qu'il suffit que débiteur ne puisse pas « éviter les effets par des mesures appropriées ». Tandis que l'irrésistibilité de l'évènement constituant la force majeure est inscrite d'une manière claire et non ambiguë, comme élément essentiellement constitutif de la force majeure. De même, une solution similaire a été adoptée dans les dispositions de la Commission de droit international "CDI". Pour l'exclusion de la responsabilité d'un Etat contractant en cas de manquement contractuel, l'article 23 alinéa premier de la *CDI*¹²⁹⁶, abordant l'évènement de la force majeure, a exigé « *la survenance d'une force irrésistible ou d'un évènement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'Etat et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation* ». Les dispositions de l'article précité écartent ainsi l'exigence cumulative des éléments constitutifs de la force majeure. Sachant qu'il est constaté, dans le même article, que les effets de la force

¹²⁹⁵ L'article 1349 de l'avant projet de réforme du droit des obligations dispose que « *La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure. La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers dont le défendeur n'a pas à répondre. La force majeure consiste en un évènement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées* ».

¹²⁹⁶ L'article 23 al. 1 de la *CDI* dispose que « *L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un évènement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation* ».

majeure ne peuvent pas, néanmoins, prendre effet en faveur de l'Etat contractant si l'évènement de la force majeure lui est imputable ou si ledit Etat assume les risques qui en découlent¹²⁹⁷. Enfin, il est important de souligner qu'il ne faut pas confondre l'évènement la force majeure avec l'état de nécessité, dans le cadre de l'exonération de la responsabilité du débiteur dans la codification de la *CDI*¹²⁹⁸.

866. – Après cette illustration sur les composantes juridiques et la consécration de l'évènement de la force majeure, il est important d'aborder le processus de la mise en œuvre de celle-ci.

SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA FORCE MAJEURE

867. – Il est nécessaire de montrer le processus de la mise en œuvre de la force majeure vu son impact sur l'indemnisation du préjudice subi par la partie lésée. D'abord, il faut souligner que l'effet exonératoire de l'indemnisation en cas de force majeure n'est pas automatique. Le débiteur, pour pouvoir se prévaloir de cet effet exonératoire, doit respecter certaines obligations juridiques en cas de survenance de la force majeure (Paragraphe I). Ensuite, on étudiera les effets juridiques de l'établissement de celle-ci (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES CONDITIONS DE L'EFFET EXONERATOIRE DE L'INDEMNISATION : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

868. – Afin d'admettre la mise en application des règles de la force majeure, les arbitres internationaux vérifient, d'abord, que certaines obligations ont été correctement remplies par le débiteur pour pouvoir se prévaloir de l'exonération de sa responsabilité. En ce sens, on mettra la lumière sur l'obligation de la renégociation (B), ou dans un sens plus large, celle de la

¹²⁹⁷ V. l'article 23 al. 2 de la *CDI*.

¹²⁹⁸ V. en ce sens, Antoine Martin, *Investment disputes after Argentina's economic crisis : interpreting BIT non-precluded measures and the doctrine of necessity under customary international law*, *Journal of International Arbitration* 2012, Vol. 29, N° 1, pp. 49 et s.

coopération, afin de surmonter toutes difficultés dans l'exécution. Le respect d'une telle obligation fait preuve d'ailleurs de la non existence d'une mauvaise foi dans le cadre de l'exécution contractuelle. Une autre obligation de notification (A), qui peut être considérée en tant que corollaire de la première obligation, incombe au débiteur de prévenir son cocontractant de tous obstacles survenus dans l'exécution du contrat¹²⁹⁹.

A. L'obligation de notification

869. – L'obligation de notification peut s'entendre, aussi d'une manière plus large, de celle de l'information. Une telle obligation d'information doit s'effectuer, en principe, d'une manière mutuelle entre les parties contractantes¹³⁰⁰. Dans le cadre de l'étude de la force majeure, une telle obligation a pour effet de trouver une opportunité pour réaménager la relation contractuelle perturbée. On mettra la lumière sur cette obligation de notification en tant que condition de la mise en application des règles de la force majeure (1). Il est important d'ailleurs de relever la valeur internationale de l'obligation de notification (2).

1. L'exigence de la notification en tant que condition de la mise en application des règles de la force majeure

870. – Il est constaté que, même avec la réunion des éléments constitutifs de l'évènement de la force majeure, le débiteur ne peut se prévaloir de ses effets juridiques que lorsqu'il procède à la notification de cet évènement à son cocontractant. Dès lors, la jurisprudence arbitrale internationale exige l'établissement de la notification en tant qu'obligation supplémentaire, pour que le débiteur puisse se voir exonéré de toute responsabilité. Une telle obligation est alors nécessaire dans la situation de force majeure, ou celle de *hardship*¹³⁰¹.

¹²⁹⁹ V. Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, thèse*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 1992, p. 167.

¹³⁰⁰ Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6^e éd., LexisNexis, 2013, *op. cit.*, pp. 94 et s.

¹³⁰¹ Sentence N° 1179, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 25, 2011, p. 5.

871. – Une solution qui s'avère cohérente avec la pratique des transactions internationales¹³⁰². D'une part, une telle pratique a pour effet d'honorer le principe général de l'exécution du contrat de bonne foi. Quand le débiteur avise l'autre partie au contrat, ce comportement a pour effet de prôner le principe de la transparence et la loyauté dans les relations contractuelles¹³⁰³. D'autre part, la notification de la survenance de la force majeure tend à protéger la sécurité des relations contractuelles, voire à parfois pour effet d'accorder une opportunité pour sauvegarder le contrat. La notification au créancier de la survenance de la force majeure pourrait alors donner la chance à celui-ci de réaménager sa situation contractuelle, voire de minimiser ses préjudices qui en découlent, ou lui donner le temps de trouver des solutions alternatives avec son débiteur.

872. – Vu l'importance, ainsi que la large reconnaissance, de l'exigence de la notification de la force majeure, il est simple de relever aussi son existence courante dans les clauses contractuelles de la force majeure. Là il s'agit d'une pratique contractuelle bien connue depuis longtemps, notamment dans les contrats du commerce international, dans lesquels les parties contractantes stipulent souvent une clause portant sur le cas de la force majeure, en exigeant l'existence d'une obligation de notification de la survenance de celle-ci par le débiteur. Les arbitres internationaux n'hésitent pas normalement à appliquer rigoureusement ce type de clauses contractuelles, en ayant une position stricte tendant à ne pas donner effet aux règles de la force majeure dans le cas du non-respect de l'obligation de la notification¹³⁰⁴. En ce sens, la jurisprudence arbitrale est tellement exigeante sur ce point, qu'elle a constaté l'impossibilité de l'application d'une clause contractuelle de force majeure en cas du défaut de notification¹³⁰⁵.

¹³⁰² Fontaine Marcel, *Les contrats internationaux à long terme*, in Etudes offertes à Roger Houin, D. Sirey, 1985, p. 104.

¹³⁰³ V. Jan Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, *Rev. arb.*, 1990, *op. cit.*, p. 89.

¹³⁰⁴ V. par ex. la sentence CCI précitée n° 2478/1974, *JDI*, 1975, p. 925, obs. Y. Derains.

¹³⁰⁵ V. la sentence CCI précitée n° 4237/1984, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 167.

873. – Cette exigence, de la part de la jurisprudence arbitrale, montre que la notification de la force majeure représente ainsi une condition essentiellement complémentaire pour la mise en œuvre des effets de celle-ci¹³⁰⁶. Fait qui indique qu’il ne s’agit pas d’une simple formalité, mais plutôt d’une condition nécessaire affectant l’application du fond du litige¹³⁰⁷.

2. La valeur internationale de la règle de notification

874. – L’exigence de la notification en cas de force majeure par les arbitres revêt d’une certaine autonomie dans l’application. Il apparaît que, peu importent les dispositions de la loi applicable au fond du litige, les arbitres ne peuvent pas négliger en tout cas la vérification de l’existence d’une notification par le débiteur pour pouvoir donner effet aux règles de la force majeure¹³⁰⁸. Cette position amène à en déduire le caractère supranational de la règle de notification dans la survenance d’un cas de force majeure.

875. – Bien que la condition de la notification n’existe pas, par exemple, dans les dispositions de la loi uniforme sur la vente internationale, voir l’article 74, portant sur l’exonération de la responsabilité¹³⁰⁹, il s’avère que les textes juridiques ultérieurs ont adopté une position différente en exigeant précisément et expressément une telle obligation. On peut relever l’existence de cette exigence de la notification dans les dispositions des instruments internationaux du droit uniforme. Citons, par exemple, le cas dans les Principes *Unidroit*, dans l’article 7.1.7 (3)¹³¹⁰, dans lesquels l’obligation de notification dans le cas de la survenance de l’évènement de force majeure a été expressément précisée. Dans le même sens, la notification en cas de force majeure est inscrite dans l’article 8 :108 (3) des Principes du droit européen des

¹³⁰⁶ Le devoir d’information est aussi exigé dans le cas de *hardship*, v. Philippe Delebecque, *Les clauses de “hardship” et d’exonération de responsabilité dans les chartes parties*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁰⁷ V. en ce sens, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, 2009, pp. 89-90.

¹³⁰⁸ V. par ex. sentence *CCI* précitée n° 10527/2000, *JDI* 2004, p. 1271, obs. E. Jolivet.

¹³⁰⁹ V. l’article 74 de la Convention de la loi uniforme sur la vente internationale (“*LUVI*”) en 1964.

¹³¹⁰ L’article 7.1.7 (3) des Principes *Unidroit* dispose que « *Le débiteur doit notifier au créancier l’existence de l’empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n’arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l’empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception* ».

contrats¹³¹¹. Une même position a été adoptée par la Convention de Vienne, dans l'article 79 (4) abordant l'exigence de la notification en tant que condition préalable à l'exonération de la responsabilité résultant du cas de la force majeure¹³¹².

876. – De la lecture des dispositions des articles précités, on peut relever les éléments suivants : Premièrement, on peut relever, d'après les dispositions précitées, la nature d'une telle obligation de notification. On constate que l'obligation de notification ne doit pas contenir simplement l'avertissement de la survenance d'un cas de force majeure, mais elle doit aussi comporter les conséquences de celui-ci sur l'exécution du contrat. Une telle exigence nous semble judicieuse en raison de sa cohérence avec le principe général de bonne foi et de loyauté régissant les contrats. Deuxièmement, il est bien précisé que la notification doit être effectuée dans un délai dit « raisonnable ». L'appréciation de l'élément du raisonnable doit être laissée normalement au pouvoir discrétionnaire des arbitres, puisqu'il est difficile de le soumettre à une référence objective. Le délai raisonnable est évidemment apprécié au cas par cas, en raison de la nature anormale de l'évènement de la force majeure. Troisièmement, on peut valablement déduire, des textes précités, que la survenance du cas de force majeure ne doit pas être forcément portée réellement à la connaissance du débiteur pour lui faire opposer une telle obligation. Le débiteur est censé être diligent, et sa négligence dans le cadre de l'exécution contractuelle doit être ainsi sanctionnée en lui refusant de se prévaloir des effets juridiques de l'évènement de la force majeure. Il nous semble alors que c'est sur cette base juridique que l'obligation de notification est due au débiteur, à partir du moment où il aurait dû avoir connaissance de l'empêchement, et non pas seulement au moment de la connaissance réelle de celui-ci. Enfin, quatrièmement, il est important de relever la sanction prévue, dans les textes précités, du défaut de notification de la part du débiteur. Une telle sanction est prévue sous la forme de l'allocation de dommages-intérêts subis du préjudice, qui découle de la non-notification de la survenance du cas de force majeure.

¹³¹¹ L'article 8 :108 (3) des *PDEC* dispose que « *Le débiteur doit faire en sorte que le créancier reçoive notification de l'existence de l'empêchement et de ses conséquences sur son aptitude à exécuter dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu, ou aurait dû en avoir, connaissance. Le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qui pourrait résulter du défaut de réception de cette notification* ».

¹³¹² L'article 79 (4) de la Convention de Vienne dispose que « *La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception* ».

877. – Il apparaît alors que la position de la jurisprudence arbitrale internationale s'avère plus rigoureuse, en évinçant tout effet juridique de la force majeure en cas du défaut de sa notification par le débiteur. Par contre, les dispositions précitées des instruments internationaux du droit uniforme ont disposé de la possibilité de l'allocation des dommages-intérêts à cause du préjudice résultant de ce manquement contractuel¹³¹³.

B. L'obligation de renégociation du contrat de bonne foi

878. – **La philosophie de l'obligation de renégociation dans le droit de la responsabilité contractuelle.** – Lors de la conclusion d'un contrat, notamment les contrats à long terme dont l'exécution se déroule dans le temps, les parties contractantes prennent en considération les circonstances tant actuelles que futures, dans le souci de prévoir les difficultés éventuelles dans l'exécution. Pourtant, ces circonstances prévues au moment de la conclusion du contrat peuvent être modifiées ultérieurement. Alors, il est admis que de telles mutations importantes peuvent influencer les obligations contractuelles relatives à l'exécution du contrat¹³¹⁴.

La justification de cette solution peut résider dans la philosophie même des relations contractuelles. Il est constaté que le contrat est « un acte de prévision ». Cependant, on peut souvent observer, lors de l'exécution du contrat, que « l'imprévision semble avoir tué la faculté même de prévision ». Dès lors, il est fort probable d'envisager souvent des circonstances qui n'avaient pas été prévues par les parties, notamment dans les contrats à long terme¹³¹⁵. Il est logique, alors, de ne pas être sans arme face au déséquilibre contractuel qui n'est pas imputable aux parties. En ce sens, il est important, d'ailleurs, de sanctionner la mauvaise foi dans l'exécution du contrat. Le rapport contractuel est la base sur laquelle les parties peuvent agir. Cependant, ils doivent utiliser leurs prérogatives contractuelles de bonne foi. Dans ce cadre, il est raisonnable d'admettre que « le refus de renégocier les termes du contrat est une prérogative dont

¹³¹³ V. en ce sens, Ph. Bonfils, *in Regards croisés sur les principes européens du droit du contrat et sur le droit français*, dir. C. Prieto, PUAM, 2003, *op. cit.*, p. 455.

¹³¹⁴ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, p. 365.

¹³¹⁵ Laurent Aynès, *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009) – Rapport introductif*, RDC I, 2010, pp. 380-382.

l'usage peut s'avérer abusif ». Par conséquent, l'allocation des dommages-intérêts, par le juge ou l'arbitre, sera justifiée en cas de refus de renégociation abusive¹³¹⁶.

Dans la logique économique, le changement des circonstances, causant un déséquilibre contractuel au détriment de l'une partie au contrat, peut être l'objet d'une action en réparation. Cependant, l'autre partie ne peut pas être responsable d'indemniser entièrement les préjudices subis, si la cause du déséquilibre n'est pas la faute de l'une ou de l'autre partie. Dans la logique juridique, le principe qui gouverne le domaine de l'exécution contractuelle est celui de la force obligatoire du contrat. Par conséquent, le droit civil français n'admet pas la révision judiciaire du contrat pour imprévision en cas de difficultés d'exécution. Par ailleurs, une renégociation du contrat en cours d'exécution est possible, s'il s'agit d'une clause contractuelle qui la permet, ou si une loi l'impose¹³¹⁷. En dehors de ces hypothèses, il sera difficile d'imposer la renégociation du contrat à cause de la force obligatoire de celui-ci. Toutefois, une solution juridique peut s'imposer dans ce cas, qui est le devoir de la renégociation du contrat fondé sur l'obligation d'exécuter celui-ci de bonne foi, conformément à l'article 1134 al. 3 du Code civil qui prévoit que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Sur cette base juridique, un juge ou un arbitre international, n'ayant pas le pouvoir de modifier le contrat dans ce cas, peut néanmoins considérer le refus de la renégociation du contrat par l'une des parties comme acte fautif eu égard du principe de bonne foi¹³¹⁸.

879. – L'existence d'une obligation de renégociation contractuelle de bonne foi dans l'arbitrage international. – De même, les arbitres internationaux n'ont alors pas en principe le pouvoir de modifier le contrat. Pourtant, en vertu du principe de bonne foi précité, qui est un principe général de droit, les arbitres peuvent considérer que les parties ont l'obligation de renégocier leur contrat en cas de déséquilibre. Le principe de bonne foi est susceptible d'être appliqué en tant que principe transnational par les arbitres en dehors de tout droit étatique¹³¹⁹. Dès lors, la survenance du cas de force majeure n'empêche pas l'existence d'une obligation de renégociation de bonne foi du contrat conclu. Une telle obligation de renégociation existe

¹³¹⁶ Laurent Aynès, *Mauvaise foi et prérogative contractuelle*, *RDC I*, 2011, p. 689.

¹³¹⁷ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, *Defrénois*, 2013, *op. cit.*, pp. 366-368.

¹³¹⁸ *Ibid.*, pp. 371-372.

¹³¹⁹ Sentence *CCI* n° 4761/1984, *JDI* 1986, pp. 1137-1139, obs. Sigvard Jarvin.

souvent, même s'il s'agit d'une clause contractuelle portant sur l'hypothèse de la force majeure. Un intérêt important découlant de cette obligation réside dans la tentative de la minimisation des pertes par les parties contractantes¹³²⁰. Dès lors, afin de prévenir des risques éventuels dans la phase de l'exécution contractuelle, les parties peuvent stipuler des clauses de négociation dans leur contrat¹³²¹.

880. – Par ailleurs, M. Fontaine a pu relever que les clauses de force majeure comportent fréquemment l'obligation de renégociation du contrat dans ce cas, notamment si cette situation existe pendant une certaine durée¹³²². De la même manière, on peut relever les clauses de *hardship*, notamment dans l'arbitrage maritime, qui imposent souvent aux parties une obligation de renégociation en cas de la survenance d'un préjudice imprévu pendant l'exécution du contrat¹³²³. Il est même admis, de longue date, d'accorder à cette obligation de renégociation dans le cas de la survenance de force majeure une valeur transnationale¹³²⁴.

881. – Ainsi, il s'avère que la jurisprudence arbitrale internationale favorise de ne pas mettre fin au contrat, du moins dans un premier temps, même dans l'hypothèse de l'établissement de la force majeure¹³²⁵. Dans ce sens, les arbitres internationaux adoptent depuis longtemps une position tolérante dans la mise en application de la force majeure. Ils exigent souvent, dans le cas de la survenance de force majeure, que le débiteur emploie des mesures nécessaires afin de trouver des solutions alternatives possibles avec son cocontractant, au lieu de se contenter de se prévaloir de l'évènement de la force majeure dans le seul but de ne pas exécuter le contrat conclu et de ne verser aucune indemnisation à ce dernier¹³²⁶. Dès lors, la tendance générale de la jurisprudence arbitrale est d'inciter les parties contractantes à tenter, si c'est possible, de ne pas mettre fin définitivement à leur relation contractuelle. La solution de la

¹³²⁰ V. Dominique Le Roy, *La force majeure dans le commerce international*, thèse, dir. Paul Lagarde, Paris I, 1991, *op. cit.*, pp. 729 et s.

¹³²¹ Alexandre Job, *Contentieux, MARC et entreprises. Quels enjeux, Quelles attentes ?*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 2.

¹³²² M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant, FEC, 2003, p. 228.

¹³²³ Sentence N° 1172, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 22, 2010, p. 4.

¹³²⁴ V. Kahn Philippe, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, Clunet 1974, p. 485.

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ V. en ce sens, La Cour d'arbitrage des échanges maritimes du Japon, sentence rendue le 8 juillet 1983, *YBCA* 1986, Vol. XI, spéc. p. 195.

mise en application stricte des règles de la force majeure, exonérant le débiteur de toute responsabilité, vient ainsi dans un second temps.

882. – Dans le même ordre d'idées, une perturbation temporaire du contrat peut être admise par les arbitres pour éviter l'application des règles de la force majeure. D'où l'importance aussi de la renégociation par les parties, ce qui aurait pour effet d'éviter une extinction définitive du contrat. Dans cette hypothèse, les arbitres exigent une telle obligation dans le but que la perturbation dans l'exécution du contrat ne soit que temporaire¹³²⁷. Donc, il devient nécessaire pour les arbitres d'exiger la renégociation du contrat, notamment dans le cas particulier de l'empêchement temporaire de l'exécution de celui-ci¹³²⁸.

PARAGRAPHE II. LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ETABLISSEMENT DE LA FORCE MAJEURE

883. – On expliquera, d'abord, l'effet exonératoire de la force majeure comme cause de la non-indemnisation du préjudice par les arbitres (A). Ensuite, on verra les dérogations à l'incidence de cet effet exonératoire de la force majeure (B).

A. Effet exonératoire de la force majeure : cause de la non-indemnisation du préjudice par les arbitres

884. – La constatation de la survenance de l'évènement d'une force majeure par les arbitres a pour effet de décharger le débiteur de toute responsabilité, et par conséquent, de l'exonérer de toute indemnisation qui en découle¹³²⁹. Dans l'hypothèse où l'évènement de la force majeure est déjà établi, on peut relever que les arbitres tendent à se contenter de respecter les dispositions contractuelles organisant l'engagement juridique des parties dans ce cas. Dans ce sens, on constate que le cas de force majeure engendre souvent un déséquilibre contractuel.

¹³²⁷ V. par ex. la sentence *CCI* précitée n° 2763/1980, *YBCA* 1985, Vol. X, p. 44.

¹³²⁸ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, *LGDJ, EJA*, Paris, 1992, *op. cit.*, pp. 167-168.

¹³²⁹ Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, éd. *Panthéon-Assas*, 2004, pp. 317-319.

Cependant, la jurisprudence arbitrale internationale a toujours montré une hostilité envers l'intervention des arbitres pour une réadaptation du rapport juridique existant en l'absence d'une clause contractuelle qui la permette¹³³⁰. Malgré, par exemple, la situation d'imprévisibilité caractérisant l'évènement de la force majeure, et justifiant le manquement contractuel, les arbitres ne procèdent pas néanmoins à la révision du contrat objet du litige¹³³¹. Les sentences arbitrales internationales en ont fait preuve à plusieurs reprises, ce qui montre le refus exprès à l'égard de la révision contractuelle par les arbitres notamment quand ce processus n'est pas prévu par les parties contractantes¹³³².

885. – Une telle application rigoureuse de la part des arbitres de la règle de la force majeure trouve sa source dans le principe du *pacta sunt servanda*, et dans celui de l'intangibilité du contrat¹³³³. Dès lors, afin de trouver des solutions pour le maintien ou la réadaptation du rapport juridique, au lieu de décider la non-indemnisation de tout préjudice issu d'un cas de force majeure, les arbitres préfèrent et soutiennent la pratique de la stipulation des clauses de force majeure ou de *hardship* dans les contrats internationaux¹³³⁴. Une pratique qui est très encouragée par des institutions arbitrales internationales comme la CCI et le CIRDI¹³³⁵. Ainsi, les arbitres ne peuvent pas réviser le contrat, même dans la survenance d'un évènement imprévu, sauf s'il existe une clause contractuelle expresse en ce sens, sinon ils risquent de dépasser leur mission conformément à la convention d'arbitrage¹³³⁶. Une telle position est ainsi bien établie dans la jurisprudence arbitrale¹³³⁷. Les arbitres considèrent, même dans les contrats à long terme, que si une adaptation du contrat n'a pas été prévue par une clause expresse pour faire face aux évènements imprévus et extérieurs aux parties, bouleversant l'équilibre de l'économie du contrat,

¹³³⁰ V. en ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 35 et s.

¹³³¹ V. Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévision*, Préface Laurent Aynès, thèse, *Economica* 2011, *op. cit.*, n° 362, p. 227.

¹³³² P. Deumier, *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale*, D. 2008, p. 494.

¹³³³ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, *op. cit.*, p. 28.

¹³³⁴ V. par ex. Jean-Yves Thomas, *Une nouvelle forme de "Performance clause", une anti clause de hardship*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 3.

¹³³⁵ V. Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévision*, Préface Laurent Aynès, thèse, *Economica*, 2011, *op. cit.*, p. 227.

¹³³⁶ V. en ce sens, A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria*, Paris, LGDJ, 1984, *op. cit.*, n° 571 ; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, Préface E. Loquin, LGDJ, 1992, *op. cit.*, p. 151 ; H. Muir Watt, *Les principes généraux en droit international privé*, JDI, 1997, p. 403.

¹³³⁷ V. par ex. sentence CCI Zürich n° 8486/1996, JDI 1998, p. 1047, obs. Y. Derains.

il sera opportun alors de déduire que les parties n'avaient pas la volonté d'adapter le contrat dans ce cas¹³³⁸.

886. – Une solution qui nous paraît logique vu que l'allocation aux arbitres du pouvoir d'aménagement des contrats aurait pour effet d'avoir une répercussion négative sur la stabilité, ainsi que sur la sécurité des transactions internationales¹³³⁹. Une solution qui s'applique avec un certain tempérament, en donnant davantage de pouvoirs aux arbitres, concernant l'aménagement contractuel, dans le cas de l'arbitrage de l'amiable composition¹³⁴⁰. Cette solution nous montre l'hostilité des arbitres internationaux à l'égard de l'aménagement contractuel en dehors d'une clause exprimant la volonté des parties à cet égard¹³⁴¹. Ainsi, le pouvoir de l'arbitre paraît restreint dans le cas de la force majeure pour rétablir l'équilibre du contrat et dans l'allocation, le cas échéant, d'une certaine indemnisation pour la partie lésée. L'effet exonératoire de la responsabilité, et l'éviction de toute indemnisation, en cas de force majeure, paraît ainsi insurmontable.

B. Les dérogations à l'incidence de l'effet exonératoire de la force majeure

887. – L'effet exonératoire de la force majeure s'oppose néanmoins au concept du respect et du maintien des rapports contractuels par les arbitres internationaux. Ce qui amène les arbitres à prendre des mesures qui auront pour effet de ne pas aboutir automatiquement et directement à l'exclusion de toute responsabilité du débiteur, mais par la suite, en l'exonérant plus tard ainsi de toute indemnisation d'une manière absolue. Ces processus dérogoires à l'effet exonératoire de la force majeure peuvent être bien illustrés, notamment, dans la procédure de la suspension du contrat par les arbitres (1), ainsi que dans les cas de l'adoption d'une interprétation restrictive de la force majeure par les arbitres (2), notamment sous le concept de « circonstances atténuantes » de celle-ci.

¹³³⁸ V. sentence CCI n° 5953/1989, *JDI* 1990, p. 1056, obs. Y. Derains.

¹³³⁹ V. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁴¹ V. Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévision*, Préface Laurent Aynès, thèse, *Economica* 2011, *op. cit.*, p. 228.

1. La suspension du contrat par les arbitres

888. – D’une part, on peut relever la constatation d’une pratique arbitrale constante concernant la suspension du contrat par les arbitres en cas de force majeure (a). D’autre part, on exposera la valeur transnationale de la règle de la suspension du contrat dans ce cas (b).

a. La constatation d’une pratique arbitrale constante

889. – **La justification de la suspension contractuelle en cas de force majeure.** – Afin d’éviter de constater automatiquement l’extinction du contrat conclu, à cause de la survenance du cas de force majeure, une solution qui écarte toute responsabilité du débiteur dans ce cas, la suspension de celui-ci peut servir pour atténuer l’impact d’une résiliation ardue de tout engagement juridique. M. Fontaine a défendu cette solution, même dans le cas où il existe une clause de force majeure prévue par les parties contractantes. Il a pu relever que, dans le domaine des transactions internationales, la survenance d’un cas de force majeure ne peut avoir, au moins au début de cet événement, qu’un effet suspensif sur le contrat¹³⁴². Il est allé même plus loin dans son analyse, en constatant que la clause de force majeure sert toujours à la réadaptation du contrat. La clause de force majeure peut être classée ainsi parmi les clauses de révision¹³⁴³.

Ce processus représente un moyen de réadaptation du contrat afin de le maintenir, si c’est possible, au lieu d’y mettre fin. Cette pratique de protéger les engagements contractuels est souvent adoptée par les arbitres¹³⁴⁴. La suspension du contrat permet ainsi aux arbitres de trouver une solution pour maintenir le contrat, sans empiéter sur la volonté des parties contractantes. D’où la validité juridique d’un tel processus. Dès lors, c’est seulement en cas de l’échec de sauvegarde du contrat, par la suspension de celui-ci, qu’intervient l’effet extinctif de la force majeure, et, par la suite l’exonération de toute responsabilité de la part du débiteur.

¹³⁴² M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, FEC, 2003, *op. cit.*, p. 228.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 241.

¹³⁴⁴ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l’étude d’un ordre juridique anational*, thèse, LGDJ, EJA, Paris, 1992, *op. cit.*, p. 166.

890. – Dans quelles circonstances peut-on suspendre le contrat en cas de force majeure ? – Il est important de souligner que la solution de la suspension contractuelle devient efficace et raisonnable dans le cas où il s’agit d’un empêchement temporaire¹³⁴⁵. Dans ce cas, il sera plus opportun de recourir à la suspension du contrat, afin d’éviter d’y mettre fin hâtivement. En outre, une telle solution a pour effet de garantir la continuation du contrat, nonobstant l’existence d’une perturbation dans l’exécution de celui-ci¹³⁴⁶. Dès lors, il apparaît que le recours à la suspension du contrat, dans ce contexte, est conforme aux règles juridiques régissant les contrats du commerce international, ainsi qu’à la tendance générale de la jurisprudence arbitrale internationale assurant la protection de la sécurité des transactions internationales. Ainsi, un aspect économique de cette solution apparaît dans l’effet de garantir la stabilité des relations contractuelles sur le marché. En suivant cette logique, il vaut mieux maintenir le rapport contractuel dès qu’il ne s’agit pas d’une impossibilité totale ou permanente dans l’exécution de celui-ci.

891. – De même, les arbitres peuvent suspendre le contrat, si un cas de force majeure est bien établi, dans le cas où la survenance de cet événement n’affecte que certaines obligations contractuelles. Dans le cadre du respect du principe de l’autonomie contractuelle, les arbitres doivent rechercher d’abord si un tel cas est prévu par les parties, sous forme de clauses contractuelles, afin de s’appuyer en premier lieu sur les dispositions du contrat conclu. Dans l’affaire *RSM*, dont la sentence a été rendue en 2010 sous l’égide du *CIRDI*¹³⁴⁷, les arbitres ont pu relever, lorsqu’ils statuaient sur les effets juridiques de la force majeure, l’article 28.2 du contrat conclu disposant que « *les obligations autres que celles affectées par la force majeure devront continuer à être remplies conformément aux dispositions du présent Contrat* »¹³⁴⁸. Dans ce cas d’espèce, les arbitres ont prononcé la suspension du contrat, en raison de l’évènement de la force majeure, en se basant sur les dispositions contractuelles en ce sens, et après avoir étudié les éléments de fait justifiant une telle suspension.

¹³⁴⁵ Patrick Saerens et William Pissoort, *Droit commercial international, Belgique : Larcier*, 2013, p. 146.

¹³⁴⁶ D. Philippe et C. Ruwet, *Les clauses mettant fin au contrat : in Les grandes clauses des contrats internationaux, 55^e séminaire de la Commission « Droit et Vies des Affaires », Bruylant, FEC 2005*, p. 248.

¹³⁴⁷ *RSM Production Corporation c. La République Centrafricaine, CIRDI*, affaire n° ARB/07/02, sentence rendue le 7 décembre 2010, (consultée le 3 juillet 2013), publiée au site officiel du *CIRDI*.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, para. 224.

892. – Par ailleurs, il est utile de souligner ici l’hostilité du droit anglais de *common law* à la suspension du contrat en cas de force majeure. Le cas de *frustration* en droit anglais est normalement sanctionné par la résolution automatique du contrat, ce qui reflète d’ailleurs la difficulté de traiter l’hypothèse de l’empêchement provisoire dans l’exécution du contrat¹³⁴⁹. Il apparaît ainsi que la possibilité de la suspension du contrat est écartée en droit anglais¹³⁵⁰. La jurisprudence anglaise en a fait, à maintes reprises, exemple en montrant le refus du concept de la suspension du contrat en général¹³⁵¹. La justification de cette hostilité envers la suspension du contrat en cas de *frustration* peut résider dans la signification indéterminée de ce concept qui pourrait aboutir à beaucoup de confusions. En outre, la suspension représente une source d’incertitude dans les relations contractuelles, dans le sens qu’il s’avère difficile de décider sur la durée de cette suspension contractuelle¹³⁵².

b. La valeur transnationale de la règle de suspension du contrat en cas de force majeure

893. – La consécration dans la pratique arbitrale. – La jurisprudence arbitrale internationale fait souvent application de la suspension du contrat en cas de force majeure en tant que règle générale du droit en matière du commerce international. Cette valeur juridique a été rappelée par les arbitres internationaux à plusieurs reprises, sachant que cette position juridique est adoptée de longue date, en affirmant que la suspension du contrat en cas de force majeure est une règle appartenant aux principes généraux du droit. A cela, il a été constaté que l’effet de la survenance de l’évènement de force majeure est, en premier lieu, la suspension du rapport contractuel. La justification de cette décision réside toujours dans la volonté d’assurer la pérennité du contrat¹³⁵³. Par conséquent, l’effet exonératoire, issu de l’extinction de la relation

¹³⁴⁹ V. Beale Hugh, *Partial and temporary impossibility in English and French law*, in *D’ici, d’ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Mélanges en l’honneur de Denis Tallon, SLC 1999, p. 25.

¹³⁵⁰ V. en ce sens, Cheshire, Fifoot and Furmston’s law of contract, 15th éd., Oxford, OUP 2007, pp. 674 et s. et pp. 721 et s.

¹³⁵¹ V. par ex. *Gorse v. Durham CC*, 1971, 1 *W.L.R.* 775 ; *Total Gas Marketing Ltd v. Arco British Ltd*, 1998, 2 *Lloyd’s Rep.* 209.

¹³⁵² V. G. H. Treitel, *Frustration and force majeure*, second edition, Thomson, Sweet & Maxwell, op. cit., Ch. 15 « *Effects of frustration* », n° 15-034, pp. 578-179.

¹³⁵³ V. par ex. la sentence n° 24/1971, rendue sous l’égide de la Commission d’arbitrage de Bucarest, *JDI* 1977, p. 892.

contractuelle, n'intervient que dans le cas où on ne peut pas suspendre le contrat. Ainsi, la suspension du contrat représente une solution alternative à la résolution de celui-ci.

894. – Les arbitres internationaux, rappelons-le, exigent, pour la mise en œuvre de la règle de la suspension du contrat, que l'empêchement de l'exécution soit temporaire et non pas définitif. Dans ce sens, il est bien établi que l'évènement de la force majeure représentant une impossibilité provisoire dans l'exécution du contrat ne peut pas avoir pour effet de libérer le débiteur de toute responsabilité. Une telle hypothèse exige plutôt alors la suspension du contrat, jusqu'à la cessation de la cause d'empêchement¹³⁵⁴. Cette pratique représente, à juste titre, un principe constamment appliqué par les arbitres internationaux¹³⁵⁵. En somme, la survenance d'un cas de force majeure momentanée ne justifie que la suspension de la relation contractuelle, et non pas l'extinction de celle-ci, en exonérant le débiteur de l'exécution du contrat tout au long de cet état d'empêchement qui ne devient pas permanent¹³⁵⁶. Il s'avère ainsi l'importance accordée au maintien du rapport contractuel reflétant cette solution de la suspension du contrat¹³⁵⁷.

895. – Dans le cas contraire, si l'empêchement affectant l'exécution contractuelle revêt d'un caractère définitif et absolu, les arbitres internationaux prononcent normalement la résolution du contrat¹³⁵⁸. Par conséquent, l'effet juridique de la force majeure, dans ce cas, ne devient plus l'admission de l'arrêt de l'exécution contractuelle, mais l'exonération réelle et totale du débiteur de toute responsabilité, et par suite, de toute indemnisation du préjudice qui en découle. De surcroît, il est important de souligner que la même solution est acceptée si l'évènement de la force majeure est devenu durable, et pas forcément permanent. Le critère de la durabilité est normalement soumis au pouvoir discrétionnaire des arbitres. Ainsi, une référence du « raisonnable » est toujours adoptée dans cette hypothèse¹³⁵⁹, alors que son application diffère ainsi d'un cas à un autre.

¹³⁵⁴ V. par ex. la sentence CCI précitée n° 10527/2000, *JDI* 2004, pp. 1270-1271, obs. E. Jolivet.

¹³⁵⁵ V. en ce sens, la sentence CCI n° 7359/1995, *JDI* 1996, p. 1030 et s., obs. Y. Derains.

¹³⁵⁶ V. sur cet argument, J. Treillard, *De la suspension des contrats*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. Paul Durand, *LGDJ* 1960, p. 83.

¹³⁵⁷ V. D. Philippe et C. Ruwet, *Les clauses mettant fin au contrat* : in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, *FEC* 2005, *op. cit.*, p. 252.

¹³⁵⁸ V. par ex. la sentence CCI n° 1840/1972, *YBCA* 1979, p. 209 ; Sentence CCI précitée n° 7539/1995, *JDI*, 1996, p. 1030, obs. Y. Derains.

¹³⁵⁹ V. par ex. la sentence CCI précitée n° 5195/1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 101.

896. – Pour conclure, pour que l’effet exonératoire de la force majeure soit mis en place par les arbitres, l’évènement résultant l’empêchement de l’exécution contractuelle ne doit pas être temporaire. Une solution qui s’avère judicieuse en tendant à la protection de la sécurité et de la stabilité des transactions internationales. Pour les mêmes raisons, la résolution du contrat doit être prononcée par les arbitres si l’empêchement devient prolongé ou définitif¹³⁶⁰.

897. – La suspension du contrat en cas de force majeure momentanée dans les instruments internationaux du droit uniforme. La solution issue de l’illustration précédente ne diffère pas beaucoup de celle inscrite dans les instruments internationaux du droit uniforme. Ainsi, le recours à la suspension du contrat en cas de force majeure est prévu dans les dispositions de la Convention de Vienne, dans l’article 79 (3), déclarant que l’effet exonératoire de la force majeure ne peut recourir que dans la période où l’exécution contractuelle s’avère impossible¹³⁶¹. L’article 8 :108 (2) des Principes du droit européen des contrats nous paraît plus exprès et clair en ce sens¹³⁶². D’abord, il a nettement précisé le cas de l’empêchement temporaire, en décidant ainsi que l’exonération de la responsabilité, dans ce cas, ne peut avoir lieu que pendant cette période d’empêchement. En outre, une référence importante a été faite pour mettre en œuvre les règles de la force majeure si le retard est considérable, et figure dans le terme de « l’inexécution essentielle ». Dès lors, même si l’empêchement de l’exécution était non définitif, les règles juridiques de la force majeure peuvent néanmoins prendre effet « si le retard équivaut à une inexécution essentielle ». Les dispositions de l’article précité tendent à déterminer la durée acceptable du retard, en dehors de laquelle il sera opportun de mettre en place les règles de la force majeure. Toutefois, il nous semble qu’il est préférable d’employer la référence de « la durée raisonnable » dans ce contexte. C’est pourquoi les dispositions de l’article 7.1.7 (2) des Principes *Unidroit*¹³⁶³, abordant le cas de la survenance d’une force majeure où l’empêchement

¹³⁶⁰ V. en ce sens, Mireille Taok, *La résolution des contrats dans l’arbitrage commercial international*, thèse, LGDJ, 2009, *op. cit.*, pp. 85-87.

¹³⁶¹ L’article 79 (3) de la convention de Vienne dispose que « L’exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l’empêchement ».

¹³⁶² L’article 8 :108 (2) des PDEC dispose que « Lorsque l’empêchement n’est que temporaire, l’exonération prévue par le présent article produit son effet pendant la durée de l’empêchement. Cependant, si le retard équivaut à une inexécution essentielle, le créancier peut le traiter comme tel ».

¹³⁶³ L’article 7.1.7 (2) des Principes *Unidroit* dispose que « Lorsque l’empêchement n’est que temporaire, l’exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l’empêchement sur l’exécution du contrat ».

est temporaire, nous paraît plus concises et cohérentes en adoptant expressément cette référence du « raisonnable ».

2. Une application restrictive de la force majeure par les arbitres

898. – Effet atténuant de la force majeure : la notion de « circonstances atténuantes ». – On constate que les arbitres ont parfois recours à la non application des règles de la force majeure proprement dites, afin de pouvoir toujours indemniser la partie lésée, adoptant ainsi une interprétation restrictive de la notion de la force majeure¹³⁶⁴. Dans ce sens, les arbitres empruntent, dans certains cas, une notion juridique portant sur les circonstances atténuantes afin de ne pas évincer complètement la responsabilité du débiteur.

899. – Cette position peut être relevée, par exemple, dans l'affaire *Waste Management*¹³⁶⁵ dont la sentence a été rendue sous l'égide du *CIRDI*, en 2004. Le Tribunal, lors de son examen de vérification de l'existence ou non d'une violation de l'article 1105 du *NAFTA*, traité applicable en l'espèce sur le traitement minimum de l'investisseur étranger, a pu constater le fait que la situation de la crise financière et la résistance publique ne peuvent pas être considérés comme excuses pour le manquement contractuel établi de la part de l'Etat contractant¹³⁶⁶. Pourtant, le Tribunal n'a pas sanctionné la violation contractuelle alléguée, pour une autre raison purement conventionnelle, en considérant qu'elle n'a pas atteint le degré d'une violation du standard du traitement minimum aux termes de l'article 1105 précité¹³⁶⁷.

¹³⁶⁴ V. en ce sens, Guy Block, *Arbitration and changes in energy prices : A review of ICC awards with respect to force majeure, indexation, adaptation, hardship and take-or-pay clauses*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N° 2, 2009, p. 53.

¹³⁶⁵ *Waste Management Inc. c. Mexique, Alena/CIRDI*, Affaire précitée n° ARB (AF)/00/3, sentence rendue le 30 avril 2004.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, para. 114.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, paras. 115-117.

900. – Dans le même ordre d'idées, on peut citer, par exemple, l'affaire *Tecmed*¹³⁶⁸ dont la sentence a été rendue en 2003 et dans laquelle le Tribunal a constaté que des protestations ont eu lieu en raison de la mise en place de l'investissement en l'espèce. Toutefois, le non renouvellement de la licence d'exploitation confiée à l'investisseur par la municipalité ne peut pas être justifié par les événements de la protestation, ni par la volonté de l'Etat de mettre fin à cet état d'instabilité politique dans le pays. L'Etat contractant a été ainsi condamné en l'espèce à indemniser la demanderesse d'une somme de 5 533 017 dollars américains, plus des intérêts multiples au taux légal de 6%. Dès lors, cet événement extérieur à la volonté de l'Etat ne peut pas, néanmoins, exonérer celui-ci, selon le Tribunal, de l'établissement de sa responsabilité¹³⁶⁹.

901. – Ainsi, on observe que cette position juridique adoptant le concept de circonstances atténuantes a pour but, d'une part, de ne pas écarter toute responsabilité du débiteur, bien que la faute commise ne peut pas lui être opposable, et d'autre part, de ne pas accorder à son cocontractant une indemnisation intégrale non plus à cause des risques qu'il a acceptés de supporter. Dans ce sens, on peut citer l'affaire *MTD*¹³⁷⁰, dont la sentence a été rendue sous l'égide du *CIRDI* en 2004. Le Tribunal a considéré que la difficulté financière qui a engendré des préjudices, pour les demanderesses en l'espèce, a été acceptée par celles-ci, du moins elles ont été mises au courant de cette situation, en considérant qu'il s'agit ainsi d'un risque accepté¹³⁷¹. Par conséquent, il a considéré que l'Etat ne peut être responsable en principe que de ses propres actes. Fait qui a conduit le Tribunal à condamner la demanderesse à supporter 50% du coût de leur préjudice subi¹³⁷². A cela, le Tribunal a pu néanmoins condamner l'Etat contractant en l'espèce à indemniser son cocontractant d'une somme totale importante de 5 871 322 dollars américains. Une telle position tend ainsi à trouver un compromis juridique pour indemniser un préjudice qui n'est pas en principe opposable au débiteur, alors que le créancier, de son côté, a subi des endommagements qui ne sont pas dus à sa faute ou à son imprudence non plus¹³⁷³. De ce fait, on peut en déduire alors la prise en compte d'un aspect économique, en amont de l'aspect

¹³⁶⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, CIRDI*, affaire n° ARB (AF)/00/2, sentence rendue le 29 mai 2003, (consulté le 10 juin 2013), publiée au site officiel de *ITA*.

¹³⁶⁹ V. Axelle Lemaire, *Cah. Arb.*, N° 2004/2, 2^e partie, p. 45.

¹³⁷⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI*, affaire précitée n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004.

¹³⁷¹ *Ibid.*, para. 242.

¹³⁷² *Ibid.*, para. 243.

¹³⁷³ V. Axelle Lemaire, *Cah. Arb.*, N° 2004/2, 2^e partie, *op. cit.*, p. 46.

juridique, en adoptant une telle position dans l'indemnisation du préjudice en cas de force majeure¹³⁷⁴. L'exclusion de l'effet exonératoire de la force majeure a aussi été relevée par la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, rendue le 26 septembre 2013¹³⁷⁵, en matière de transport. Il a été considéré expressément qu' « une entreprise ferroviaire n'est pas en droit d'inclure dans ses conditions générales de transport une clause en vertu de laquelle elle est exonérée de son obligation d'indemnisation relative au prix du billet pour cause de retard, lorsque le retard est imputable à un cas de force majeure (...) »¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ Sentence CCI n° 13504/2007, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N° 2, 2009, pp. 105-106.

¹³⁷⁵ CJUE, 26 septembre 2013, Aff. C-509/11.

¹³⁷⁶ Cécille Le Gallou, *Passagers et retard subi : la CJUE a un train d'avance*, *RLDC*, décembre 2013, Act. 5301, pp. 15-16.

CONCLUSION DU CHAPITRE

902. – L'événement de la force majeure constitue, certes, une dérogation à l'allocation des dommages-intérêts à la partie lésée. L'établissement de cet événement écarte toute responsabilité de la part du débiteur défaillant à cause de la survenance de celui-ci. Les arbitres internationaux appliquent rigoureusement les règles de la force majeure. Ils exigent souvent, cumulativement, les composantes de la force majeure qui sont l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité. Une telle application stricte, et en même temps classique, de la force majeure a abouti à ne pas mettre en jeu les effets juridiques de la force majeure dans plusieurs cas, ceci à cause du défaut de l'établissement de la réunion de ces trois composantes juridiques.

903. – Le débiteur afin de pouvoir se prévaloir des effets juridiques de la force majeure doit remplir d'abord certaines obligations juridiques. Une obligation de notification sera nécessaire dans ce cas, et doit être assumée par le débiteur envers son cocontractant au moment où il a connaissance de la survenance de l'évènement de force majeure, ou au moment où il est censé connaître la survenance de celle-ci. Une autre obligation, celle de la renégociation du contrat, incombe au débiteur dans cette hypothèse, dans le but de trouver une solution alternative d'inexécution contractuelle, ou au moins pour minimiser les préjudices qui découlent de l'évènement de la force majeure. Ces obligations contractuelles sont les corollaires de l'obligation générale de bonne foi régissant tout rapport contractuel.

904. – Enfin, il faut souligner que les arbitres, soit dans les litiges de commerce international, soit dans les litiges d'investissement, tendent généralement à maintenir les relations contractuelles lorsque c'est possible. C'est la solution privilégiée par la jurisprudence arbitrale, vu qu'elle rend effective la volonté des parties, d'une part, et qu'elle aboutit à la sécurité et à la stabilité des transactions internationales, d'autre part. Par conséquent, les arbitres ont souvent recours à la suspension du contrat, comme illustré précédemment, pour éviter de mettre fin à celui-ci durant la durée de la force majeure. Une hypothèse qui représente ainsi une dérogation à l'application classique de l'évènement de force majeure. En outre, l'interprétation, parfois restrictive de la force majeure par les arbitres, peut aussi constituer une limite à

l'application de celle-ci. Dans ce cas, les arbitres ne donnent pas effets aux règles de la force majeure, malgré l'existence d'un empêchement d'exécution, ce qui n'exonère pas le débiteur de l'indemnisation, du moins d'une partie, du préjudice.

CHAPITRE II. LES CLAUSES CONTRACTUELLES TENANT A LA DETERMINATION DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

905. – Par dérogation aux règles classiques de l'évaluation de l'indemnisation du préjudice, et plus particulièrement au principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice, les parties contractantes peuvent s'entendre pour prévoir, dans leur convention, le *quantum* des indemnisations dues en cas du manquement contractuel, voire l'inexécution du contrat. Cette hypothèse d'aménagement contractuel peut prendre plusieurs formes. Les parties peuvent prévoir ainsi, dans leur engagement contractuel, de limiter l'indemnisation éventuellement due à un certain barème, ou de déterminer un montant forfaitaire d'indemnisation, et parfois d'exclure toute indemnisation vis-à-vis de certains types de responsabilité.

906. – Cet aménagement conventionnel d'indemnisation se traduit sous forme des clauses contractuelles. Dès lors, afin d'illustrer le régime des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice, on montrera, dans un premier temps, la consécration et les formes de ces clauses (Section I) et, dans un second temps, la mise en œuvre de celles-ci (Section II).

SECTION I. LA CONSECRATION ET LES FORMES DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE

907. – On verra d'abord la consécration des clauses portant sur l'indemnisation (Paragraphe I), avant de préciser sous quelles formes on peut envisager celles-ci (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA CONSECRATION DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION

908. – D'une part, on mettra la lumière sur la consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit français (A). D'autre part, on verra cette consécration aussi dans les instruments internationaux du droit uniforme et en droit anglais (B).

A. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit français

909. – Il est important de relever la portée de l'aménagement conventionnel d'indemnisation (2), en sachant que ce type d'aménagement est admis en droit français malgré sa contrariété au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice (1).

1. L'admissibilité de l'aménagement conventionnel d'indemnisation nonobstant sa contrariété au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice

910. – La responsabilité contractuelle dispose malgré tout d'un statut distingué de la responsabilité délictuelle en droit français. La première exige que l'indemnisation soit conforme aux prévisions des parties. Par conséquent, le droit français ne s'oppose pas à la prévision d'une indemnisation consensuelle entre les parties contractantes avant la survenance d'un préjudice. Par contre, cette solution n'est pas admise en matière délictuelle. La jurisprudence admet, sous certaines réserves, l'insertion de clauses contractuelles relatives à l'indemnisation¹³⁷⁷. La solution représenterait une dérogation aux règles du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Une dérogation plus expresse peut être trouvée, sous certaines restrictions légales, dans l'admissibilité des clauses de non-responsabilité, ou au moins de l'éviction pour certains types de préjudices. La situation ne change certes pas avec la validité des clauses contractuelles prévoyant une indemnisation forfaitaire ou privée (le cas des clauses pénales). On trouve cette idée prévue dans l'article 1152 du Code civil français, admettant la possibilité d'un aménagement conventionnel relatif à un montant à payer en cas d'inexécution¹³⁷⁸.

¹³⁷⁷ Ph. Delebecque, *Prérogative contractuelle et obligation essentielle*, RDC, 01 avril 2011, n° 2, pp. 681 et s., paras 4 et s.

¹³⁷⁸ L'article 1152 du Code civil français prévoit, dans son premier alinéa, que « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ».

911. – Les dispositions de cet article, dans son deuxième alinéa¹³⁷⁹, ont prévu néanmoins que cette liberté des parties soit limitée au cas de la prévision d’une indemnisation excessive ou dérisoire¹³⁸⁰. Une controverse a eu lieu sur la portée juridique du régime des clauses limitatives de responsabilité, à savoir s’il relève ou non de l’ordre public international français. Une telle affirmation est douteuse parce qu’il paraît difficile de refuser l’application de telles clauses si elles sont valables dans la loi étrangère applicable au contrat, et notamment si elles sont souvent utilisées par le vendeur. Dans ce cas, l’acheteur aurait pu se soumettre à un autre régime plus avantageux au lieu d’invoquer la non-validité de ces clauses. En admettant cette solution, il sera plus équitable, alors, envers les vendeurs français, de reconnaître aussi ces clauses dans le cas où elles sont stipulées dans un contrat international en ayant le droit français comme celui applicable au fond¹³⁸¹.

912. – Malgré leur contrariété au principe de la réparation intégrale, les conventions relatives à la réparation jouissent d’une validité de principe en droit français¹³⁸², ainsi que dans la plupart des systèmes juridiques européens¹³⁸³. Elles doivent néanmoins respecter certaines conditions sous peine de nullité. D’abord, le régime juridique de l’aménagement conventionnel d’indemnisation, ou de responsabilité, est évidemment de nature purement conventionnelle. Par conséquent, il est nécessaire que ces types de clauses insérées dans le contrat soient certainement portés à la connaissance de chacune des parties. Dès lors, il a été jugé que, s’il n’était pas sûrement établi qu’une telle clause avait été connue de la part de l’un des contractants, elle doit être considérée inopposable à celui-ci¹³⁸⁴. De même, il apparaît que la méconnaissance exacte du contenu de ces clauses, par chacune des parties au contrat, a pour effet d’éviter celles-ci de tout

¹³⁷⁹ Le deuxième alinéa du même article prévoit que « Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

¹³⁸⁰ V. en ce sens, Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l’harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, CDPPOC, 2012, pp. 228-229.

¹³⁸¹ V. Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises – Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, 1990, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁸² Hubert Groutel et Jean Pechinot, *Droit français*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, pp. 110, 128.

¹³⁸³ Cristina Corgas-Bernard, *L’aménagement conventionnel du principe de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 67.

¹³⁸⁴ V. En ce sens, Com. 26 mai 1992, *Bull. Civ.*, IV, n° 211.

sens juridique¹³⁸⁵. En outre, les clauses contractuelles portant sur l'indemnisation ne doivent pas être contraire à l'ordre public. En ce sens, ces clauses ne peuvent pas restreindre ou exclure l'indemnisation en cas des dommages corporels, de même qu'elles doivent respecter certaines dispositions spécifiques, comme par exemple, en matière du droit de la consommation ou du droit de la concurrence¹³⁸⁶.

913. – Il apparaît clairement, de l'illustration précédente, que le régime juridique de l'aménagement conventionnel d'indemnisation a pour effet d'écarter l'application du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹³⁸⁷. Ces conventions relatives à la réparation ne font l'objet d'aucune réglementation juridique dans le droit positif français. Elles ne sont pas interdites, non plus, par aucun texte juridique. Cela reflète la volonté du respect de la liberté contractuelle qui justifie la validité de telles conventions, tant dans les contrats internes que dans les contrats internationaux¹³⁸⁸.

2. La portée de l'aménagement conventionnel d'indemnisation

914. – Il est important de souligner l'intérêt économique de l'aménagement conventionnel d'indemnisation. Le recours à cette solution a pour effet d'encadrer les risques encourus par les parties. Dans certains cas, on constate que c'est dans l'intérêt du créancier de s'entendre avec son débiteur défaillant, afin de trouver une solution conventionnelle satisfaisante pour les deux parties¹³⁸⁹. L'aménagement conventionnel portant sur l'indemnisation du préjudice peut être soit sous la forme de clauses contractuelles portant sur le *quantum* de la réparation (ou tout simplement clauses contractuelles portant sur l'indemnisation), qui sont les clauses objet de notre étude comme on les verra ci-après, soit sous la forme de clauses contractuelles portant sur

¹³⁸⁵ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 208.

¹³⁸⁶ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation (Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Conventions relatives à la responsabilité)*, *JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 210, 23 octobre 2012, *LexisNexis SA*, 2013, paras 91-98.

¹³⁸⁷ V. Christophe Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface. Philippe Brun, thèse, *D.* 2010, *op. cit.*, p. 476.

¹³⁸⁸ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation*, *LexisNexis SA*, 2013, *op. cit.*, para. 2.

¹³⁸⁹ V. en ce sens, B. Fages, *L'inexécution du contrat : Typologie des remèdes*, in *Lamy droit des contrats*, n° 368-15 et 17.

la nature de l'indemnisation due. Il est important de mettre la lumière ici, qu'en droit commun, il est admis que la portée des clauses contractuelles relatives à la réparation soit étendue pour porter sur la nature même de l'indemnisation éventuellement due.

915. – Dans ce cadre, on peut envisager deux types de clauses contractuelles. Ces clauses peuvent porter alors soit sur une indemnisation en nature, soit sur une indemnisation pécuniaire. Les clauses contractuelles désignant une indemnisation en nature peuvent être stipulées sous différentes formes. Dans le cadre du droit français, les parties peuvent s'entendre, par exemple, de ne pas appliquer l'article 1142 du Code civil¹³⁹⁰. Fait qui aura pour effet d'exclure toute indemnisation pécuniaire en cas d'inexécution contractuelle¹³⁹¹. D'une manière générale, les parties peuvent aussi exiger une exécution forcée du contrat ou, plus fréquemment, peuvent choisir une indemnisation par une prestation de remplacement en cas de manquement contractuel¹³⁹². Il est constaté que ce type de clauses permettant d'évincer toute indemnisation pécuniaire reste valable, en principe, respectant ainsi la volonté des parties contractantes¹³⁹³. Ce qui traduit ainsi le respect du principe de l'autonomie du contrat. Toutefois, la difficulté de la mise en œuvre de ces clauses s'avère accentuée en matière d'arbitrage international. Le souci pratique, dans ce cas, ne sera pas à l'égard du principe de l'autonomie du contrat, mais plutôt par rapport à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale qui dépend plutôt de la loi procédurale du pays dans lequel l'exécution est sollicitée. Le traitement de ce sujet sort du cadre de notre étude, celle qui porte sur l'évaluation de l'indemnisation, mais vu l'importance de cette polémique, il fallait en faire mention.

916. – Par ailleurs, les parties peuvent conclure des clauses contractuelles pour préciser que l'indemnisation éventuellement due doit être pécuniaire, afin d'exclure ainsi toute sorte de réparation en nature. L'admissibilité de ces deux types de clauses portant sur la nature de l'indemnisation en droit commun prouve, d'ailleurs, qu'il ne s'agit pas d'une véritable hiérarchie

¹³⁹⁰ L'article 1142 du Code civil français dispose que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

¹³⁹¹ V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, coll. *Droit civil*, 6^e éd., 2012, n° 323, p. 203.

¹³⁹² V. par ex. J. Huet, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), *Les principaux contrats sociaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 11508-1.

¹³⁹³ V. Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, Paris I, 2010, pp. 120 et s.

dans le cadre de l'indemnisation du préjudice¹³⁹⁴. Cet aménagement conventionnel déterminant la nature de l'indemnisation doit être effectué évidemment lors de la conclusion du contrat, ou au moins avant la survenance de l'inexécution contractuelle¹³⁹⁵. Pourtant, rien n'empêche qu'un contractant puisse renoncer à un type quelconque de réparation ultérieurement à l'inexécution contractuelle¹³⁹⁶. Dans ce cas, il suffit qu'une telle volonté soit vérifiée afin de prononcer sur l'indemnisation due¹³⁹⁷. Malgré l'existence d'une controverse juridique sur la validité de telles clauses¹³⁹⁸, elles restent néanmoins importantes et montrent une certaine efficacité pratique. Le refus de l'insertion de ces clauses ne peut pas être soutenu puisqu'il repose sur l'idée de la force obligatoire du contrat, alors qu'il s'agit plutôt du concept de sanctionner le manquement contractuel¹³⁹⁹. En outre, les clauses excluant un type d'indemnisation doivent toujours rester licites tandis que d'autres sanctions de l'inexécution du contrat sont encore prévues. L'idée essentielle pour qu'une telle clause soit valable est de ne pas exclure toute sorte d'indemnisation pour sanctionner le manquement contractuel¹⁴⁰⁰. Ainsi, on trouve que les parties peuvent valablement s'entendre à aménager conventionnellement la nature de l'indemnisation éventuellement due, qu'elle soit en nature ou pécuniaire¹⁴⁰¹.

917. – L'aménagement du montant de l'indemnisation peut être prévu par les parties sous différentes formes. Les conventions relatives à la réparation sont censées envisager le cas de l'inexécution contractuelle. Elles peuvent prévoir des dommages-intérêts forfaitaires en cas de manquement d'exécution du contrat (les clauses pénales). Elles peuvent aussi fixer un plafond d'indemnisation (clauses limitatives d'indemnisation), comme elles peuvent viser à supprimer toute indemnisation due (clauses élusives d'indemnisation). Sachant que ces clauses peuvent

¹³⁹⁴ V. en ce sens, Y.-M. Laithier, *La prétendue primauté de l'exécution en nature*, *RDC*, 01 janvier 2005, n° 1 pp. 161 et s.

¹³⁹⁵ V. par ex. Cass civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 08-11326, *Bull. Civ. III*, n° 67 ; *RDC* 2009, p. 1004, obs. T. Génicon.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ V. en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, *Contrats, Conc. Consum.* 2000, n° 94, obs. L. Leveneur.

¹³⁹⁸ V. par ex. G. Viney et P. Jourdain, dir. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *LGDJ*, 3^e éd., 2010, n° 232 et s., pp. 556 et s.

¹³⁹⁹ V. par ex. Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, *LGDJ*, 2004, *op. cit.*, n° 15 et s.

¹⁴⁰⁰ V. en ce sens, T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préface L. Leveneur, *LGDJ*, 2007, n° 334-1.

¹⁴⁰¹ V. Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, *Paris I*, 2010, *op. cit.*, pp. 126 et s.

aussi valablement viser à aggraver la responsabilité du débiteur¹⁴⁰². Par exemple, rien n'empêche que les parties puissent s'entendre à écarter la règle de la prévisibilité, pour pouvoir prétendre à l'indemnisation de tout préjudice, même imprévisible¹⁴⁰³.

B. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit anglais et dans les instruments internationaux du droit uniforme

918. – D'abord, on verra la consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit anglais (1). Ensuite, on mettra la lumière sur la consécration de ce concept d'indemnisation dans les instruments internationaux du droit uniforme (2).

1. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit anglais

919. – Avant 1977, la lutte contre les clauses de non-responsabilité n'était pas satisfaisante dans la jurisprudence anglaise, notamment dans les affaires opposant un agent de commerce contre un particulier. Il suffisait d'établir que ce dernier connaissait ou était supposé connaître l'existence de telles clauses dans le contrat conclu, pour ne pas être juridiquement protégé contre leur portée abusive. La situation a changé depuis l'issue de la loi de *Unfair Contract Terms Act* en 1977. A travers cette loi, un examen plus rigoureux peut être effectué ayant pour effet, le cas échéant, de mettre en place différents procédés pour contrôler tant les clauses exonératoires que limitatives de responsabilité, voire pour les déclarer non valables. Ces mesures juridiques ont été mises en place particulièrement pour ce qui concerne les contrats entre des agents de commerce et des consommateurs¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰² O. Bustin, *Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel*, D. 2012, 26 janvier 2012, n° 4, p. 238.

¹⁴⁰³ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation, JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 210, 23 octobre 2012, LexisNexis SA, 2013, *op. cit.*, para. 47.

¹⁴⁰⁴ R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, n° 370, pp. 267-268.

920. – Il est important de souligner ici que l’hypothèse précédente diffère de celle d’une clause établissant un forfait de responsabilité. La question qui se pose dans ce cas concerne la fin envisagée, par la stipulation d’une telle clause, vu que son sens peut être flou dans certains cas. D’abord, il nous semble correct de considérer cette clause comme ayant un rapport direct avec l’évaluation du préjudice. D’une part, le but d’une telle clause peut être de préciser les préjudices indemnisables, pour permettre au débiteur d’échapper à l’indemnisation dans les cas de faute contractuelle qui ne sont pas visés par la clause, ou pour anticiper une évaluation du montant de l’indemnisation due en cas de survenance d’un préjudice mentionné dans cette clause. Les parties recourent à cette méthode quand, notamment, le calcul de l’indemnisation est très difficile. D’autre part, la clause de forfait de responsabilité peut être prévue sous forme de punition, uniquement pour menacer le contractant de prévoir des dommages-intérêts et pour garantir la bonne exécution du contrat. Cette clause devient, dans ce cas, une sorte de peine privée. Le droit anglais ne refuse pas, en principe, la clause de forfait de responsabilité quand elle est stipulée de bonne foi par les parties, même en prévoyant des dommages-intérêts consensuels. Par contre, il n’admet pas l’existence d’une telle clause quand le but est uniquement de pénaliser le contractant¹⁴⁰⁵.

2. La consécration du concept de l’aménagement conventionnel d’indemnisation dans les instruments internationaux du droit uniforme

921. – Les dispositions de la codification des instruments internationaux du droit uniforme ne s’opposent pas au concept de la prévision des clauses contractuelles relatives aux règles de l’indemnisation par les parties, notamment en cas d’inexécution. Ainsi, par exemple, les Principes du droit européen des contrats ont prévu, dans l’article 9.509, la possibilité de prévoir le paiement d’une somme d’argent en cas d’inexécution, et cela sans porter atteinte à tout autre préjudice¹⁴⁰⁶. Pourtant, une telle clause contractuelle ne doit pas être excessive, ni disproportionnelle, par rapport au préjudice réellement subi dans le cadre de l’engagement

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 341.

¹⁴⁰⁶ L’article 9.509 des Principes du droit européen des contrats dispose que « (1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à raison de l’inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment de son préjudice effectif(...) ».

conclu, notamment en raison de l'inexécution¹⁴⁰⁷. Une telle solution s'avère identique dans les dispositions des articles 7.1.6¹⁴⁰⁸ et 7.4.13¹⁴⁰⁹ des Principes *Unidroit*. Cette hypothèse d'aménagement conventionnel est prévue aussi par le projet de cadre commun de référence "PCCR" (*Draft Common Frame of Reference "PCCR"*) dans l'article 3 :710¹⁴¹⁰, qui n'empêche pas l'allocation des intérêts à la somme prévue en cas d'inexécution. Dès lors, il s'avère qu'une large reconnaissance est établie à l'égard des clauses contractuelles relatives à l'indemnisation du préjudice.

922. – Cependant, une telle reconnaissance n'est pas absolue, puisqu'elle exige néanmoins que le montant de l'indemnisation prévue par de telles clauses ne soit pas excessif, sous peine d'être réduit par le juge de fond ou l'arbitre¹⁴¹¹. On constate, d'ailleurs, que la Convention de Vienne n'a pas abordé la question de l'admission de la stipulation des clauses portant sur l'évaluation d'indemnisation. Pourtant cette position ne signifie pas forcément le refus de telles clauses dans les contrats de commerce international¹⁴¹².

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, « (...) (2) Cependant, nonobstant toute stipulation contraire, la somme peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice résultant de l'inexécution et aux autres circonstances ».

¹⁴⁰⁸ L'article 7.1.6 des Principes *Unidroit* dispose que « Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement prétendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

¹⁴⁰⁹ L'article 7.4.13 des Principes *Unidroit* (Indemnité établie au contrat) prévoit que « 1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi.

2) Toutefois, nonobstant toute stipulation contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances ».

¹⁴¹⁰ Article III. — 3 : 710 du *DCFR*.

¹⁴¹¹ V. en ce sens, Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, CDPPPOC, 2012, *op. cit.*, pp. 228-229.

¹⁴¹² P. Schlechtriem et C. Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, D. 2008, n° 390.

PARAGRAPHE II. LES FORMES DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION

923. – La distinction entre les clauses portant sur les obligations contractuelles et celles portant sur l'indemnisation du préjudice. – Une distinction essentielle est établie entre, d'une part, les clauses aménageant l'étendue des obligations contractuelles¹⁴¹³, et d'autre part, les clauses aménageant le *quantum* de l'indemnisation¹⁴¹⁴. Dans la première hypothèse, l'objectif des clauses contractuelles est d'exclure ou d'alléger certaines obligations issues d'un contrat conclu¹⁴¹⁵. On constate que ce type de clauses contractuelles est admis tant qu'il ne porte pas sur l'obligation essentielle du contrat. Donc, leur validité est néanmoins soumise à certaines limites. En ce sens, les clauses allégeant les obligations ne doivent pas porter atteinte à l'économie du contrat. Aussi, les clauses qui tendent à évincer quelques obligations d'ordre public doivent être considérées comme nulles. De plus, ces clauses peuvent parfois être considérées, sous certaines conditions, comme abusives, comme par exemple dans le cadre des contrats de consommation¹⁴¹⁶. Dans la seconde hypothèse, l'objectif des clauses contractuelles est de gérer le montant de l'indemnisation due en cas de violation du contrat, et cela sans aménager l'étendue des obligations contractuelles en elle-même¹⁴¹⁷.

924. – Dans le cadre de notre étude, il est important d'envisager les clauses contractuelles portant sur le montant de l'indemnisation. Ces clauses relatives à la réparation sont aussi connues sous le nom de clauses portant sur la responsabilité. Elles tendent à aménager la réparation en cas d'inexécution. En ce sens, elles peuvent porter sur le montant de l'indemnisation due, comme elles peuvent aussi supprimer toute réparation. Il faut distinguer, à ce propos, les clauses

¹⁴¹³ V. sur les clauses d'irresponsabilité, Félix Cluzel, *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, thèse, *Librairie de jurisprudence ancienne et moderne*, Paris, E. Duchemin, 1913, pp. 49 et s.

¹⁴¹⁴ Sur cette distinction juridique, v. par ex. Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Paris, Cujas, 10^e éd., 1999, n° 854 et s., pp. 504 et s. ; Philippe Malinvaud et Dominique Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Paris, Lexis Nexis SA, 2012, pp. 580-581.

¹⁴¹⁵ V. en ce sens avec une précision sur « la distinction des clauses de non obligation et des clauses de non responsabilité », Philippe Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse, *Aix-Marseille III*, 1981, n° 7 et s., pp. 10 et s.

¹⁴¹⁶ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation (Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Conventions relatives à la responsabilité)*, *JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 210, 23 octobre 2012, LexisNexis SA, 2013, *op. cit.*, paras 40-45.

¹⁴¹⁷ V. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, n° 107, *op. cit.*, pp. 110-111.

stipulant un forfait d'indemnisation ou les clauses pénales (A), de celles limitant par la détermination d'un plafond ou excluant l'indemnisation. Ce sont celles que l'on appelle les clauses limitatives ou élusives d'indemnisation (B). Il s'agit ici de clauses usuelles dans le cadre de l'exécution des contrats internationaux¹⁴¹⁸.

A. Les clauses pénales

925. – La distinction entre les clauses pénales *stricto sensu* et les clauses d'indemnisation forfaitaire. – En abordant le sujet des clauses pénales, il est utile de relever une distinction juridique établie entre celles-ci et les clauses d'indemnisation forfaitaire. Sachant que ces deux types d'indemnisations portent atteinte, au même titre, au principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁴¹⁹. On constate que les clauses d'indemnisation forfaitaire font l'objet des dispositions de l'article 1152 du Code civil français. Elles ont aussi pour effet de déterminer un montant forfaitaire d'indemnisation en cas du manquement contractuel¹⁴²⁰. La différence essentielle réside dans le fait que les clauses d'indemnisation forfaitaire fixent des dommages-intérêts forfaitaires par référence à un prix. Par contre, les clauses pénales fixent un montant forfaitaire d'indemnisation éventuellement due avec l'intention de sanctionner la partie défaillante, et non pas pour rétablir l'équilibre du contrat en mesurant ce montant forfaitaire par rapport à un prix quelconque. Une telle réparation issue d'une clause d'indemnisation forfaitaire doit donc être claire, sans aucune ambiguïté, de même qu'elle doit être raisonnable. En ce sens, une indemnisation forfaitaire excessive peut être ainsi dépourvue d'effet juridique¹⁴²¹.

926. – Dans le cadre de l'étude des clauses pénales, il est important de mettre l'accent sur la conception, ainsi que sur l'objectif de telles clauses qui consistent surtout en la punition du débiteur (1). Toutefois, on peut relever que cette portée punitive de la clause pénale s'avère indéfinie en droit français (2).

¹⁴¹⁸ Jacques Béguin et Michel Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis 2011, n° 713, pp. 436-438.

¹⁴¹⁹ V. Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préface F. Chabas, Paris, LGDJ, 1992, n° 258 et s., pp. 141 et s.

¹⁴²⁰ V. J. Mestre, *Obligations en général*, RTD Civ. 1985, p. 372.

¹⁴²¹ V. en sens, Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, Paris I, 2010, *op. cit.*, pp. 139 et s.

1. Conception et objectif des clauses pénales

927. – On exposera, d’abord, la conception des clauses pénales qui permettra de bien comprendre les caractéristiques de celles-ci (a), avant d’aborder leur objectif (b).

a. Conception des clauses pénales

928. – La clause pénale est une clause contractuelle qui est destinée à assurer l’exécution du contrat, en prévoyant une indemnisation forfaitaire en cas d’inexécution contractuelle¹⁴²². Cette clause est évidemment de nature purement consensuelle. Elle est donc soumise aux principes du droit des contrats. Par conséquent, les textes juridiques imposant des pénalités ne peuvent être considérés en tant que clauses pénales¹⁴²³. Le régime de telles clauses est un régime dérogatoire aux règles de droit commun, ce qui exige une interprétation stricte quant à l’objet de chaque clause. Cet aménagement conventionnel n’a alors d’effet juridique qu’entre les parties contractantes, conformément à l’article 1165 du Code civil¹⁴²⁴. En outre, la stipulation d’une clause pénale doit être claire et précise. Dans le cas contraire, la clause est susceptible d’être interprétée par le juge de fond¹⁴²⁵.

929. – L’effet d’une clause pénale sert à sanctionner l’inexécution du contrat. Comme elle représente un régime dérogatoire, la sanction prévue dans une telle clause doit être différente des sanctions de droit commun. Aussi, elle doit consister dans une réparation, en étant en rapport avec l’exécution d’une obligation contractuelle. Dès lors, la pénalité prévue dans la clause peut concerner n’importe qu’elle obligation contractuelle, qu’elle soit une obligation principale ou accessoire du contrat¹⁴²⁶.

¹⁴²² Patrick Saerens et William Pissoort, *Droit commercial international, Belgique : Larcier*, 2013, p. 154.

¹⁴²³ Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-14.677, *D.* 2011, 24 nov. 2011, n° 41, p. 2788, note E. Chevrier.

¹⁴²⁴ L’article 1165 du Code civil dispose que « *Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121* ».

¹⁴²⁵ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation (Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Clause pénale)*, *JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 212, 13 juillet 2013, *LexisNexis SA*, 2013, paras 18-24.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, paras 28-46.

b. Objectif des clauses pénales : un aspect punitif

930. – L’illustration de l’aspect punitif : la stipulation d’une indemnisation forfaitaire. – La contradiction avec le principe de l’indemnisation intégrale s’avère dans le fait évincer les règles classiques de l’indemnisation du préjudice, afin d’atteindre une indemnisation intégrale au profit d’une sorte d’indemnisation conventionnelle, consentie par les parties contractantes, d’une manière forfaitaire¹⁴²⁷. La clause pénale représente ainsi, quelle que soit la gravité du préjudice subi, une indemnisation forfaitaire prédéterminée par les parties du contrat¹⁴²⁸. On constate que les clauses pénales sont abordées distinctement dans le Code civil français. Une définition en est donnée dans l’article 1226¹⁴²⁹ selon lequel il s’agit d’une somme prédéterminée, à payer en cas d’inexécution contractuelle, dans le but d’assurer la bonne exécution du contrat. En d’autres termes, la clause pénale représente une sorte d’aménagement conventionnel par les parties d’un contrat tendant à garantir le bon déroulement de celui-ci, en ayant l’objectif de sanctionner toute violation contractuelle¹⁴³⁰. Il est d’ailleurs important de relever l’existence d’un encadrement juridique des clauses pénales en droit français. Celles-ci doivent avoir un caractère proportionné. Rien n’empêche de recourir à l’article 1152 du Code civil français, dans son deuxième alinéa¹⁴³¹ pour relever l’existence de cette restriction juridique applicable aux clauses pénales.

En somme, la mise en application d’une clause pénale signifie, d’une part, que la réparation prévue par les parties doit remplacer les règles classiques de l’indemnisation du préjudice issues du droit commun, et d’autre part, que ces dommages-intérêts forfaitaires représentent la seule indemnisation qui est censée être accordée à la partie lésée. Une telle indemnisation est ainsi accordée dans le sens de punir et de dissuader la partie lésée¹⁴³². Dès lors,

¹⁴²⁷ V. Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préface Patrice Jourdain, LGDJ, 2004, p. 70.

¹⁴²⁸ H. Lefebvre, *Le caractère forfaitaire de la clause pénale*, in *Mélanges J. Teneur*, tome II, 1977, pp. 714 et s.

¹⁴²⁹ L’article 1226 du Code civil français dispose que « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l’exécution d’une convention, s’engage à quelque chose en cas d’inexécution* ».

¹⁴³⁰ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2008, n° 07-13989, *RDC* 2009, pp. 60 et s., obs. D. Mazeaud.

¹⁴³¹ L’article 1152 al. 2 du Code civil français dispose que « *Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

¹⁴³² Patrick Saerens et William Pissoort, *Droit commercial international, Belgique : Larcier*, 2013, *op. cit.*, p. 153.

le montant de l'indemnisation est déjà fixé par les parties, sans regard à la gravité du préjudice qui pourrait être réellement subi¹⁴³³.

931. – Le rapport entre le préjudice subi et l'indemnisation forfaitaire. – Cette réparation forfaitaire risque d'allouer une indemnisation supérieure ou inférieure au préjudice subi¹⁴³⁴. De plus, la mise en œuvre des clauses pénales emporte une présomption de la preuve de la survenance du préjudice. Autrement dit, la clause pénale a pour effet de mettre en place une indemnisation forfaitaire du seul fait du manquement contractuel¹⁴³⁵. De cette illustration, il s'avère l'incompatibilité manifeste entre le régime des clauses pénales et le principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁴³⁶. Ce qui destitue indubitablement la mise en jeu de ce principe dans cette hypothèse.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées dans le cas de réparation forfaitaire. Une indemnisation peut ainsi être due en l'absence d'un préjudice subi. Une hypothèse qui ne paraît pas étonnante, puisqu'aucune preuve n'est exigée pour la réparation. L'exigibilité de la pénalité prévue selon la clause pénale ne dépend pas de la survenance d'un préjudice, mais de celle de la cause d'indemnisation prévue par cette clause. Pourtant, le juge français dispose du pouvoir de contrôler une telle clause, voire de l'évincer, conformément à l'article 1152 al. 2 du Code civil, si les peines sont « manifestement excessives ». Dans une autre hypothèse, on peut constater qu'un préjudice est réellement subi, mais supérieur au forfait prévu par la clause pénale. Ici, il faut distinguer entre une clause pénale et une clause limitative d'indemnisation. La clause pénale vise à fixer un forfait d'indemnisation, alors que celle limitative d'indemnisation sert à déterminer un plafond, maximal ou minimal, de l'indemnisation. A l'opposition de cette dernière, la clause pénale élimine, dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire du juge, puisqu'il s'agit d'un forfait

¹⁴³³ V. sur l'application des clauses pénales par les arbitres, A.-M. Whitesell Djordjijev, *La liberté des arbitres internationaux dans la réparation de l'inexécution du contrat*, thèse, Paris I, 1996, pp. 216 et s.

¹⁴³⁴ Cristina Corgas-Bernard, *L'aménagement conventionnel du principe de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴³⁵ Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, PUAM, 2002, n° 280, *op. cit.*, pp. 260-261.

¹⁴³⁶ Notons que les limites juridiques à l'application des clauses pénales peuvent adoucir l'effet de cette contradiction, comme dans le cas de l'exécution partielle du contrat ou celui de la stipulation d'une indemnisation forfaitaire excessive ou dérisoire, v. par ex. Philippe Malinvaud et Dominique Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Paris, Lexis Nexis SA, 2012, *op. cit.*, pp. 590-591.

d'indemnisation. Cela amène le juge à appliquer strictement le forfait prévu par les contractantes pour ne pas admettre l'allocation des indemnisations supplémentaires, sauf s'il s'agit d'un préjudice subi distinct de celui visé par la clause pénale. Rien n'empêche aussi que le préjudice subi soit inférieur au forfait de réparation. Cela signifie que l'indemnisation due sera supérieure au préjudice. Là encore, on observe que les dommages-intérêts alloués ne peuvent pas être justifiés sur le fondement du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁴³⁷.

2. Une portée punitive indéterminée de la clause pénale en droit français

932. – L'aspect indemnitaire de la clause pénale. – Comme déjà indiqué, les parties peuvent introduire, dans leur contrat, une clause pénale afin de prévoir un forfait de réparation en cas d'inexécution. Une nature pécuniaire de cette réparation fondée sur une clause pénale est néanmoins indiquée dans l'article 1229 du Code civil¹⁴³⁸. On peut déduire aussi, d'après les dispositions de l'article 1152¹⁴³⁹, que la clause pénale dispose d'une fonction plutôt indemnitaire que punitive¹⁴⁴⁰. Sachant qu'une distinction est établie, comme illustrée en amont, entre l'indemnisation due en vertu de la clause pénale, et l'indemnisation forfaitaire ainsi que la clause limitative de responsabilité¹⁴⁴¹. Sachant qu'on peut constater que l'avant-projet *Catala* n'a pas vraiment fait de distinction entre la clause pénale et l'indemnisation forfaitaire¹⁴⁴².

¹⁴³⁷ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation, JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 212, LexisNexis SA, 2013, *op. cit.*, paras 64-84.

¹⁴³⁸ L'article 1229 du Code civil français dispose que « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution ».

¹⁴³⁹ L'article 1152 du code civil français dispose que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts (...) ».

¹⁴⁴⁰ V. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse, LGDJ, 1992, *op. cit.*, n° 509 et s., pp. 294 et s., spéc. n° 514, p. 296.

¹⁴⁴¹ Com. 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, D. 2008, p. 154, obs. X. Delpech « La clause [...] ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire, mais fixe un plafond d'indemnisation "dans la limite du préjudice subi par le client", la Cour d'appel en a exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de responsabilité, et non une clause pénale ».

¹⁴⁴² L'article 1383 de l'avant projet *Catala* dispose que « lorsque les parties ont fixé à l'avance la réparation due, le juge peut, même d'office, modérer la sanction convenue si elle est manifestement excessive ». « Désormais, au fond, la clause pénale constitue une simple variante de la clause d'indemnisation forfaitaire, dont elle ne se distingue que par son caractère comminatoire, et dont, quoi qu'il en soit, elle épouse le régime », D. Mazeaud, *Les conventions portant sur la réparation, Colloque L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC, 2007/1, n° 14, p. 149.

Pourtant, les effets juridiques de la clause pénale apportent une certaine ambiguïté quant à sa nature. En effet, l'indemnisation en vertu d'une telle clause peut dépasser la valeur réelle du préjudice subi, en ayant ainsi une nature punitive. Cette hypothèse a conduit certains auteurs à en déduire que la clause pénale constitue une peine privée, en ayant pour rôle principal de sanctionner le débiteur défaillant¹⁴⁴³. Par contre, puisque l'indemnisation, issue en vertu de la clause pénale, peut, dans certains cas, être inférieure à la valeur réelle du préjudice subi, cette clause peut être assimilée à une clause limitative de responsabilité en ayant une fonction plutôt indemnitaire.

933. – L'aspect comminatoire de la clause pénale. – Par ailleurs, il est admis de considérer que la fonction principale de la clause pénale est l'assurance de l'exécution du contrat conclu¹⁴⁴⁴. Cette idée est exprimée aussi dans les dispositions de l'article 1226 du Code civil qui prévoit que « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». On peut relever ici que l'article 1226 adopte une perspective différente de la clause pénale par rapport aux textes susmentionnés (articles 1152 et 1229 du même code). D'une part, cette perspective est plus large que la première dans le sens où l'article 1226 a admis, contrairement aux textes précédents, que l'objet de la clause peut être monétaire ou non. D'autre part, l'article 1226 adopte une autre perspective, plus étroite cette fois-ci, de la clause pénale, que celle adoptée par les textes précités. Cela apparaît dans l'aspect strictement comminatoire institué par cet article en précisant que la clause pénale est destinée à assurer l'exécution du contrat¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³ V. A. Jault, *La notion de peine privée*, préface F. Chabas, *LGDJ*, t. 442, 2005, n° 211 et s.

¹⁴⁴⁴ V. Christophe Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface Philippe Brun, thèse, *D.* 2010, *op. cit.*, pp. 512-513.

¹⁴⁴⁵ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation, JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 212, *LexisNexis SA*, 2013, *op. cit.*, paras 13-16.

934. – Par contre, certains auteurs considèrent qu’un rapport existe toujours entre la clause pénale et le préjudice subi¹⁴⁴⁶. Une constatation démontre, selon eux, le caractère indemnitaire de ces clauses¹⁴⁴⁷. Malgré la discussion juridique sur la portée des clauses pénales, leur caractère punitif reste indubitable. Même en admettant l’existence d’un caractère indemnitaire, consistant dans la manière de la fixation de la somme forfaitaire d’indemnisation en cas d’inexécution, cette constatation n’exclut surtout pas d’ailleurs l’autre caractère punitif de ces clauses¹⁴⁴⁸. Cet effet comminatoire représente ainsi la spécificité essentielle des clauses pénales¹⁴⁴⁹. De plus, c’est à cause de ce caractère comminatoire que l’on observe que la contradiction s’accroît entre le régime juridique de ce type de clauses contractuelles portant sur l’indemnisation, et le principe général de l’indemnisation intégrale du préjudice. Cette hypothèse s’illustre dans la méthode de calcul de l’indemnisation consistant, d’une part, en l’évaluation forfaitaire de celle-ci et dans l’objectif même de l’indemnisation, et d’autre part, dans la volonté de punir l’inexécution contractuelle au lieu de la réparer par les règles juridiques classiques.

935. – Les clauses portant sur le montant de l’indemnisation peuvent aussi déterminer un plafond d’indemnisation, sans avoir besoin de fixer à l’avance une indemnisation forfaitaire figée. C’est le cas des clauses limitatives ou élusives d’indemnisation.

B. Les clauses limitatives ou élusives d’indemnisation

936. – On va traiter, d’une part, l’objectif de la stipulation des clauses limitatives ou élusives d’indemnisation (1) et, d’autre part, le champ d’application de celles-ci (2).

¹⁴⁴⁶ V. par ex. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville : Yvon Blais Québec, 1998, n° 1257.

¹⁴⁴⁷ V. Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préface Patrice Jourdain, LGDJ, 2004, *op. cit.*, n° 64, p. 71.

¹⁴⁴⁸ Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6^e éd., LexisNexis, 2013, *op. cit.*, p. 344.

¹⁴⁴⁹ V. en sens, Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, Paris I, 2010, *op. cit.*, p. 142.

1. Objectif de la stipulation des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation

937. – Le plafonnement du montant de l'indemnisation. – Les clauses limitatives ou élusives d'indemnisation ont un effet direct sur la responsabilité du débiteur en matière contractuelle¹⁴⁵⁰. L'objectif de telles clauses est de limiter l'étendue du montant de l'indemnisation, ce qui est préalablement consenti par les parties contractantes, en restreignant ainsi le domaine de la responsabilité du débiteur, en cas de manquement contractuelle sans regard au degré du préjudice subi. Dès lors, le régime juridique de ces clauses consiste à fixer un montant maximal d'indemnisation en cas de tout manquement contractuel. Malgré les critiques adressées envers ces clauses, ces dernières restent reconnues en droit français¹⁴⁵¹. Il est clair, d'ailleurs, que les mécanismes juridiques de telles clauses rejettent l'application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁴⁵². Malgré tout, en raison des avantages représentés par ces clauses, elles se trouvent souvent employées dans le domaine contractuel.

938. – Distinction entre les clauses limitatives et élusives d'indemnisation. – Ainsi, les clauses limitatives ou élusives d'indemnisation tendent à instaurer un plafond du montant de l'indemnisation en cas de manquement contractuel, voire de l'inexécution du contrat.

939. – Dans cette logique, on constate que les clauses limitatives d'indemnisation ont pour effet de prévoir un montant maximum d'indemnisation, au-delà duquel la partie lésée ne peut pas réclamer davantage de réparation. Le débiteur peut se voir aussi exonéré, en vertu de ces clauses, de certains chefs de préjudices dans le but d'alléger sa responsabilité.

940. – Les clauses élusives d'indemnisation signifient d'ailleurs la prévision d'un plafond nul. De telles clauses sont, en principe, valables dans le régime juridique de la responsabilité contractuelles conformément à l'article 1134 al. 1 du Code civil français. Cela à l'exclusion du

¹⁴⁵⁰ Sur le régime juridique des clauses limitatives d'indemnisation, v. par ex. B. Starck, *Observation sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité*, D. 1974, Chron., n° 3 et s., p. 157 ; Patrick Saerens et William Pissoort, *Droit commercial international, Belgique* : Larcier, 2013, *op. cit.*, p. 155.

¹⁴⁵¹ V. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, PUAM, 2002, *op. cit.*, n° 131 et s., pp. 127 et s. et n° 282-283, pp. 261-262.

¹⁴⁵² Cristina Corgas-Bernard, *L'aménagement conventionnel du principe de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, *op. cit.*, p. 68.

cas de dol ou de faute lourde¹⁴⁵³. Là, il est utile de noter qu'il ne faut pas confondre ces clauses avec celles élusives des obligations. Ces dernières tendent à exclure certaines obligations contractuelles de sorte qu'elles ne seront plus susceptibles d'être sanctionnées en cas de violation contractuelle. Par contre, les clauses élusives d'indemnisation, ou de responsabilité, n'ont pas pour effet d'écarter l'obligation en elle-même. En effet, la violation d'une obligation soumise à une clause élusives d'indemnisation peut toujours être sanctionnée en principe, comme, par exemple, par la le biais de la résolution du contrat, ou par le fait que la partie lésée puisse invoquer une exception d'inexécution¹⁴⁵⁴. Toutefois, les limites entre ces deux types de clauses contractuelles peuvent parfois être imprécises en droit commun¹⁴⁵⁵. Toutefois, rien n'empêche l'établissement d'une distinction nette entre les clauses élusives d'indemnisation et celles élusives d'obligation. Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, les premières tendent à restreindre ou à exclure l'indemnisation due, alors que les dernières portent sur la source de cette responsabilité contractuelle en éliminant l'obligation elle-même¹⁴⁵⁶. Au surplus, la nullité de la clause élusives d'une obligation fondamentale du contrat entraîne en principe l'anéantissement du contrat. En revanche, il est difficile d'admettre cette hypothèse dans le cas de la nullité de la clause élusives d'indemnisation, sauf s'il était établi qu'une telle clause était déterminante par les parties pour la conclusion du contrat¹⁴⁵⁷.

941. – En somme, il paraît que la validité des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation, pour instaurer un plafond d'indemnisation, est incontestablement reconnue. Il s'agit ainsi d'un aménagement contractuel régit par la libre volonté des parties, ce qui exige évidemment la parfaite connaissance de chacune d'elles du contenu d'une telle clause pour la rendre effective.

¹⁴⁵³ Philippe Delebecque, *Les clauses de "hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, pp. 4-5.

¹⁴⁵⁴ Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, Paris I, 2010, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁵⁵ V. par ex. M. Burgard, *L'obligation essentielle de livrer à l'adresse du destinataire dans les transports aériens internationaux de marchandise – note sous Cass. com., 17 février 2009, LPA, 29 mai 2009, n° 107, pp. 15-20 ; Philippe Delebecque, *Transport aérien : le transporteur peut-il encore compter sur ses conditions générales ?*, note sous *Cass. com., 17 février 2009, D. 2009, 14 mai 2009, n° 19, pp. 1308-1311, spéc. para. 9, p. 1310.**

¹⁴⁵⁶ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, *op. cit.*, n° 980, pp. 521-522.

¹⁴⁵⁷ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation, JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 210, 23 octobre 2012, *LexisNexis SA*, 2013, *op. cit.*, paras. 123-127.

942. – L'intérêt de l'insertion des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation : un aspect économique. – Il est possible de constater que les clauses limitatives ou élusives d'indemnisation peuvent constituer une garantie, tant pour le débiteur que pour le créancier, afin d'assurer l'exécution de l'opération contractuelle prévue. Le débiteur peut avoir ainsi préalablement un aperçu, en vertu de ces clauses, des conséquences juridiques qui auront lieu en cas d'inexécution ou de manquement contractuel. Le créancier peut aussi avoir des avantages économiques de la stipulation de ces clauses dans le contrat conclu, notamment en vertu des privilèges tarifaires que son débiteur peut acquérir de la part de son assureur, en raison de l'existence de celles-ci. Par conséquent, ces clauses ont pour effet d'avoir une répercussion positive sur les risques encourus par chacune des parties contractantes¹⁴⁵⁸. On peut en déduire alors que cet aspect économique peut régir le système des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation dans le but d'assurer les opérations de transactions internationales. Cette solution peut d'ailleurs conduire à la stabilité de ces opérations, et par conséquence, à la stabilité des positions juridiques des agents commerciaux.

2. Le champ d'application des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation

943. – On observe que les règles du droit commun ne donnent pas de réponse décisive quant à la question de la validité de la stipulation des clauses portant sur la responsabilité en matière contractuelle et extracontractuelle. Cependant, la position de la jurisprudence est claire en admettant la validité de telles clauses, en matière contractuelle uniquement¹⁴⁵⁹. Solution qui n'est pas loin d'être contestée, notamment en se référant au régime juridique des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation dans le projet *Catala*. Dans le cadre de ce projet, dans l'article 1382, on peut relever le fait de l'extension de la validité de ces clauses en matière extracontractuelle. Dès lors, les restrictions légales à l'application de telles clauses n'empêchent pas néanmoins la reconnaissance de la validité juridique de celles-ci¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸ Geneviève Helleringer, *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, thèse, Paris I, 2010, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁵⁹ V. Philippe Malinvaud et Dominique Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Paris, Lexis Nexis SA, 2012, *op. cit.*, pp. 582-583.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 588.

944. – Par ailleurs, il y a plusieurs formes de cette limitation conventionnelle du montant de l’indemnisation. Les parties peuvent prévoir, par exemple, une certaine somme d’argent que la réparation ne puisse pas dépasser¹⁴⁶¹. Elles peuvent prévoir aussi un montant maximal d’indemnisation, sous forme de pourcentage de l’intérêt de la partie défaillante à l’exécution du contrat¹⁴⁶². De surcroît, rien n’empêche que les parties s’entendent dans la détermination de la progressivité du montant de l’indemnisation sous un plafond fixé¹⁴⁶³. Les clauses limitatives d’indemnisation paraissent ainsi être soumises à la libre volonté des parties, sans être liées par une forme spécifique dans la stipulation de celles-ci.

SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES CONTRACTUELLES PORTANT SUR L’INDEMNISATION DU PREJUDICE

945. – On peut trouver les règles organisant les clauses contractuelles portant sur l’indemnisation du préjudice bien incarnées en droit international (Paragraphe I). Ces règles constituent un corollaire de la mise en œuvre de telles clauses dans la jurisprudence arbitrale internationale (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA MISE EN ŒUVRE EN DROIT INTERNATIONAL

946. – Dans un premier temps, on abordera la règle consistant dans la non contradiction des clauses portant sur l’indemnisation avec les normes de droit international (A). Dans un second temps, on mettra l’accent sur les limites à cette règle (B).

¹⁴⁶¹ V. en ce sens, D. Philippe et C. Ruwet, *Les grandes clauses des contrats internationaux : 55^e séminaire de la Commission « Droit et vie des affaires »*, Bruylant, FEC, 2005, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁶² V. en ce sens, M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, FEC, 2003, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁶³ V. aussi, D. Philippe et C. Ruwet, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, FEC, 2005, *op. cit.*, p. 65.

A. La règle : la non contradiction des clauses portant sur l'indemnisation avec les normes de droit international

947. – Dans les contrats commerciaux internationaux, et notamment ceux à long terme, il s'agit souvent d'une certaine incertitude quant à la bonne exécution, voire un risque d'inexécution, de l'engagement conclu. D'où l'importance de l'idée de l'aménagement contractuel, qui permet aux parties au contrat d'envisager les difficultés potentielles dans le cadre de son exécution et d'apercevoir, dans ce cas, la responsabilité de chacune des parties et l'indemnisation due. Les clauses contractuelles ne sont pas, en principe, contradictoires avec les règles de droit international privé, notamment parce qu'il est admis que ces clauses soient régies par la loi d'autonomie¹⁴⁶⁴. Prenant les deux exemples les plus remarquables, qui sont les clauses pénales et celles limitatives d'indemnisation, on constate qu'ils disposent d'une large reconnaissance en droit international.

948. – D'une part, il est important de relever l'intérêt existant, et accru, des clauses pénales dans les contrats de commerce international¹⁴⁶⁵. On peut en déduire qu'elles ont pour effet de garantir l'accomplissement des opérations commerciales internationales en punissant tout manquement contractuel et en fixant une indemnisation forfaitaire, prévue par les parties contractantes dans ce cas. Les clauses pénales peuvent prendre plusieurs formes juridiques. On constate que les parties peuvent prévoir des indemnisations compensatoires ou moratoires en cas de retard dans l'exécution, ou même en cas de l'inexécution contractuelle. Afin de garantir l'exécution du contrat, les parties peuvent aussi préciser une pénalité, soit d'une manière automatique, soit avec l'exigence d'un préavis préalable, spécifiée à cet effet. D'autre part, on observe que les clauses limitatives d'indemnisation n'ont pas moins d'importance que celles pénales dans les opérations de transactions internationales¹⁴⁶⁶. Pour les mêmes raisons justifiant l'existence des clauses pénales, on constate que les parties ont souvent intérêt à prévoir des clauses limitatives d'indemnisation en vue d'avoir une sécurité à l'égard du sort du contrat

¹⁴⁶⁴ V. en ce sens, P. Lagarde, *Droit international privé, in les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1990, pp. 38 et s.

¹⁴⁶⁵ V. par ex. U. Draetta, *Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international*, RDAI, 1992, p. 635.

¹⁴⁶⁶ V. en ce sens, P. Lagarde, *Droit international privé, in Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Jacques Ghestin (dir.), Paris, LGDJ, 1990, *op. cit.*, pp. 19 et s.

conclu en cas du manquement contractuel. Autrement dit, c'est toujours pour apercevoir les aléas dans l'exécution de contrat, notamment dans le cas d'ignorance du droit applicable au contrat, ainsi que des règles de responsabilité qui doivent être établies dans les différents cas de violations des obligations contractuelles¹⁴⁶⁷. Plus particulièrement, un des avantages majeurs de l'insertion de ces clauses, dans les contrats de commerce international, est de surmonter les défis que représente la règle de l'indemnisation du seul préjudice prévisible¹⁴⁶⁸ dans la plupart des législations nationales, ainsi qu'au sein des normes de droit international. Ce qui nous montre l'importance pratique des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice dans les contrats commerciaux internationaux, ainsi que la non-contradiction de leur application avec les règles de droit international¹⁴⁶⁹.

B. Les limites à la règle

949. – La validité des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice connaît, néanmoins, quelques limites juridiques dans l'encadrement de cette pratique selon le bon sens du droit. En ce sens, on verra les limites incontestablement reconnues en droit international (1). Ensuite, on étudiera le cas de la faute lourde, en mettant la lumière sur la controverse menée sur sa portée indéfinie (2).

1. Les limites incontestablement reconnues en droit international

950. – L'ordre public international. – Il est vrai, rappelons-le, que les règles de droit international soumettent la validité des clauses portant sur l'indemnisation du préjudice à la loi d'autonomie. Toutefois, ces clauses ne sont pas en dehors de tout contrôle juridique, ce qui représente une limite à l'égard de leur mise en application. On peut relever, à ce stade, l'obligation de respecter les règles issues de l'ordre public international en prévoyant ces clauses par les parties. Ainsi, de telles clauses ne peuvent pas restreindre la responsabilité de la partie

¹⁴⁶⁷ M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux*, FEC, 2003, *op. cit.*, pp. 394 et s.

¹⁴⁶⁸ V. en ce sens, D. Philippe, *A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant*, RDAI, 1995, p. 171.

¹⁴⁶⁹ Sur l'importance de ces clauses, V. Jacques Béguin et Michel Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis 2011, *op. cit.*, p. 437.

fautive en cas de fraude, de dol et de faute intentionnelle¹⁴⁷⁰. Cette solution paraît d'ailleurs tout à fait logique, sinon ces clauses contractuelles pourraient être utilisées pour la seule raison de manipuler les lois. En outre, dire autrement aura pour effet de violer la prévision des parties au moment de la conclusion de ces clauses. Ce qui contredit l'objectif visé par celles-ci.

951. – Les règles internationales matérielles. – Un autre aspect de restriction à l'égard des clauses portant sur l'indemnisation peut être relevé dans les dispositions des règles internationales matérielles. On peut citer, à titre d'exemple, l'article 7.1.6 des Principes *Unidroit*¹⁴⁷¹. L'encadrement juridique du régime des clauses limitatives ou élusives de responsabilité, selon les dispositions de cet article, paraît indécis. La référence précisée pour apprécier la validité de ces clauses est celle de l'équité. Par contre, il ne s'agit pas d'un régime juridique précis permettant l'éviction, le cas échéant, de telles clauses. Une solution qui permet la mise en jeu, d'une manière implicite, d'autres règles afin de trouver un encadrement juridique admis pour ces types de clauses, comme la règle de bonne foi stipulée dans l'article 1.7 des Principes¹⁴⁷². Selon cet article, la bonne foi est toujours exigée en tant que règle incontournable dans le domaine du commerce international. Une autre règle peut être relevée à cet égard, celle stipulée dans l'article 3.2.7 des Principes, interdisant tout avantage excessif accordé à une partie au détriment des intérêts de son cocontractant¹⁴⁷³. Par ailleurs, on observe que l'exigence de la bonne foi, en tant que règle explicitement indiquée comme limite à la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, est mentionnée dans l'article 8.109 dans les Principes du droit européen des contrats¹⁴⁷⁴. Dès lors, les limites juridiques de la validité des

¹⁴⁷⁰ V. en ce sens, Richard Taylor et Damian Taylor, *Contract law, Oxford University Press*, 3^e éd., 2011, pp. 140-142.

¹⁴⁷¹ L'article 7.1.6 des Principes *Unidroit* dispose que « Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

¹⁴⁷² L'article 7.1.6 des Principes *Unidroit* dispose que « 1. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2. Elle ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

¹⁴⁷³ V. les commentaires sous l'article 7.1.6 des Principes *Unidroit* relatifs aux contrats du commerce international, *Institut international pour l'unification du droit privé, op. cit.*, 2010, pp. 240 et s.

¹⁴⁷⁴ L'article 8.109 des Principes du droit européen des contrats dispose que « Les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la bonne foi ».

clauses contractuelles portant sur l'indemnisation peuvent être trouvées ainsi dans les règles internationales matérielles comme dans l'ordre public international¹⁴⁷⁵.

952. – Or, il est important de relever qu'il existe d'autres instruments internationaux du droit uniforme qui n'ont pas de dispositions spécifiques concernant le régime juridique des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice, comme c'est le cas, par exemple, dans la Convention de Vienne et la Convention de la loi uniforme sur la vente internationale.

2. Le cas de la faute lourde : une controverse sur sa portée indéfinie

953. – Afin de bien illustrer le concept de faute lourde ainsi que l'étendue de sa portée, on verra l'interprétation de celui-ci (a), avant d'exposer notre vision critique à cet égard (b).

a. L'interprétation de la faute lourde

954. – Une faute lourde doit évidemment faire preuve d'une intensité exceptionnelle, ce qui la rapproche du concept du dol¹⁴⁷⁶. C'est donc le fait générateur de la faute qui peut distinguer une faute lourde du dol. La faute intentionnelle représente aussi un degré exceptionnel de gravité, sauf que la distinction entre celle-ci et la faute lourde réside toujours dans la volonté de la commettre¹⁴⁷⁷. Par ailleurs, il est admis, en droit français, de procéder à une appréciation *in abstracto* dans le processus de la qualification d'une faute lourde. La solution aboutit à l'exigence d'établir la faute lourde de la partie fautive, en appréciant son attitude par rapport à une personne diligente ayant la compétence et les moyens requis pour la bonne exécution de ses obligations contractuelles. Pourtant, la qualification de la faute lourde peut être différente selon que le débiteur est soit un professionnel, soit un profane. Dès lors, une simple violation contractuelle peut être qualifiée de lourde à l'égard du premier¹⁴⁷⁸, alors qu'elle ne l'est pas à

¹⁴⁷⁵ V. Jacques Béguin et Michel Menjuq (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis 2011, *op. cit.*, pp. 437-438.

¹⁴⁷⁶ V. Ch. mixte, 22 avril 2005 (deux arrêts), *Bull. Ch. mixte*, n° 3 et 4, D. 2005, p. 1864, note Tosi.

¹⁴⁷⁷ V. par ex. Com. 20 janvier 1998, *Bull. Civ. IV*, n° 26.

¹⁴⁷⁸ V. en ce sens, Com. 10 mars 2009, *JCP* 2009, n° 38, 248, n° 12, obs. Stoffel-Munck.

l'égard du second¹⁴⁷⁹. Une solution qui paraît tout même cohérente, vu que la compétence attendue d'un professionnel pour la bonne exécution des obligations contractuelles n'est pas forcément la même lorsqu'il s'agit d'un profane¹⁴⁸⁰.

955. – Il est largement admis que l'établissement d'une faute lourde a pour effet d'écartier les règles convenues par les parties dans le cadre des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation. Tout d'abord, il est important de relever à qui incombe la charge de la preuve dans ce cas. Il est constaté, dans la jurisprudence française, que la charge de la preuve de la faute lourde doit être supportée par le créancier qui prétend son existence, à moins qu'aucune raison de l'inexécution ne soit connue¹⁴⁸¹. Sauf qu'afin d'établir l'existence d'une faute lourde, il faut définir le sens juridique de celle-ci. Une controverse juridique mérite, en effet, d'être relevée sur la détermination du concept de faute lourde. La controverse consiste en la détermination de la faute lourde soit selon la gravité de la faute commise (une conception subjective), soit selon que la faute est en rapport avec une obligation essentielle ou fondamentale sans regard au degré de sa gravité (une conception objective).

956. – Une interprétation objective de la faute lourde. – Dans un premier temps, la Cour de cassation française a considéré la faute comme lourde si elle porte atteinte à une obligation fondamentale du contrat¹⁴⁸². La faute lourde peut être déduite ainsi de la seule inexécution d'une obligation fondamentale du contrat, sans regard à la gravité de la faute commise. Une solution qui a été confirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence affirmant ainsi l'adoption d'une interprétation objective de la faute lourde.

957. – Une interprétation subjective de la faute lourde. – La position juridique de la Cour a été changée plus tard pour constater que la faute lourde doit être déterminée en fonction de sa gravité, et non pas uniquement selon la nature de l'obligation affectée¹⁴⁸³. Cette illustration nous montre que la jurisprudence française a fait prévaloir récemment une définition subjective

¹⁴⁷⁹ V. en ce sens, Civ. 3^e, 21 janvier 2009, *CCC* 2009, comm. 94, obs. Leveneur.

¹⁴⁸⁰ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, p. 173.

¹⁴⁸¹ V. par ex. Com. 14 octobre 2008 et 25 novembre 2008, *RDC*, 2009/2, 527, obs. Deshayes.

¹⁴⁸² V. par ex. Civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *D.* 1998, somm. 200, obs. D. Mazeaud.

¹⁴⁸³ V. par ex. Com. 16 novembre 2010, *CCC* 2011, comm. 24, obs. Leveneur ; Com. 29 juin 2010, *Bull. Civ.* IV, n° 115, *JCP* 2010, n° 28, p. 787, note Houtcieff.

de la faute lourde sur une autre objective¹⁴⁸⁴. La jurisprudence *Chronopost* représente un exemple célèbre et concret à cet égard, en rattachant expressément la faute lourde à la gravité du comportement¹⁴⁸⁵. Une solution qui a été reproduite plus tard, à maintes reprises, dans la jurisprudence¹⁴⁸⁶.

958. – Il est important de noter que ces positions adoptées par la jurisprudence française étaient prises dans le cadre des clauses contractuelles de non responsabilité. Il est admis, néanmoins, de transposer ces solutions en cas des clauses limitatives de responsabilité. Une autre limite doit-être relevée dans l'application de ces dernières et qui consiste en la prohibition de prévoir des dommages-intérêts dérisoires. Par conséquent, le juge peut évincer l'application des clauses limitatives de responsabilité d'un montant dérisoire. Cette solution peut être efficacement appliquée en vertu de la loi du 9 juillet 1975 (dans l'article 1152 al. 2 du Code civil) qui a accordé au juge le pouvoir de réviser une clause « manifestement excessive ou dérisoire »¹⁴⁸⁷.

b. Vision critique

959. – D'une part, il nous paraît trop risqué d'adopter une définition subjective de la faute lourde. Cette perspective aura pour effet d'accorder un pouvoir discrétionnaire très large aux arbitres internationaux, ainsi qu'aux juges étatiques, dans l'appréciation du préjudice. Par conséquent, cette hypothèse pourrait aboutir à des décisions discordantes, concernant l'admissibilité ou non des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation, selon l'interprétation dans chaque cas de la faute lourde par les arbitres. D'autre part, l'adoption de la seule définition objective de la faute lourde ne nous semble pas tout à fait adéquate. Dans ce cas, il suffit qu'une violation simple et non intentionnelle du contrat soit effectuée pour écarter les clauses portant sur l'indemnisation, consenties d'ailleurs par les parties, pour la seule raison que cette violation a porté atteinte à une obligation dite essentielle ou fondamentale du contrat.

¹⁴⁸⁴ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2011, *op. cit.*, pp. 216-217.

¹⁴⁸⁵ V. Cass. com. 13 juin 2006, n° 05-12.619, *JCP G* 2006 II 10123, N° 29, 19 juillet 2006, pp. 1455-1456, note Grégoire Loiseau.

¹⁴⁸⁶ Philippe Delebecque, *Régime de la réparation, JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc. 210, 23 octobre 2012, *LexisNexis SA*, 2013, *op. cit.*, paras 180-182.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, paras. 192-201.

En effet, aucune des deux définitions ne paraît respecter l'engagement contractuel consenti par les parties contractantes. Une définition de la faute lourde, accumulant les deux aspects objectif et subjectif, paraît être plus adéquate pour aboutir à une limite juridique plus cohérente et décisive d'un côté, ainsi que plus respectueux de l'aménagement conventionnel de l'indemnisation du préjudice de l'autre. Dès lors, une faute, pour être considérée en tant que lourde, doit porter sur une obligation fondamentale du contrat, de même qu'elle doit présenter un certain degré de gravité. Une solution qui reste logique et soucieuse de respecter les attentes des parties contractantes lors de la conclusion de leur contrat. En soutenant cette solution, on peut relever que le droit commun a fait preuve de l'admissibilité de cette position juridique. En ce sens, on peut citer le célèbre arrêt *Faurecia 3* de la Cour de cassation française de 2010¹⁴⁸⁸, selon lequel la violation de la seule obligation essentielle du contrat n'est pas suffisante pour écarter les clauses limitatives de responsabilité inscrites par les parties contractantes. En l'espèce, la Cour a rejeté le pourvoi intenté contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2008¹⁴⁸⁹, pour constater l'exigence du respect de la volonté des parties, et en conséquence, il est exigé qu'une telle violation fait preuve d'une certaine gravité¹⁴⁹⁰.

960. – Toutefois, il est judicieux de distinguer entre l'engagement juridique, dans lequel il s'agit de plusieurs obligations contractuelles bien distinctes, et celui dans lequel il s'agit d'une seule obligation générale autour de laquelle s'engagent les contractants. La proposition d'adopter une définition cumulative concerne effectivement la première hypothèse. Par contre, il sera plus adéquat, dans la seconde hypothèse, de ne prendre en compte qu'une référence objective pour l'établissement de la faute lourde.

¹⁴⁸⁸ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Société Faurecia sièges d'automobiles c. Société Oracle France*, D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud.

¹⁴⁸⁹ C.A. Paris, 25^e Ch., Sect. A, 26 novembre 2008, 07/07221, *JCP E&A*, 16 septembre 2010, n° 37, p. 25, *Responsabilité civile, Faurecia 3 : La Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques*, par Philippe Stoffel-Munck.

¹⁴⁹⁰ V. Philippe Stoffel-Munck, *Responsabilité civile - Responsabilité contractuelle*, *JCP G*, n° 15, 11 avril 2011, pp. 716-717 ; Philippe Stoffel-Munck, *JCP E&A (La Semaine Juridique Entreprises et Affaires)*, *Responsabilité civile, Faurecia 3 : La Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques*, 16 septembre 2010, n° 37, *op. cit.*, pp. 25 et s.

La justification de cette solution réside dans le fait que le contrat a été conclu dans le but de fournir une seule prestation sans délimitations précises des autres obligations contractuelles, ce qui rend adéquate de considérer la violation de cette obligation, notamment de la part d'un professionnel, en tant que faute lourde justifiant l'éviction des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation. Dans ce sens, on peut relever la position d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, en 2010, qui a constaté expressément que « seule est réputée non écrite la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »¹⁴⁹¹. Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'indemnisation en raison de la violation de l'obligation fondamentale du contrat, l'obligation de conseils juridiques, alors que le défendeur a invoqué la clause limitative de responsabilité souscrite dans le contrat conclu. Une clause qui doit être respectée, sous réserve d'une faute lourde ou du dol¹⁴⁹². Afin de justifier l'éviction de cette clause, hors le cas d'une faute lourde, la Cour a pu relever l'existence d'une obligation générale essentielle, qui est celle de conseils juridiques « de sorte que limiter à la faute lourde l'engagement de la responsabilité de la débitrice du devoir de conseil reviendrait à contredire la portée de l'obligation essentielle souscrite ». Cette décision montre ainsi que la non sanction de la violation d'une telle obligation aurait pour effet de vider le contrat même de son sens¹⁴⁹³.

PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE

961. – La jurisprudence arbitrale internationale adopte une position favorable pour accueillir les clauses contractuelles portant sur le *quantum* de la réparation, dans le cadre du processus de l'évaluation de l'indemnisation du préjudice (A). Toutefois, on peut relever que l'examen amené par les arbitres sur ces clauses peut néanmoins conduire à les écarter dans certains cas (B).

¹⁴⁹¹ C.A. Paris, Pôle 2, Ch. 1, 14 décembre 2010, n° 08/09544, *JCP G*, n° 15, p. 716, note Philippe Stoffel-Munck.

¹⁴⁹² V. aussi sur les limites des clauses limitatives de réparation ou de responsabilité, Ph. Delebecque, *Prérogative contractuelle et obligation essentielle*, *RDC*, 01 avril 2011, n° 2, *op. cit.*, pp. 681 et s., para. 12.

¹⁴⁹³ V. Philippe Stoffel-Munck, *Responsabilité civile - Responsabilité contractuelle*, *JCP G*, n° 15, 11 avril 2011, *op. cit.*, p. 717.

A. Le principe : le respect des clauses portant sur l'indemnisation par les arbitres internationaux

962. – On verra que les clauses contractuelles portant sur le *quantum* de l'indemnisation sont souvent rigoureusement appliquées par les arbitres internationaux, dans le cadre du processus de l'évaluation du montant de l'indemnisation due (1). Il faut souligner ici que les arbitres disposent d'un pouvoir de qualification à l'égard de telles clauses (2), sauf que ceci ne contredit néanmoins pas l'application rigoureuse de celles-ci.

1. Une application rigoureuse par les arbitres des clauses portant sur l'indemnisation

963. – La jurisprudence arbitrale internationale fait preuve de l'exigence du respect de la volonté des parties contractantes, pour aménager conventionnellement les indemnisations éventuellement dues en cas de manquement contractuel. Une application rigoureuse est adoptée par les arbitres, afin de rendre efficaces les clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice. En ce sens, on peut citer, à titre d'exemple, la sentence *CCI* n° 10216 rendue en 2001¹⁴⁹⁴. Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de fourniture de biens, d'au moins trois satellites de télécommunications. La société fournisseuse a transféré ledit contrat, avec l'accord de son cocontractant (le demandeur dans l'arbitrage), à une autre société (la défenderesse) qui a accepté, à son tour, de reprendre les droits et obligations contractuelles assumés par son subrogeur. En raison d'un incendie, la défenderesse n'a pas pu délivrer le premier satellite conformément aux termes du contrat conclu. Par conséquent, la demanderesse a réclamé des dommages-intérêts de ce chef de préjudice.

964. – Le Tribunal devait examiner s'il s'agissait d'une faute de la part de la défenderesse à cet égard, et si cette faute était la cause du préjudice subi. Au surplus, il devait statuer sur l'effet juridique de ce manquement contractuel, sur la clause limitative de responsabilité souscrite dans le contrat. Le Tribunal a constaté, d'abord, qu'une autre livraison d'un nouveau

¹⁴⁹⁴ Sentence *CCI* n° 10216/2001, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, pp. 27-28, obs. Emmanuel Jolivet.

satellite avait été consentie par les parties, avec un retard d'environ trente quatre mois par rapport à la date de livraison initiale prévue conformément au contrat conclu. La demanderesse a demandé la non application des clauses limitatives de responsabilité stipulées dans le contrat conformément, à l'article 24 dudit contrat, puisque le retard a dépassé six mois selon celui-ci. Toutefois, afin de mettre en œuvre ces clauses contractuelles limitant l'indemnisation du préjudice, le Tribunal a attribué une interprétation différente à l'article précité, en considérant que le délai de six mois prescrit pour se prévaloir de telles clauses ne constitue pas une cause d'éviction dudit article, mais une simple manière d'évaluer l'indemnisation du préjudice. En examinant, d'ailleurs, l'effet de la faute contractuelle en l'espèce, sur la validité de ces clauses portant sur l'indemnisation, le Tribunal a pu relever que les fautes commises par la défenderesse, même les fautes lourdes, n'étaient pas la cause du retard de la livraison. Par conséquent, ces fautes ne peuvent avoir aucun impact négatif sur la validité de ces clauses. Enfin, le Tribunal a jugé que le montant de l'indemnisation, selon les clauses limitatives d'indemnisation, n'était pas dérisoire, en vérifiant l'influence du retard sur les marchés de la demanderesse et le préjudice subi par celle-ci. Le préjudice invoqué par la demanderesse n'était pas certain, selon le Tribunal, pour justifier l'éviction de ces clauses contractuelles sur la base de l'indemnisation prévue par celles-ci soit dérisoire¹⁴⁹⁵.

965. – Analyse critique. – On peut en déduire ainsi, de la position du Tribunal arbitral, l'existence d'une position juridique rigoureuse en faveur de l'applicabilité des clauses portant sur l'indemnisation du préjudice. Cette constatation s'avère dans la qualification juridique que le Tribunal a accordée à ces clauses en l'espèce, afin de les rendre effectives, bien que l'interprétation littérale de celles-ci aurait eu pour effet de les évincer. De surcroît, le Tribunal a examiné le lien causal entre la faute et le préjudice subi, sans regard à la gravité de cette faute pour écarter ces clauses, ainsi qu'il était ferme en rendant efficace le montant de l'indemnisation prévue par les parties en exigeant une preuve certaine de son caractère dérisoire, dans le cas contraire, de la part de la société demanderesse. Dans la même veine, on peut relever le respect des clauses contractuelles par les arbitres dans une autre sentence *CCI* plus récente n° 13906, rendue en 2007. En l'espèce, la demanderesse (une société française, la vendeuse) a réclamé le paiement des surestaries, dans le cadre d'un contrat de transport de marchandises, par la

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 28.

défenderesse (une société marocaine), en soulevant que le retard était dû à cause de cette dernière. Pour donner droit à la société demanderesse, le Tribunal a vérifié d'abord que la demande de la surestaries était de nature contractuelle. Ainsi, le Tribunal s'est fondé sur les clauses contractuelles, et non pas sur la loi applicable, régissant l'obligation de paiement d'une indemnité en surestaries pour le calcul de celle-ci. Dès lors, le Tribunal a énoncé en l'espèce que le calcul de l'indemnité de surestaries doit être basé sur la clause contractuelle stipulée à cet égard. Sur ce fondement, la défenderesse a été condamnée à verser à la demanderesse le taux applicable de 6 500 USD par jour, selon les dispositions du contrat¹⁴⁹⁶.

966. – La possibilité de l'éviction des règles non-impératives de loi de fond par les clauses contractuelles. – On peut constater dans la sentence *CCI* n° 13387, rendue en 2005¹⁴⁹⁷, par un Tribunal arbitral dont le siège était à Paris, un exemple de la primauté de l'application des clauses contractuelles en cas de conflit avec une règle établie par la loi applicable au fond du litige, dans le cas où cette loi n'a pas un caractère impératif. En l'espèce, une entreprise chypriote (la demanderesse) demandait dommages-intérêts pour résiliation fautive du contrat de distribution de la part de son cocontractant (une entreprise française, la défenderesse). La société française a résilié ledit contrat, suite à une campagne promotionnelle initiée en commun accord entre les parties en 2003, mais renouvelée par son cocontractant en 2004 malgré sa notification de ne pas la poursuivre, et cela en violation des termes du contrat conclu selon cette première disposant l'interdiction de la distribution des produits similaires ou identiques à ceux lui devant être distribués sur le territoire chypriote. La société chypriote a demandé des indemnités en raison d'une telle résiliation fautive non conforme à l'article 14.1 (b) du contrat qui exigeait un préavis de trente jours avant la résiliation du contrat. Le Tribunal arbitral a donné droit à la société demanderesse. Il a constaté que l'article 1145 du Code civil¹⁴⁹⁸ français n'exige pas un préavis pour la résiliation du contrat en cas de violation d'une obligation de ne pas faire. Pourtant, il a jugé que la résiliation en l'espèce était fautive vu que, d'un côté, l'article 1145 du Code civil n'a pas un caractère impératif, et d'un autre côté, l'article 14.1 (b) du contrat est

¹⁴⁹⁶ Sentence *CCI* n° 13906/2007, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, N° 1, 2011, pp. 83-86.

¹⁴⁹⁷ Sentence *CCI* n° 13387/2005, *JDI (Clunet)*, N° 4, 2010, (*Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale – Chronique des sentences arbitrales*), pp. 1427 et s., Chron. 9, obs. Bertrand Derains.

¹⁴⁹⁸ L'article 1145 du Code civil français prévoit que « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ».

exprès en exigeant un tel préavis dans chaque cas de manquement aux obligations contractuelles, et par conséquent, doit y prévaloir.

2. La qualification des clauses portant sur l'indemnisation par les arbitres

967. – Il est reconnu aux arbitres, dans certains cas, un pouvoir de qualification des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice, notamment en cas de clauses limitatives d'indemnisation. On peut relever que l'exercice de ce pouvoir s'effectue dans le respect de la volonté des parties, et ne tend pas, en premier lieu, à se substituer à leur volonté par les arbitres. Cette position juridique apparaît dans plusieurs sentences arbitrales internationales¹⁴⁹⁹. Citons, à titre d'exemple, la sentence *CCI* n° 9786 rendue en 2000¹⁵⁰⁰. La société demanderesse a réclamé des dommages-intérêts en raison d'un retard d'une livraison de trois émetteurs de radiodiffusion, conformément au contrat conclu. Elle a pris en compte, dans l'évaluation de ces préjudices, la surconsommation électrique qu'elle a assumée suite à ce retard de livraison des nouveaux équipements. La défenderesse a contesté, de son côté, l'évaluation à laquelle a procédé son cocontractant. Elle a demandé, par une demande reconventionnelle, le règlement des factures impayées par la demanderesse, ainsi que des dommages-intérêts pour son comportement fautif. Les articles 9 et 12 du contrat conclu sont relatifs à un aménagement conventionnel du montant de l'indemnisation due. L'article 9 dudit contrat porte sur la limitation de la responsabilité du fournisseur à l'exception du cas d'une faute lourde, alors que l'article 12 stipule l'allocation des pénalités en cas du retard dans l'exécution des obligations contractuelles.

968. – Les deux parties au contrat ne contestent pas l'existence d'un retard dans la livraison convenue. Pourtant, la défenderesse conteste l'évaluation du montant de l'indemnisation effectuée par la demanderesse au regard des articles 9 et 12 du contrat, en prétendant que les dommages-intérêts réclamés ne sont pas conformes aux clauses contractuelles précitées, puisque le montant de l'indemnisation sera ainsi supérieur au montant qui doit être payé selon l'article 12 souscrit prévoyant une pénalité de retard. Afin de résoudre ce conflit, le Tribunal a procédé à une qualification dudit article. Il a examiné, d'abord, si cet article vallait

¹⁴⁹⁹ V. par ex. la sentence *CCI* n° 10216/2001, précitée.

¹⁵⁰⁰ Sentence *CCI* n° 9786/2000, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, p. 27, Emmanuel Jolivet.

une clause pénale, et par conséquent, si elle pouvait être réévaluée au sens de l'article 1152 du Code civil français. En aboutissant à ce que cet article ne peut pas être considéré en tant que clause pénale en raison de l'absence du caractère punitif, le Tribunal a conclu qu'il ne constitue pas non plus une clause limitative d'indemnisation, en raison que les pénalités prévues n'ont aucun rapport avec le préjudice réellement subi par la demanderesse dans le cas du retard de l'exécution. Par conséquent, le Tribunal a considéré que l'article 12 du contrat ne représente qu'une évaluation forfaitaire par les parties de l'indemnisation des préjudices éventuels. Ce qui accorde au Tribunal le pouvoir de réévaluation, dans le cas échéant, de l'indemnisation prévue dans cet article du contrat. Toutefois, le Tribunal a constaté que les dispositions de cette clause contractuelle sont effectives, faute de preuve du caractère dérisoire de cette indemnisation prévue, et par conséquent, a décidé de ne pas la réévaluer¹⁵⁰¹.

969. – Analyse critique. – On observe ainsi que les arbitres internationaux peuvent disposer d'un pouvoir de qualification des clauses contractuelles si, d'un côté, les parties ne sont pas d'accord sur leur mise en œuvre dans leur litige, et d'un autre côté, si ces clauses sont revêtues d'une certaine ambiguïté juridique. Il faut distinguer entre le pouvoir de la qualification des clauses portant sur l'indemnisation, et celui de la réévaluation de celle-ci. Dans la seconde hypothèse, les arbitres peuvent approuver la qualification juridique accordée à une telle clause conformément à la volonté des parties, alors qu'ils peuvent néanmoins procéder à la réévaluation de l'indemnisation, si celle-ci paraît dérisoire. En somme, la qualification juridique effectuée par les arbitres à l'égard des clauses portant sur l'indemnisation tend à enlever toute ambiguïté sur sa nature, afin de pouvoir établir les conséquences juridiques qui en découlent. En outre, cette qualification s'effectue dans le but d'extraire la vraie volonté des parties en stipulant une telle clause. Dès lors, on constate que ce processus de qualification s'établit toujours dans le cadre du respect de la volonté des contractants, et de rendre effectives, par la suite, les dispositions de cette clause portant sur l'indemnisation du préjudice.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*

B. Les restrictions envisagées par les arbitres internationaux quant à l'application des clauses portant sur l'indemnisation

970. – Pour que les arbitres puissent donner effet aux clauses contractuelles portant sur l'indemnisation, ils doivent d'abord vérifier si celles-ci ont été bien portées à la connaissance des parties contractantes (1). Une fois cette exigence remplie, les arbitres disposent d'un pouvoir de contrôle juridique sur lesdites clauses (2).

1. L'exigence d'une parfaite connaissance des clauses par chacune des parties contractantes

971. – L'existence et la portée des clauses aménageant l'indemnisation doivent être sûrement portées à la connaissance des parties au contrat. Une telle connaissance doit être expresse. Pourtant, rien n'empêche de rechercher s'il s'agit d'une volonté tacite des parties qui peut être déduite par les arbitres. Dès lors, l'importance est de relever une acceptation non ambiguë des parties pour l'application des clauses limitant la responsabilité, afin de rendre efficaces de telles clauses contractuelles.

972. – On peut en observer une bonne illustration dans la sentence *CCI* n° 7374 rendue en 1996¹⁵⁰². En l'espèce, il s'agissait d'un contrat portant sur la fourniture de quelques lignes de production et d'embouteillage. La demanderesse a réglé le paiement par une lettre de crédit avant l'opération de la livraison. Son cocontractant (la société défenderesse) a effectué, de son côté, une garantie bancaire afin d'assurer l'absence de défaut de fabrication. Plus tard, la livraison prévue a été refusée par la demanderesse, en raison du défaut de deux lignes de production. A ce stade, les parties étaient en désaccord par rapport à l'aménagement conventionnel régissant le cas du retard de livraison. Par conséquent, elles ont conclu un accord afin que la demanderesse puisse revendiquer ses droits, alors que cette dernière renonce, conformément audit accord, à toute action en justice à cet égard. Toutefois, la demanderesse a refusé la réception des produits défectueux en se prévalant du fait que la défenderesse n'avait pas respecté l'accord

¹⁵⁰² Sentence *CCI* n° 7374/1996, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, p. 25, Emmanuel Jolivet.

transactionnel. De sa part, la défenderesse a demandé que son cocontractant reçoive la livraison, ainsi qu'elle n'assumera plus ses obligations contractuelles.

973. – L'arbitre unique a jugé que la résiliation était fautive dans ce cas, et que la défenderesse devait ainsi, conformément à l'accord transactionnel, restituer la somme de la garantie bancaire. En outre, il a précisé que les clauses limitatives d'indemnisation souscrites dans le contrat initial, pour alléger la responsabilité de la défenderesse en cas de manquement contractuel, n'étaient pas reprises dans ledit accord. Ainsi, cet accord transactionnel est considéré ne pas contenir des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation au profit de cette partie défenderesse. Afin de vérifier que les parties n'avaient pas la volonté, même implicitement, de se prévaloir de telles dispositions contractuelles aménageant l'indemnisation due dans le cadre de l'accord transactionnel, l'arbitre a procédé à un examen des éléments de fait, afin de relever l'existence ou non d'une telle volonté tacite. Un résultat négatif a abouti en l'espèce, bien qu'il n'apparaissait pas de la constatation apparente que les parties aient mis fin à l'efficacité de clauses limitatives de la responsabilité stipulées dans le contrat initial, en raison que l'accord de transaction avait été conclu pour aménager ces règles de la responsabilité, ainsi que la demanderesse a allégué la responsabilité de son cocontractant sur la base de cet accord, et non pas sur la base du contrat initial¹⁵⁰³.

974. – Dès lors, en vérifiant soigneusement la volonté des parties, rien ne montre l'existence d'un accord clair sur l'applicabilité des clauses limitatives de responsabilité. Par conséquent, la présomption de la simple volonté d'une seule partie au contrat pour les introduire dans leur accord ne suffit pas, en tout cas, pour les rendre effectives. De ce fait, il apparaît l'importance du fait que les clauses portant sur l'indemnisation soient portées à la connaissance des parties, afin que les arbitres puissent les appliquer.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

2. Le contrôle effectué par les arbitres internationaux sur les clauses portant sur l'indemnisation

975. – Dans ce cadre, on peut relever, d'une part, le pouvoir de l'éviction des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation par les arbitres internationaux, notamment dans le cas de la faute lourde (a), et d'autre part, le pouvoir de la modification du montant de l'indemnisation précisé dans les clauses pénales ou limitatives d'indemnisation par les arbitres internationaux (b).

a. Le pouvoir de l'éviction des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation par les arbitres internationaux : le cas de la faute lourde

976. – En prenant l'exemple de la sentence *CCI* précitée n° 13387 de 2005¹⁵⁰⁴, on constate que le Tribunal arbitral a reconnu, d'un côté, que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité constituent une limite à l'application stricte du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁵⁰⁵ en évinçant expressément l'indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*, au profit de l'application des clauses contractuelles régissant l'indemnisation du préjudice. D'un autre côté, le Tribunal a reconnu, d'ailleurs, une limite juridique à l'égard de l'application de telles clauses contractuelles consistant dans l'existence d'une faute lourde. Dans le cas de l'espèce, le Tribunal a refusé d'appliquer une clause exonératoire de responsabilité conclue dans le contrat objet du litige, au seul motif que ladite clause ne peut avoir effet qu'en cas de résiliation justifiée du contrat, et non pas en cas de faute lourde. Une solution qui se confirme en droit français qui assimile, d'ailleurs, une faute dolosive à une faute lourde¹⁵⁰⁶. Cette position du Tribunal arbitral nous paraît regrettable, en ce sens que la sentence n'a pas donné davantage d'explication sur la notion de faute lourde. Fait qui peut aboutir à considérer toute violation contractuelle comme faute lourde, ce qui excave cette notion d'aucun sens spécifique¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁴ Sentence *CCI* précitée n° 13387/2005, *JDI (Clunet)*, N° 4, 2010, Chron. 9, pp. 1427 et s., obs. Bertrand Derains.

¹⁵⁰⁵ V. aussi en ce sens, la sentence *CCI* n° 7139/1995, *JDI*, 2004, p. 1272, note Y. Derains et B. Derains.

¹⁵⁰⁶ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 615, pp. 666-667.

¹⁵⁰⁷ V. *Clunet*, N° 4, 2010, Chron. 9, *op. cit.*, note Corinne Truong-Nguen.

977. – On peut relever l’opposabilité de la faute lourde par les arbitres afin d’évincer l’application des clauses limitatives d’indemnisation dans une autre sentence *CCI* n° 8303, rendue en 1998¹⁵⁰⁸. Dans le cadre d’un engagement contractuel, les parties se sont consenties sur une formule de fabrication de tabac reconstitué. En raison d’une faute de la défenderesse, consistant dans l’introduction et l’envoi aux demanderesses d’une mauvaise formule de fabrication non consentie par celles-ci, les demanderesses ont arrêté la chaîne de fabrication. Par conséquent, elles ont réclamé des dommages-intérêts à leur cocontractant en raison du préjudice subi représenté dans la destruction des stocks de cigarettes défectueuses. Les demanderesses sollicitaient une indemnisation intégrale de leur préjudice, malgré l’existence d’une clause limitative d’indemnisation dans le contrat conclu, en invoquant l’existence d’une faute lourde commise par leur cocontractant dans l’exécution dudit contrat. Afin de justifier leur demande, les demanderesses ont adopté une définition comportant l’aspect objectif et subjectif cumulativement de la faute lourde. L’aspect subjectif a été soulevé dans la gravité de la faute commise, alors que l’aspect objectif est porté sur la nature de l’obligation violée en démontrant qu’il s’agit d’une obligation fondamentale du contrat. La défenderesse a contesté cette interprétation de la faute en invoquant qu’il ne s’agissait que d’une simple faute contractuelle résultant d’une inattention de sa part, et qu’il ne peut pas y avoir, par conséquent, d’impact négatif sur la continuation de l’engagement contractuel existant.

978. – Le Tribunal arbitral, après avoir invité les parties pour se prononcer sur la validité des clauses limitatives d’indemnisation stipulées dans le contrat au regard de l’article 1152 du Code civil français, a décidé que le manquement contractuel effectué en l’espèce par la défenderesse doit être considéré comme faute lourde. Cela en prenant en considération, d’une part, que la violation contractuelle portait sur une obligation fondamentale, ainsi que, d’autre part, la faute commise était grave. Pour parvenir à cette solution, le Tribunal a adopté alors une définition cumulative de la faute lourde conformément au droit commun, en prenant en considération tant l’aspect objectif que celui subjectif de la faute¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁸ Sentence *CCI* n° 8303/1998, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, p. 26, Emmanuel Jolivet.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

979. – Analyse critique. – La présentation de la sentence précitée nous semble intéressante, puisqu'il apparaît que cette définition cumulative de la faute lourde, comme déjà illustrée, doit être la plus appropriée. Cette sentence fait preuve que l'adoption de cette interprétation dans l'appréciation de la faute en tant que lourde est pratiquement possible. De surcroît, cette position juridique respecte mieux la volonté des parties en limitant, d'une part, le pouvoir discrétionnaire des arbitres pour écarter les clauses limitatives d'indemnisation en adoptant un seul aspect subjectif dans la définition de la faute lourde, et d'autre part, en évitant une éviction automatique de ces clauses en adoptant un seul aspect objectif dans cette définition.

b. Le pouvoir de la modification du montant de l'indemnisation précisé dans les clauses pénales ou limitatives d'indemnisation par les arbitres internationaux

980. – On constate que les arbitres internationaux peuvent parfois intervenir pour réévaluer le montant d'indemnisation consenti par les parties, dans le cadre d'une clause contractuelle limitative d'indemnisation ou d'une clause pénale¹⁵¹⁰. Pourtant, ce pouvoir ne peut être exercé dans le but d'empiéter sur la volonté des parties, que dans certains cas exceptionnels, dont celui du caractère dérisoire de l'indemnisation conventionnelle qui est le plus clair. Dès lors, la règle de l'autonomie du contrat reste toujours le principe, même dans le cas de l'aménagement conventionnel de l'indemnisation du préjudice.

981. – Dans cet ordre d'idées, on peut citer une sentence *CCI* n° 6407¹⁵¹¹, dans laquelle le Tribunal devait évaluer le *quantum* de l'indemnisation due à la partie demanderesse. Le processus de l'évaluation portait sur deux aspects de préjudices. D'une part, le Tribunal statuait sur un aspect direct du préjudice subi, consistant dans les pertes réellement subies, y incluses les charges supportées par la demanderesse. Dans ce cadre, le Tribunal a pu écarter la clause pénale dans le contrat plafonnant une telle indemnisation, en relevant que cette clause ne s'applique qu'à la période d'essai. Par conséquent, des dommages-intérêts ont été accordés sans se limiter aux dispositions des clauses contractuelles à cet égard. D'autre part, le Tribunal a examiné le

¹⁵¹⁰ V. aussi en ce sens dans les droits européens, Cristina Corgas-Bernard, *L'aménagement conventionnel du principe de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, *op. cit.*, 75-76.

¹⁵¹¹ Sentence *CCI* n° 6407/1993, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, pp. 22-23, Emmanuel Jolivet.

préjudice indirect, consistant dans la perte de production, en relevant que l'accord entre les parties prévoit des pénalités dans ce cas. Toutefois, le Tribunal a pu constater que le montant prévu par les parties était dérisoire. Par conséquent, ce montant a été augmenté par le Tribunal sur la base de l'article 1152, deuxième alinéa, du Code civil français¹⁵¹².

982. – On peut citer aussi, à titre d'exemple, la sentence *CCI* n° 14046, dans laquelle le Tribunal arbitral a pu réduire, cette fois-ci, le montant d'une clause pénale stipulée dans le contrat en cas de violation de l'obligation de non-compétition, déjà fixé à 3 000 000 de dollars américains. Les arbitres ont constaté en l'espèce l'existence d'une violation de la clause contractuelle portant sur la non-compétition pour une durée de cinq ans. Toutefois, en examinant les éléments de faits, ainsi que l'économie du contrat dans le souci de garantir l'équilibre contractuel, le Tribunal a considéré comme excessive la clause pénale en l'espèce, et a décidé de réduire la pénalité à 1 500 000 dollars américains¹⁵¹³.

983. – Analyse critique. – Le caractère dérisoire de l'indemnisation consentie par les parties, dans le cadre des clauses limitatives d'indemnisation, constitue aussi, à juste titre, une limite à l'égard de l'applicabilité de ces clauses. Bien qu'une telle solution accorde un large pouvoir discrétionnaire aux arbitres internationaux sur une base subjective, elle constitue néanmoins une garantie essentielle pour l'allocation des indemnisations adéquates dans ce cas. Cette solution s'avère davantage importante, plus particulièrement, dans le cas des litiges qui opposent un professionnel à un profane, ou dans le cas des contrats d'adhésion. De ce fait, les arbitres peuvent ainsi intervenir pour ramener l'équilibre du contrat, dans l'hypothèse de la prévision d'un montant d'indemnisation dérisoire ou excessif dans le cadre des clauses limitatives d'indemnisation ou dans le cadre d'une clause pénale.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 23.

¹⁵¹³ Sentence *CCI* n° 14046, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, spéc. pp. 264-266.

CONCLUSION DU CHAPITRE

984. – À la différence des matières délictuelles, où le respect du principe général de l'indemnisation intégrale du préjudice s'avère mis en jeu d'une manière plus rigoureuse, on constate, qu'en matière contractuelle, l'indemnisation ne peut pas être accordée en dehors du cadre de la règle de la prévisibilité¹⁵¹⁴. Ce en quoi réside la validité des clauses contractuelles portant sur le *quantum* de l'indemnisation¹⁵¹⁵. Des développements précédents, il apparaît clairement que cet aménagement conventionnel d'indemnisation est, en principe, respecté par les arbitres internationaux, malgré son incompatibilité avec l'application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Sachant aussi qu'au titre de la liberté contractuelle, les différents systèmes juridiques européens acceptent que « le principe de réparation intégrale peut être *ab initio* écarté par la stipulation dans le contrat d'une clause exclusive ou limitative de responsabilité »¹⁵¹⁶.

985. – Dès lors, deux aspects de ces clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice peuvent être relevés. D'une part, ces clauses ont pour effet d'aménager une sorte d'indemnisation consensuelle hors le cadre des règles juridiques de l'indemnisation intégrale du préjudice. D'autre part, ces clauses tendent d'ailleurs de lier les arbitres à leurs contenues. Autrement dit, la volonté des parties contractantes, par la stipulation de telles clauses, est d'aménager leur différend contractuel potentiel. D'où l'importance de ce type de clauses contractuelles, malgré, d'ailleurs, leurs effets négatifs sur l'application du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

¹⁵¹⁴ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2013, *Defrénois, op. cit.*, n° 964 et s., pp. 508-510.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ Fabrice Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012, p. 35.

986. – Ces clauses sont notamment respectées en matière d’arbitrage international en raison de la nature surtout conventionnelle de celui-ci. Dès lors, malgré la portée restreinte en droit commun de ces clauses en tant que dérogations au principe de l’indemnisation intégrale du préjudice, selon certains auteurs¹⁵¹⁷, la situation ne semble pas pareille dans l’arbitrage international. Une importance plus considérable est accordée ainsi par les arbitres internationaux vis-à-vis de ce type des clauses contractuelles qui, par conséquence, a pour effet de déroger expressément au principe de l’indemnisation intégrale. Toutefois, l’application de ces clauses, au sens juridique, paraît tout à fait employée à juste titre. De surcroît, leur application reflète un aspect économique dans l’indemnisation du préjudice, en limitant les risques supportés par les parties et en contribuant à la stabilité des transactions internationales, en prévoyant dès le début les conséquences de l’inexécution éventuelle de l’engagement contractuel. Une telle hypothèse conduit, à ce stade aussi, à adopter une position favorable à l’application des clauses portant sur l’indemnisation, ce qui résulte en une allocation d’une indemnisation plutôt adéquate du préjudice.

¹⁵¹⁷ V. par ex. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, *op. cit.*, n° 696 et s., pp. 269 et s.

CONCLUSION DU TITRE II

987. – Au regard des développements des variables tenant au comportement non fautif des parties, il apparaît que les règles classiques de l'indemnisation du préjudice peuvent être affectées par des raisons non imputables aux parties contractantes. L'évènement de la force majeure constitue un impact radical sur l'indemnisation du préjudice de la partie lésée. La survenance de celle-ci justifie l'exonération du débiteur de toute responsabilité. Les clauses contractuelles, portant sur l'indemnisation, constituent un impact moins grave sur l'opération de l'indemnisation. Cependant, donner effet à ces types de clauses contractuelles porte plus expressément atteinte au processus classique de l'évaluation de l'indemnisation due, qui repose sur le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

988. – Cet aménagement conventionnel de l'indemnisation ne constitue pas uniquement une dérogation à l'allocation des indemnisations à la partie lésée pour les préjudices réellement subis, mais il représente aussi un défi à l'application du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Le fonctionnement et le rôle des clauses contractuelles portant sur l'indemnisation se voient contredire avec les mécanismes juridiques dudit principe. Toutefois, ces types de clauses connaissent de large reconnaissance notamment par les arbitres internationaux. Une hypothèse qui montre que l'indemnisation non intégrale du préjudice peut être toujours valable autant qu'elle est adéquate.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

989. – De tout ce qui précède, il est important de noter que les règles contingentes de l'indemnisation du préjudice constituent une partie essentielle de l'opération de l'évaluation des indemnisations par les arbitres internationaux. La prise en considération de ces règles est incontestable afin d'aboutir soit à une indemnisation nette, soit à l'indemnisation la plus appropriée du préjudice. Dans les deux cas, l'indemnisation accordée par les arbitres doit être considérée plutôt comme adéquate.

990. – Par l'indemnisation nette, on entend déduire un certain montant de l'indemnisation, sous certaines conditions légales, afin que la partie lésée ne soit pas indemnisée au-delà de la somme due, comme, par exemple, dans le cas du principe de la minimisation du préjudice par la partie lésée. Or, cette opération d'évaluation est soumise souvent au pouvoir discrétionnaire des arbitres. De même, une indemnisation adéquate peut signifier aussi que la partie lésée n'est pas indemnisée conformément à une évaluation purement mathématique, mais doit être plus appropriée. C'est le cas, par exemple, dans l'évaluation de l'indemnisation conformément aux clauses contractuelles dédiées à cet effet. Pour les arbitres, le respect de la volonté des parties, ainsi que de la règle de l'intangibilité du contrat, sous certaines conditions, prévalent par rapport au respect de l'application stricte du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. Dès lors, il apparaît clairement, notamment dans cette dernière hypothèse aussi, l'intérêt du concept de l'indemnisation adéquate du préjudice sans être lié à l'application *stricto sensu* des règles strictes de l'indemnisation intégrale.

CONCLUSION GENERALE

991. – Au terme de cette recherche portant sur l'étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international, il s'avère plus pratique d'adopter le concept d'une indemnisation adéquate en réparant tous les chefs de préjudices subis, ainsi que de prendre en considération les vrais intérêts lésés. Cette méthodologie de la préparation permettrait une indemnisation efficace du préjudice. Pour que l'allocation des dommages-intérêts soit adéquate, une appréciation juridique doit toujours se reposer sur l'examen des règles tant fondamentales que contingentes de l'indemnisation du préjudice. Le but est d'atteindre un *quantum* d'indemnisation net et que la réparation corresponde aux vrais intérêts lésés, et non pas uniquement aux préjudices mathématiquement évaluables.

992. – D'où l'importance d'établir un concept juridique sur lequel les arbitres se réfèrent dans le cadre de la prononciation sur l'indemnisation du préjudice. Il est vrai qu'il existe un principe juridique bien établi en la matière, qui est celui de l'indemnisation intégrale du préjudice, mais son application a suscité certaines critiques, ainsi que quelques difficultés pratiques. Notre recherche s'intéresse plus aux solutions pratiques, et qui restent certes toujours légitimes, pour réparer les préjudices. Il est préférable de confronter les défis juridiques et pratiques sur le même sol, loin d'être à l'abri derrière des théories rigides en essayant de les réadapter selon les différentes situations juridiques.

993. – Toutefois, il faut toujours se limiter à l'analyse des règles juridiques internationalement reconnues dans le domaine de l'évaluation d'indemnisation dans l'arbitrage international. De l'analyse juridique de ces règles, notamment en ce qui concerne leurs fonctionnements et leurs objectifs, on a tenté d'extraire le concept le plus adapté à être approuvé dans le droit de préjudice. Conformément à cet ordre d'idées, nos développements juridiques ont reposés sur les deux ailes principales des règles d'indemnisations susmentionnées, qui sont les règles fondamentales et celles contingentes de l'indemnisation du préjudice, pratiquées par les arbitres internationaux.

994. – § I. Les règles fondamentales d’indemnisation attestent la nécessité de l’existence de certaines flexibilités dans leur mise en application pour l’allocation des dommages-intérêts par les arbitres. En outre, l’analyse des mécanismes de l’indemnisation du préjudice, selon ces règles, dans l’arbitrage international nous a conduit à confirmer la difficulté de l’application littérale du principe de l’indemnisation intégrale en tant que standard de réparation.

995. – D’un côté, pour l’illustration de ce fait, il était indispensable de commencer par traiter les facteurs essentiels d’indemnisation du préjudice. En matière d’arbitrage international, la réclamation d’une indemnisation par l’une des parties au litige dépend toujours de la qualification juridique du préjudice subi selon le type de l’arbitrage saisi. Prenant l’exemple le plus réputé en ce sens, on constate que les faits générateurs d’indemnisation diffèrent alors selon que l’arbitrage est basé sur un contrat ou bien sur un Traité international. On a tenté alors de résoudre les problèmes de conflit des chefs d’indemnisations dans ces deux types d’arbitrages. L’examen de ces faits générateurs d’indemnisation a révélé leurs caractéristiques larges qui risquent, en conséquence, d’aboutir à une indemnisation très étendue. Dès lors, le pouvoir souverain de l’arbitre joue un rôle déterminant en matière d’indemnisation dans ce cas. Hypothèse sur laquelle il est difficile d’adopter un concept rigide s’appuyant sur un seul aspect quantitatif d’indemnisation, comme celui de l’indemnisation intégrale¹⁵¹⁸.

996. – Ces notions larges des faits générateurs d’indemnisations se trouvent dans l’arbitrage d’investissement. Comme traité dans les développements juridiques précédents, on a exposé les standards clés d’indemnisation dans l’arbitrage d’investissement consistant dans le standard du traitement juste et équitable¹⁵¹⁹ et celui de l’expropriation¹⁵²⁰. Des standards dont l’aspect est large et imprécis, ce qui exige l’allocation d’un pouvoir discrétionnaire important aux arbitres afin de tracer les limites de leurs portées juridiques. Par conséquent, cette détermination des notions des faits générateurs d’indemnisation par les arbitres aura pour effet d’aboutir à une indemnisation efficace et adéquate, ainsi que d’éviter d’avoir une indemnisation sans limite. Cette flexibilité de la base juridique de l’indemnisation dans l’arbitrage d’investissement exige,

¹⁵¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Paris : PUF, 2004*, p. 2400.

¹⁵¹⁹ V. *supra* n° 52 et s.

¹⁵²⁰ V. *supra* n° 83 et s.

par la suite, la mise en place d'un principe plus pragmatique et plus souple que celui de l'indemnisation intégrale en matière de la réparation du préjudice.

997. – Le même défi a été relevé dans l'arbitrage du commerce international basé sur un rapport contractuel. Sur quoi porte l'indemnisation ? Une interrogation dont la réponse a suscité un débat juridique touchant l'un des piliers du principe de l'indemnisation intégrale, qui est celui de l'exigence du préjudice pour l'allocation des dommages-intérêts. En matière contractuelle, certains sont favorables à l'allocation d'indemnisation sur la seule base de la violation des dispositions contractuelles, sans regard de l'existence du préjudice subi. Une telle solution a été relevée aussi dans le système juridique de *common law*. Par contre, on a montré que la pratique arbitrale est, d'une manière générale, favorable à l'exigence d'un préjudice établi afin de pouvoir octroyer des indemnisations. Au demeurant, on a conclu que la justification de la réparation pour inexécution contractuelle réside essentiellement dans l'élément de la preuve permettant la présomption du préjudice, alors qu'un tel préjudice est toujours exigé. Toutefois, l'admissibilité de ce raisonnement a pour effet de toujours contredire le pur fonctionnement du principe de l'indemnisation intégrale, en le sens que le préjudice est présumé dans ce cas et n'a pas à être démontré avec certitude.

998. – D'un autre côté, l'examen des mécanismes de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international a montré la carence de l'application stricte du principe de l'indemnisation intégrale pour l'évaluation du *quantum* de la réparation du préjudice subi par la partie lésée. L'examen des mécanismes du principe de l'indemnisation intégrale atteste de la difficulté d'une application littérale dudit principe. S'ajoutent à ces difficultés inhérentes au principe même de l'indemnisation intégrale, d'autres dont la mise en œuvre sera destructive d'un tel principe.

999. – Dans cette rubrique, on a vu que les indemnisations punitives¹⁵²¹ sont complètement incompatibles avec l'application du principe de l'indemnisation intégrale en tant que standard de réparation. Dès lors, une des réserves, qui peut être relevée contre l'application littérale du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, est qu'elle s'avère nettement

¹⁵²¹ V. *supra* n° 401 et s.

incompatible avec l'allocation de peines privées de manière générale. Une solution qu'on ne peut pas partager, même si on a une position conservatrice à l'égard d'une application des peines privées. D'une part, l'allocation des peines privées est devenue pratiquement incontestable, notamment, avec la nécessité et l'effectivité d'indemniser certains types de préjudices, comme, par exemple, le cas des dommages-intérêts moraux¹⁵²². D'autre part, il est bien constaté que la réparation, dans le système de la responsabilité civile, est dotée d'un caractère dissuasif. Dès lors, cette fonction dissuasive constitue un accessoire du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁵²³. Dans la même veine, une indemnisation punitive ne représente au fond d'ailleurs qu'un degré supplémentaire de la dissuasion.

1000. – § II. La mise en œuvre des règles contingentes de l'indemnisation a montré aussi que l'évaluation du montant des dommages-intérêts ne peut pas dépendre du seul aspect quantitatif de la réparation, ainsi que notamment l'exigence d'octroyer un pouvoir souverain plus important aux arbitres internationaux en matière d'indemnisation du préjudice. Un résultat juridique qui a pour effet de renforcer la nécessité d'aborder, plutôt le concept d'une indemnisation adéquate lors du processus de la réparation du préjudice.

1001. – Il s'agit de variables juridiquement reconnues affectant négativement l'allocation des indemnisations pour la partie lésée. Certaines sont tenantes au comportement fautif des parties au litige, et d'autres sont exogènes au comportement fautif des parties. La prise en compte de ces variables est nécessaire et inévitable, afin d'accorder une indemnisation adéquate.

1002. – En ce qui concerne les variables tenant au comportement fautif des parties, on a démontré le rôle du principe transnational de la minimisation du préjudice dans l'évaluation de l'indemnisation. Au demeurant, l'impact de la fraude commise par la partie lésée a été relevé en tant qu'incident essentiel de l'indemnisation. Quant au devoir de la minimisation du préjudice par la partie lésée, son illustration a revêtu l'importance du pouvoir souverain des arbitres pour se prononcer sur l'indemnisation dans ce cas. L'intérêt de ce pouvoir souverain des arbitres, dans cette hypothèse, est de retracer la délimitation juridique d'un tel devoir au cas par cas. En effet,

¹⁵²² V. *supra* n° 443 et s.

¹⁵²³ V. en ce sens, Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, Préface Pollaud-Dulian, thèse, *PUAM*, 2002, *op. cit.*, pp. 462-464.

une application non rigoureuse du principe de la minimisation du préjudice aurait pour effet l'allocation d'une indemnisation sans limite ou excessive. Par ailleurs, la fraude dans la procédure arbitrale engendre aussi un effet direct sur l'indemnisation due. Pour que la réparation soit valablement due à la partie lésée, cette dernière aurait dû se comporter, dans le cadre de la relation contractuelle, d'une manière irréprochable. Autrement dit, l'indemnisation de la victime sera sérieusement mise en cause, soit en totalité, soit en partie, si son comportement est déloyal ou s'il est la cause du préjudice survenu. C'est la raison pour laquelle il a été relevé que le principe de bonne foi est considéré comme le « principe des principes » qui régit entièrement le rapport contractuel.

1003. – En ce qui concerne les variables tenant au comportement non fautif des parties, il est admis de même que toute cause étrangère aux comportements des parties renversant l'équilibre du contrat pourrait, de son côté, affecter négativement le montant de l'indemnisation due à la partie lésée. Un des exemples les plus célèbres de cette hypothèse s'illustre dans l'évènement de la force majeure. Rappelons l'interprétation controversée des éléments constitutifs de la force majeure, les arbitres internationaux adoptant généralement une application classique à cet égard. Une telle application consiste en l'exigence cumulative des composantes juridiques de la force majeure, qui sont les éléments de l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité¹⁵²⁴. Notant que cette interprétation restrictive de la force majeure aurait un impact sur les chances de l'allocation d'indemnisation. On relève de nouveau ainsi l'importance de renforcer le pouvoir souverain des arbitres afin de pouvoir confronter ces genres de défis afin d'aboutir à une indemnisation adéquate, alors qu'ils sont dotés d'une certaine liberté à l'égard de tout droit interne. De même, le processus classique de l'évaluation d'indemnisation par les arbitres se voit être troublé dans certains cas par la volonté des parties elles-mêmes. Ainsi, les clauses contractuelles portant sur l'indemnisation du préjudice doivent être respectées par les arbitres. Rappelons alors que, sous certaines conditions, l'évaluation de l'indemnisation par les arbitres trouve sa limite dans la volonté des parties. De plus, on a démontré que, dans la pratique, ces aménagements conventionnels sont souvent appliqués par les arbitres, même dans les cas où

¹⁵²⁴ V. *supra* n° 842 et s.

leur mise en œuvre contredit l'idée de l'indemnisation intégrale. C'est le cas, par exemple, pour les clauses pénales¹⁵²⁵, ou celles limitatives ou élusives d'indemnisation¹⁵²⁶.

.....

1004. – Enfin, de tout de ce qui précède on peut constater que le concept de l'indemnisation adéquate peut constituer une assise juridique solide en matière d'indemnisation. Si on accepte les arguments des partisans de l'allocation de peines privées dans l'arbitrage international, ce concept servira toujours, conformément au bon sens juridique, à justifier l'indemnisation allouée. En plus, dans ce cas on ne peut plus aborder, en tout état de cause, le principe de l'indemnisation intégrale comme standard de réparation. Dans le cas contraire, si on suit les arguments de ceux qui sont contre l'allocation des indemnités punitives, le concept de l'indemnisation adéquate restera toujours le plus adapté en matière de réparation. Et cela en raison, d'une part, de la flexibilité de la mise en application d'un tel concept, et d'autre part, puisqu'il prend en considération tant l'aspect économique que juridique dans l'évaluation de l'indemnisation. En somme, une indemnisation adéquate a pour effet, comme déjà indiqué, de garantir une réparation bien efficace et qui correspond aux vrais intérêts lésés, sans être limitée à la réparation des seuls préjudices mathématiquement évaluables.

1005. – De là, le concept de l'indemnisation adéquate peut représenter un bon compromis juridique, ainsi qu'une base légale plus cohérente pour la réparation du préjudice. Nous estimons aussi, rappelons-le, que la réparation doit être toujours un outil pour sanctionner la faute. Cet aspect répressif de l'indemnisation est inhérent à la logique juridique de la réparation. D'où, il fallait trouver un principe juridique qui peut avoir vocation à s'appliquer en matière d'indemnisation, et qui soit conforme avec cette interprétation extensive de la notion de la réparation ; le concept d'une indemnisation adéquate peut y légitimement trouver place.

¹⁵²⁵ V. *supra* n° 925 et s., spéc. n° 928-929.

¹⁵²⁶ V. *supra* n° 936 et s.

1006. – Par conséquent, on peut proposer deux règles importantes. L’une concernant la nécessité du maintien des relations contractuelles par les arbitres internationaux. L’autre consiste en l’adoption du principe de l’indemnisation adéquate du préjudice dans le processus de la réparation.

1007. – En premier lieu, « les arbitres internationaux doivent veiller sur le maintien du rapport contractuel entre les parties, si c’est toujours possible, dans le cadre de leur rôle de garant de l’équilibre contractuel, d’un côté, et de la libre volonté des parties, d’un autre ».

Cette priorité donnée à la sauvegarde des relations contractuelles tend à maintenir la stabilité des transactions internationales, et à établir la confiance des acteurs de commerce sur le marché¹⁵²⁷. L’arbitrage international doit être alors un outil efficace pour assurer l’équilibre du contrat ainsi que pour son exécution. Une approche qui est justifiable tant au sens juridique qu’économique. Au sens juridique, le principe de la force obligatoire du contrat peut être un support important de cette approche tendant au maintien des relations contractuelles. Et cela en respectant la volonté des parties lors de la formation du contrat. Au sens économique, une telle approche se trouve en faveur de l’économie du contrat en incitant les acteurs du commerce à ne pas se délier de leurs obligations, ce qui aurait pour effet de garantir ainsi la pérennité des transactions internationales.

1008. – En second lieu, « En cas d’une violation contractuelle quelconque, les arbitres doivent accorder des dommages-intérêts adéquats à la partie lésée ».

« Tout en respectant les règles du droit, les arbitres doivent prendre en considération, dans le processus de l’évaluation du montant de l’indemnisation, les intérêts réellement lésés ainsi que les règles d’usage qui correspondent à chaque cas ».

¹⁵²⁷ V. par ex. Yves Tassel, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée. Application à la restitution anticipée du navire par l’affréteur à temps*, *Droit français-Droit anglais, Gazette de la C.A.M.P.*, N° 30, 2013, pp. 2-4, spéc. p. 4. Dans le cadre de l’étude sur la restitution anticipée du navire par l’affréteur avant le terme prévu dans le contrat, l’auteur a pu constater que, tant en droit français qu’en droit anglais, « est maintenue une légitime rigueur en faveur de la possibilité de poursuivre l’exécution du contrat ».

Cette proposition susmentionnée tend, d'un côté, à adopter le principe de l'indemnisation adéquate dans le droit d'arbitrage, puisqu'il témoigne une certaine flexibilité pour conforter le pouvoir de l'arbitre à accorder des dommages-intérêts les plus appropriés selon chaque cas. Et cela sans être lié par les règles rigides du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice. D'un autre côté, afin d'encadrer l'opération de l'évaluation du préjudice sous le principe de l'indemnisation adéquate, il est important de tracer des critères précis et clairs pour éviter toute indemnisation excessive ou déraisonnable. Dès lors, l'allocation des dommages-intérêts doit être proportionnelle aux intérêts réellement lésés. Dans ce sens, on souligne qu'il reste toujours essentiel de réparer tous les chefs des préjudices subis. Pourtant, les intérêts lésés peuvent avoir un sens plus large que les préjudices subis. En réparant les premiers, on peut prendre en considération d'autres critères, comme la gravité de la faute et l'illicéité du comportement du débiteur. Aussi l'indemnisation de certains chefs de préjudices, comme le préjudice moral, peut être ainsi mieux justifiée au titre d'une indemnisation adéquate, et non intégrale. En somme, il sera plus juste de procéder à une appréciation qualitative, et non pas uniquement quantitative, du préjudice.

En outre, la prise en compte des règles d'usage paraît une nécessité pour aboutir à une évaluation optimale des préjudices. Ces règles s'avèrent les plus pertinentes pour appréhender les vraies dimensions du préjudice et appliquer la meilleure méthode de la réparation de celui-ci au cas par cas. D'où la nécessité, d'ailleurs, de l'existence des professionnels parmi les arbitres. Un Tribunal arbitral constitué des juristes et des professionnels serait plus efficace et témoignerait d'autant plus de confiance auprès les justiciables. Une tendance qu'il faut supporter de plus en plus. Cette variété d'experts aurait sûrement un impact très positif sur l'opération de l'évaluation du préjudice, notamment en ce qui concerne cette évaluation, eue égard aux règles d'usage qui peuvent certes varier d'un cas à un autre.

1009. – L'objectif d'une opération d'évaluation du préjudice est d'aboutir à une indemnisation juste et opportune. Ceci nécessite d'avoir un principe flexible, et en même temps concis et bien précis, sur lequel on peut évaluer les dommages-intérêts dus. Il est temps ainsi de donner la vie au principe de l'indemnisation adéquate pour gérer l'opération de l'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX

ATIYAH (P.-S.)

- *An Introduction to the law of contract*, 5^e éd., Oxford : Clarendon, 1995.

BACACHE-GIBEILI (M.) sous la dir. LARROUMET (C.)

- *Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle, Tome V*, 2^e éd., Economica, 2012.

BAUDOIN (J.-L.) et DESLAURIERS (P.)

- *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville : Yvon Blais Québec, 1998.

BEAUCHAMP (J.-J.)

- *Le Code civil de la province du Québec annoté*. Paris: LGDJ, 1904.

BÉNABENT (A.)

- *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Paris: Montchrestien, 2010.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil*, Paris : Presses universitaires de France, 2004.

CARIGNAN (P.) et MAYRAND (A.)

- *Le code civil français et son influence en Amérique / Québec : ses sources, son évolution, son originalité*, Paris, LGDJ, 1967.

CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.)

- *Droit des assurances*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2013.

CHARTIER (Y.)

- *La réparation du préjudice*, Paris: Dalloz, 1983.

CHESHIRE (G.-C.), FIFOOT (C.-H.-S.), FURMSTON (M.-P.), et SIMPSON (A.-W.-B.)

- *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, 15^e éd., Oxford: OUP 2007.

CHITTY (J.)

- *Chitty on Contracts: Vol. 1 General Principles*, 31^e éd., London: Sweet and Maxwell, 2012.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique: Association Henri Capitant*, 9^e éd., Paris: QUADRIGE/PUF, 2011.

DALCQ (R.-O.)

- *Traité de la responsabilité civile, II, Le Lien de causalité, le dommage et sa réparation*, Bruxelles: Larcier, 1962.

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.)

- *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1985.

DE LORIMIER (C.)

- *La Bibliothèque du Code Civil de la Province du Québec, vol. III*, Montréal: Sénécal, 1883.

DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.)

- *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6^e éd., LexisNexis, 2013.

DEMOGUE (R.)

- *Traité des obligations en général, Sources des obligations, Tome IV*, Paris: Rousseau, 1923.

DE LAMBERTERIE (I.), ROUHETTE (G.) et TALLON (D.)

- *Les principes du droit européen du contrat, l'exécution, l'inexécution, et ses suites*, Paris: La Documentation française, 1997.

DE PAGE (H.)

- *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence, t. II, Les incapables : Les obligations*, 3^e éd. Bruxelles: Bruyant, 1964.

DOMAT (J.) et CARRÉ (M.)

- *Œuvre de J. Domat t. IV*, Paris: Kleffer, 1823.

DOUGLAS (Z.)

- *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FARIBAULT (L.)

- *Traité du droit civil du Québec*, Montréal: Wilson et Lafleur, 1948.

FAWCETT (J.), CARRUTHERS (J.-M.) et NORTH (P.)

- *Cheshire, North & Fawcett, Private international law*, 14^e éd., Oxford: Oxford University Press, 2008.

FERRAND (F.)

- *Droit privé allemand*, Paris : Dalloz, 1997.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E)

- *Droit civil, Les obligations – 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Paris: Dalloz, 2011.
- *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, 7^e éd. Paris: Dalloz, 2011.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.)

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.)

- *Droit du commerce international*, 3^e éd., Paris : Dalloz, Cours, 2002.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.)

- *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris: Dalloz, 2010.

LE TOURNEAU (Ph.)

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^e éd. Paris : Dalloz, 2012.
- *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982.
- *La responsabilité civile*, PUF, 1^{re} éd., 2003.

LE TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.)

- *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1996.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.)

- *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris : Defrénois, coll. Droit civil, 2012.

MALAURIE (Ph.), AYNÉS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- *Les obligations*, 6^e éd., Paris: Defrénois, LGDJ, 2013.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)

- *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, 10^e éd., Paris : Cujas, 1999.

MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.)

- *Droit des obligations*, 12^e éd. Paris : Lexis Nexis SA, 2012.

MARLY (P.-G.)

- *Droit des assurances*, Paris : Dalloz, 2013.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)

- *Droit civil, t. 2 Les obligations, vol. I – Les Sources*, 2^e éd., Paris: Sirey, 1988.

MAYER (P.) et HEUZÉ, (V.)

- *Droit international privé*, 10^e éd., Paris: Montchrestien, 2010.

MAZEAUD (H.), (L.) et (J.)

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. II*, 6^e éd. Paris, 1970.

MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et CHABAS (F.)

- *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. III, 1^{re} Vol.*, 6^e éd. Paris: Montchrestien, 1983.

MAZEAUD (H.), (L.) et TUNC (A.)

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I*, 6^e éd. Paris : Montchrestien, 1965.

MCGREGOR (H.), SPENCER (M.) et PICTON (J.)

- *McGregor on damages, 2^e supplément de la 18^e éd.*, London: Sweet & Maxwell, 2011.

PIRSON (R.) et DE VILLE (A.)

- *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle, t. I.* Bruxelles : Bruylant, 1935.

PLANIOL (M.)

- *Traité élémentaire de droit civil, T. 2, 4^e éd.* Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

POMIES (O.)

- *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes "PUR", 2011.

POTHIER (R.-J.)

- *Œuvres complètes de Pothier: Traité des obligations*, Paris: Siffrein, 1821.

PROCTOR (Ch.), KLEINER (C.) et MOHS (F.)

- *Mann on the legal aspect of money, 7^e éd.*, Oxford: Clarendon Press, 2012.

SAERENS (P.) et PISSOORT (W.)

- *Droit commercial international*, Belgique : Larcier, 2013.

TERRÉ (F.)

- *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz, 9^e éd., 2012.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil, Les obligations, 11^e éd.*, Paris : Dalloz, 2013.

TREITEL (G.-H.)

- *The law of contract, 12^e éd.*, London: Sweet & Maxwell, 2007.

TUNC (A.)

- *La responsabilité civile, 2^e éd.*, Paris: Economica, 1990.

VINEY (G.)

- *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., Paris: LGDJ, 2008.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et GHESTIN (J.)

- *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., Paris: LGDJ, 2010.
- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2006.

II – OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES ET THESES

A – OUVRAGES COLLECTIFS

ANCEL (P.)

- « La responsabilité contractuelle », dans P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.) *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrat*, Paris: Dalloz, 2003.

AUBERT (J.-L.)

- « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur », dans G. Viney (dir.) *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ, 2008.

BEALE (H.)

- « Partial and temporary impossibility in English and French law » dans D. Tallon (dir.) *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de Législation Comparée, 1999.

BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (dir.) et al.,

- *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris: LexisNexis, 2011.

BELLIVIER (F.) et SEFTON-GREEN (R.)

- « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in *Le contrat au début du XXIème siècle* », dans J. Ghestin (dir.), *Études offertes à J. Ghestin*, Paris: LGDJ, 2001.

BONFILS (Ph.)

- dans C. Prieto (dir.) *Regards croisés sur les principes européens du droit du contrat et sur le droit français*, Aix-en Provence: PUAM, 2003.

CLAY (Th.)

- « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales » in S. Guinchard (dir.) *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Paris: Dalloz, 2010.

CLERC-RENAUD (L.)

- « La place de la notion de réparation en droit européen des contrats » dans Ch. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry: Université de Savoie, 2012.

CORGAS-BERNARD (C.)

- « L'aménagement conventionnel du principe de la réparation intégrale », in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux, Bruxelles : Larcier, 2012.*

DABIN (J.)

- « Faute dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », dans J. Brethe de la Gressaye (dir.), *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, Bordeaux : Éditions Bière, 1967.

DEPREZ (J.)

- « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », dans *Travaux Association Henri Capitant, t. XVII*, Paris : Dalloz, 1968.

DERAINS (Y.)

- « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », dans P. Bellet (dir.) *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991.

ENDICOTT (M.)

- « Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards », in Philippe Kahn et Thomas W. Wälde (dir.) *Les aspects*

nouveaux du droit des investissements internationaux (New aspects of international investment law), Leiden: Nijhoff, 2007.

ESMEIN (P.)

- « Peine ou réparation », dans P. Roubier (dir.) *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Vol. II*, Paris : Dalloz et Sirey, 1961.

EWALD (F.), GARAPON (A.), MARTIN (G.-J.), et al.

- « Les limites de la réparation du préjudice » dans séminaire, “*Risques, assurances, responsabilités*”, Paris: Dalloz, 2009.

FONTAINE (M.)

- « Les contrats internationaux à long terme », dans *Études offertes à Roger Houin*, Paris : D. Sirey, 1985.

FOUCHARD (Ph.)

- « Les usages, l'arbitre et le juge : à propos de quelques récents arrêts français », dans B. Goldman (dir.) *Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982.

GAILLARD (E.)

- « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans P. Bellet (dir.) *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991.

GHESTIN (J.), ATIYAH (P.) et al.,

- dans D. Tallon et D. Harris (dir.) *Le contrat aujourd'hui : Comparaisons Franco-Anglaises*, Paris: LGDJ, 1987.

GROUDEL (H.) et PECHINOT (J.)

- « Droit français », in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012.

HANOTIAU (B.)

- « La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Émergence », in Gaillard (dir.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris: ICC publication N° 480/4, 1993.

JARVIN (S.)

- « L'obligation de coopérer de bonne foi », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale : séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris: CCI n° 440/1, 1986.

KOMAROV (A.-S.)

- « Mitigation of damages » dans Y. Derains et R.-H. Kreindler (dir.) *Evaluation of Damages in International Arbitration*, Paris: CCI n° 668, 2006.

LAGARDE (P.)

- « Droit international privé », dans J. Ghestin (dir.) *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris: LGDJ, 1990.

LEDUC (F.)

- « La conception générale de la réparation intégrale », in Philippe Pierre et Fabrice Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe - Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012.

LEFEBVRE (H.)

- « Le caractère forfaitaire de la clause pénale », dans *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur, Tome II*, Lille: Université du droit et de la santé, 1977.

LOQUIN (E.)

- « L'application des règles transnationales dans l'arbitrage commercial international », dans *L'apport de la jurisprudence arbitrale: séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris: CCI n° 440/1, 1986.

MASSE (C.)

- « La bonne foi dans l'exécution des contrats », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi, t. 43: Journées Louisianaises, 1992*, Paris : Litec, 1994.

MATET (M.)

- « Le temps dans la réparation du préjudice », dans *Les limites de la réparation du préjudice, Séminaire « Risques, Assurances, Responsabilités »*, Dalloz, 2009.

MAYER (P.)

- « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », dans Bellet (dir.), *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris: Litec, 1991.
- « La règle morale dans l'arbitrage international » dans : Bellet (dir.), *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris: Litec, 1991.
- « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », dans L'internationalisation du droit, *Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn*, Paris: Dalloz, 1994.
- « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » dans P. Lalive et Ch. Dominicé (dir.) *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Francfort: Hebing & Lichtenhalm, 1993.

MUIR WATT (H.)

- « Economie de la justice et droit international privé : une étude de politique judiciaire », dans S. Chassard-Pignet et D. Hiez (dir.) *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence: PUAM, 2007.

PHILIPPE (D.) et RUWET (C.)

- « Les clauses mettant fin au contrat » dans *Les grandes clauses des contrats internationaux, 55e séminaire de la Commission Droit et Vies des Affaires*, Bruxelles: Bruylant, FEC, 2005.

PHILIPPE (D.)

- « La force majeure et le hardship », dans Guy Keutgen (dir.) *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (éd. 2010) et l'arbitrage – Actes du Colloque du CEPANI du 24 mai 2011*, Bruylant, 2011.

REMY (Ph.)

- « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat » dans *Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction de droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

ROGERS (H.)

- « Droit du Royaume-Uni », in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012.

RIVKIN (D.)

- « Lex mercatoria and force majeure », dans E. Gaillard (dir.) *Transnational rules in international commercial arbitration*, Paris : ICC 1993.

SABAHI (B.)

- « The calculation of damages in international investment law », dans Philippe Kahn et Thomas W. Wälde (dir.) *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux (New aspects of international investment law)*, Leiden : Nijhoff, 2007.

SAVAUX (E.) ET SCHUTZ (R.-N.)

- « Exécution par équivalent, Responsabilité et droits subjectifs », dans J.-L. Aubert (dir.) *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Paris: Dalloz, 2005.

SCHREUER (Ch.)

- « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims » dans Todd Weiler (dir.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA Bilateral Treaties and Customary International Law*, London : Cameron May, 2005.

SIMMONS (J.-B.)

- « Valuation in investor-State arbitration : toward a more exact science », in John Norton Moore (ed.), *International arbitration, Contemporary issues and innovations, 24th Sokol Colloquium, Vol. 5*, Boston : Martinus Nijhoff, 2013.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- « Le préjudice moral des personnes morales », dans Ph. le Tourneau (dir.), *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris: Dalloz, 2008.

TANIGUCHI (Y.)

- « The obligation to mitigate damages » dans Y. Derains et R.-H. Kreindler (dir.) *Evaluation of Damages in International Arbitration*, Paris : CCI n° 668, 2006.

TREILLARD (J.)

- « De la suspension des contrats », dans Paul Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris: LGDJ, 1960.

VAN HOUTTE (H.)

- « Changed circumstances and pacta sunt servanda » dans Gaillard (éd.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris: ICC publication N° 480/4, 1993.

VIGNON-BARRAULT (A.)

- « Les dommages et intérêts punitifs », in Philippe Pierre et Fabrice Leduc, *La réparation intégrale en Europe – Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012.

VINEY (G.)

- « La responsabilité contractuelle en question », dans J. Ghestin (dir.) *Études offerts à J. Ghestin, Le Contrat au début du XXIème siècle*, Paris : LGDJ, 2001.

WÄLDE (Th.) et HOBER (K.)

- « The First Energy Charter Treaty Arbitral Award » dans Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris : Anthémis, 2006.

WORLD BANK GROUP

- *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington : World Bank, 1992.

B – MONOGRAPHIES

AUDIT (B.)

- *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris: LGDJ, Coll. Droit des Affaires, 1990.

BLACKABY (N.), PARTASIDES (C.), REDFERN (A.) et HUNTER (M.)

- *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford : Oxford University Press, 2009.

BOLLECKER-STERN (B.)

- *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris: PEDONE, 1973.

COURT DE FONTMICHEL (A.)

- *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, éd. Panthéon-Assas, 2004.

-

CRAIG (W.-L.), PARK (W.) et PAULSSON (J.)

- *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^e éd. New York: Oceana Publications, 2000.

CRAWFORD (J.)

- *The International Law Commission's articles on State responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002.

DELAHAYE (T.)

- *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles: Bruylant, 1984.

DIEHL (A.)

- *The core standard of international investment protection*, Pays-Bas : Kluwer Law International, 2012.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012.

FONTAINE (M.) et DE LY (F.)

- *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd. Bruxelles : Bruylant, FEC, 2003.

FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.)

- *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris: Litec, 1996.

FOURET (J.) et KHAYAT (D.)

- *Recueil des commentaires des décisions CIRDI (2002-2007)*, Bruxelles: Bruylant, 2009.

FRIED (Ch.)

- *Contract as Promise*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

FULLER (L.) et PERDUE (W.)

- *The reliance interest in contract damages*, New Haven: Yale Law School, 1936.

GAILLARD (E.)

- *La jurisprudence de CIRDI, Vol. I* Paris : A Pedone, 2004.
- *La jurisprudence du CIRDI, Vol. II (2004-2008)*, Paris: A. Pedone, 2010.

GRAY (C.-D.)

- *Judicial remedies in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1987.

HEUZÉ (V.)

- *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, Paris: LGDJ, 2000.

HUET (J.) et GHESTIN (J.)

- *Traité de droit civil, Les principaux contrats sociaux*, Paris: LGDJ, 2^e éd., 2001.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

- *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : UNIDROIT, 3^e éd., 2010.

KASSIS (A.)

- *Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984.
- *L'autonomie de l'arbitrage commercial international – Le droit français en question, Préface Paul Lagarde*, Paris : L'Harmattan, 2006.

KLAGER (R.)

- *'Fair and equitable treatment' in international investment law*, UK : Cambridge University Press, 2011.

MARBOE (I.)

- *Calculation of compensation and damages in international investment law*, Oxford University Press, 2009.

PETER (W.)

- *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, 2^e éd., La Haye: Kluwer, 1995.

REDFERN (A.), HUNTER (M.), BLACKABY (N.) et PARTASIDES (C.)

- *Law and practice of international commercial arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 2004.

RIPERT (G.)

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris: LGDJ., 1949.

RIPINSKY (S.) et WILLIAMS (K.)

- *Damages in international investment law*, London : British Institute of International and Comparative Law, 2008.

ROWAN (S.)

- *Remedies for breach of contract – A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, 2012.

SABAHI (B.)

- *Compensation and restitution in investor-State arbitration – Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011.

SCHLECHTRIEM (P.) et WITZ (C.)

- *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris : Dalloz, 2008.

SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.)

- *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris : LGDJ, 2013.

TAYLOR (R.) et (D.)

- *Contract law*, Oxford University Press, 3^e éd., 2011.

TREITEL (G.-H.)

- *Frustration and force majeure*, 2^e éd., London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2004.

VAN HOUTTE (H.), WAUTELET (P.), KRUGER (T.) et COPPENS (G.)

- *The practice of arbitration : Essays in honour of Hans Van Houtte, Oxford and Portland, Oregon, 2012.*

C – THESES

ANTONMATTEI (P.-H.)

- *Contribution à l'étude de la force majeure, Préface Bernard Teyslié, Paris : LGDJ, 1992.*

ANDRADE LEVY (D.)

- *L'abus de l'ordre juridique arbitral : contributions de la doctrine de l'abus de droit à l'arbitrage international, dir. C. Larroumet, Paris 2, 2013.*

AUBRY (H.)

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Préf. Alain Ghazi, Aix-en-Provence : Presse Universitaire d'Aix-Marseille "PUAM", 2002.*

BELLISSENT (J.)

- *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Préface Rémy Cabrillac, Paris : LGDJ, 2001.*

BOSKOVIC (O.)

- *La réparation du préjudice en droit international privé, Paris : LDGJ, 2003.*

BOUT (R.)

- *La gestion d'affaires en droit français contemporain, Paris : LGDJ, 1972.*

CARVAL (S.)

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Paris : LGDJ, 1995.*

CATHIARD (A.)

- *L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Aix-en-Provence: PUAM, 2006.*

CHEN (C.-W.)

- *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris : Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, Droit des Affaires, 1997.

CLAY (Th.)

- *L'arbitre*, Dalloz, 2001.

CLUZEL (F.)

- *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, Paris : E. Duchemin, 1913.

COUTANT-LAPALUS (Ch.)

- *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, Préface Pollaud-Dulian, Aix-en-Provence : PUAM, 2002.

DE GRAEVE (L.)

- *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, dir. A. Beziz-Ayache, Lyon : Université de Lyon III, 2006.

DELEBECQUE (Ph.)

- *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Aix-en-Provence: Université de Aix-Marseille III, 1981.

DURAND (P.-J.)

- *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris : Godde, 1931.

EL-AHDAB (J.)

- *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Université de Paris I, 2003.

FAURE ABBAD (M.)

- *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préf. Philippe Remy, Collection de la Faculté de Droit et de Sciences sociales de Poitiers, Paris : LGDJ, 2003.

FERRY (C.)

- *La validité des contrats en droit international privé France - U.S.A.*, dir. Bernard Teysie, Paris : LGDJ, 1989.

FLORIAN (D.)

- *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : Etude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Université de Lille III, 2007.

FOUCHARD (Ph.)

- *L'arbitrage commercial international*, Paris : Dalloz 1965.

GENICON (T.)

- *La résolution du contrat pour inexécution*, Préface L. Leveneur, Paris : LGDJ, 2007.

GRANDMOULIN (J.)

- *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Rennes : A. Le Roy 1892.

GREAU (F.)

- *Recherches sur les intérêts moratoires*, dir. Bernard Beignier, thèse, Paris : LGDJ, 2006.

GUENNAD (S.)

- *Le préjudice moral des personnes morales*, dir. François Terré, Paris : Université de Paris II : Panthéon Assas, 2011.

HARDMAN REIS (T.)

- *Compensation for environmental damages under international law – The role of the international judge*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2011.

HELLERINGER (G.)

- *Les clauses contractuelles, Essai de Typologie*, Paris : Université de Paris I, 2010.

HERAN (M.)

- *Acceptation des risques et clauses d'irresponsabilité quant aux dommages causés aux personnes*, Montpellier: Université de Montpellier, Faculté de droit, 1952.

HOTTE (S.)

- *La rupture du contrat international – Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Paris : Defrénois, 2007.

JAULT (A.)

- *La notion de peine privée*, Paris : LGDJ, 2005.

JOSSERAND (L.)

- *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris : Réédition Dalloz, 2006.

LAITHIER (Y.-M.)

- *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris : LGDJ, 2004.

LE ROY (D.)

- *La force majeure dans le commerce international*, dir. Paul Lagarde, Paris I, 1991.

LEVACHER (E.)

- *Le gain manqué*, dir. Ph. Delebecque, Paris I, 2010.

MANCIAUX (S.)

- *Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Trente années d'activité du CIRDI*, Préf. Philippe Khan. Paris: Litec, 2004.

MAZEAUD (D.)

- *La notion de clause pénale*, Paris: LGDJ, 1992.

ORTSCHEIDT (J.)

- *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris : Dalloz, 2001.

OSMAN (F.)

- *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris : LGDJ 1992.

PICOD (Y.)

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, Paris : LGDJ, 1989.

PIERRE-FRANCOIS (G.-L.)

- *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, Paris : LGDJ 1975.

PINNA (A.)

- *La mesure du préjudice contractuel*, Préface P.-Y. Gautier, Paris : LGDJ, 2007.

POPINEAU-DEHAULLON (C.)

- *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat- études comparative*, Paris : LGDJ, 2008.

PRADEL (X.)

- *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préface Patrice Jourdain Paris : LGDJ, 2004.

QUEZEL-AMBRUNAZ (Ch.)

- *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface. Philippe Brun, Paris : Dalloz, 2010.

RACINE (J.-B.)

- *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Préf. Philippe Fouchard, Paris : LGDJ, 1999.

REIFEGERSTE (S.)

- *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

RAUX (M.)

- *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Charles Leben (dir.), 2010.

ROUJOU DE BOUBEE (M.-E.)

- *Essai sur la notion de réparation*, Coll. Bibliothèque de droit privé, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

SERAGLINI (Ch.)

- *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Université de Paris I, Paris : Dalloz, 2001.

SINTEZ (C.)

- *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, civile : Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Universités d'Orléans et de Montréal, Dalloz, 2011.

SORRENTE (J.-Y.)

- *La responsabilité de l'arbitre*, dir. Yves Reinhard, *Lyon III*, 2007.

STARCK (B.)

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris : L. Rodsteint, 1947.

TAOK (M.)

- *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Paris : LGDJ, 2009.

THIBIERGE (L.)

- *Le contrat face à l'imprévision*, Préface Laurent Aynès, Paris : Economica, 2011.

TISSEYRE (S.)

- *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats - Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préface Muriel FABRE-MAGNAN, Collection de l'Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille "PUAM", 2012.

TRUONG (C.-Q.-C),

- *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Paris : Litec, 2002.

WEISBERG (G.)

- *Le raisonnable en droit du commerce international*, dir. Dominique Bureau, Paris : Université de Paris II, 2003.

WHITESELL DJORDJIEV (A.-M.)

- *La liberté des arbitres internationaux dans la réparation de l'inexécution du contrat*, Paris : Université Paris I, 1996.

III – ARTICLES ET CHRONIQUES

ABDALA (M.) et SPILLER, (P.-T.)

- « Chorzow's standard rejuvenated. Assessing damages in investments Treaty arbitrations », *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25, N° 1, pp. 103-120.

ADIDA-CANAC (H.)

- « “Mitigation of damage” : une porte entrouverte ? », *Rec. Dalloz*, 12 janvier 2012, n° 2, pp. 141-143.

ALFORD (R.-P.)

- « Middle East Cement c. République d’Egypte, affaire CIRDI n° ARB/99/6, 12 avril 2002 », *Kluwer Arbitration, A contribution by the ITA Board of Reporters*.

ALLAN FARNSWORTH (E.)

- « Punitive damages in arbitration », *Stetson L. Rev.*, 1991, Vol. 20, N° 2, pp. 395-398.

AMAR et KIMBROUGH (Ph.)

- « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l’acceptation du mot “raisonnable” dans les contrats de droit privé américains », *DPCI*, 1983, pp. 43 et s.

ANCEL (P.)

- « Arbitrage et compensation », *Rev. Arb.*, N° 1, 2012, pp. 3 et s.

ANDREU (L.)

- « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.*, 2009, N° 1, 655.

AUBERT (J.-L.)

- « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage? » *RJDA*, avril 2004, p. 355.

AYNES (L.)

- « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009) – Rapport introductif », *RDC I*, 2010, pp. 380-382.
- « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC I*, 2011, pp. 687-690.

BALL (M.)

- « Assessing damages in claims by investors against States », *ICSID Rev.*, Vol. 16, 2001, p. 408.

BAUDE-TEXIDOR (Ch.)

- « Les intérêts moratoires postérieurs à la sentence devant l'arbitre et devant le juge », *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, pp. 2 et s.

BEDELL (S.-P.)

- « Punitive Damages in Arbitration », 21 *J. Marshall L. Rev.*, 1988, 43-44.

BEGUIN (J.)

- « Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale) », *JCP G (La Semaine Juridique)*, n° 17, 27 avril 2005, I 134, pp. 781-782.
- « Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale) », *JCP E*, n° 18-19, 5 mai, 2005. 676, pp. 757-758.
- « Droit de l'arbitrage (La sentence arbitrale) », *JCP G (La Semaine Juridique)*, n° 47, 16 novembre 2009, 462, pp. 36-37.

BEGUIN (J.)

- « Droit de l'arbitrage », *JCP G*, n° 17, 27 Avril, 2005, I 134, pp. 781-782.

BEN HAMIDA (W.)

- « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », *Cah. arb.*, 2010, Vol. 5, pp. 432-442.

BERAUDO (J.-P.)

- « Les principes Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP*, 1995. I. 3842.

BERGER (K.-P.)

- « Set-off in international economic arbitration », *Arbitration International*, 1999, p. 53.

BLOCK (G.)

- « Arbitration and changes in energy prices : A review of ICC awards with respect to force majeure, indexation, adaptation, hardship and take-or-pay clauses », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N. 2, 2009, p. 53.

BLYSCHAK, (P. M.)

- « Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes : Breaches of Contracts versus Breaches of Treaty », *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, 2010, N° 6, pp. 579-629.

BOLLEE (S.)

- « L'arbitre peut-il octroyer des dommages-intérêts pour violation de la convention d'arbitrage ?, note sous England and Wales High Court of Justice (Comm. Court), 4 avril 2012 », *Rev. Arb.*, N° 4, 2012, pp. 819 et s.
- « Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale », *Rev. Arb.*, 2007, p. 223.

BROCHERS (P.-J.)

- « Punitive damages, Forum shopping, and the conflict of laws », *Louisiana. Law Review, Symposium on punitive damages*, 2010, Vol. 70, N° 2, pp. 529, 545.

BRAOUSSEAU (E.)

- « La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, pp. 43-53.

BUREAU (D.)

- « Fraude, corruption et ordre public international – note sous Paris 1re Ch. C., 30 septembre 1993 », *Rev. arb.*, 1994, pp. 359 et s.
- « Chronique de jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996. 657 et s.

BURDEAU (G.)

- « Droit international et contrats d'Etat, la sentence Aminoil c. Koweït du 24 mars 1982 », *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, 1982, Vol 28, n° 28, pp. 469-470.

BURGARD (M.)

- « L'obligation essentielle de livrer à l'adresse du destinataire dans les transports aériens internationaux de marchandise – note sous Cass. com., 17 février 2009 », *LPA*, 29 mai 2009, n° 107, pp. 15-20.

BUSTIN (O.)

- « Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel », *D.* 2012, 26 janvier 2012, n° 4, pp. 238-243.

CALANDRILLO (S.-P.)

- « Penalizing punitive damages, Why the supreme Court needs a lesson in law and economics », *George Washington Law Review*, Vol. 78 No. 4, 2010, pp. 774-821.

CARVAL (S.)

- « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs? », *RDC*, 2006, p. 822.
- « Contrats et responsabilité. Violation d'une obligation de ne pas faire et dommages-intérêts "automatiques" – Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-69928 », *RDC*, 2011/2, pp. 452-454.

CAZALA (J.)

- « Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, pp. 45-46.
- « Attentes légitimes des investisseurs », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 15 décembre 2009, n° 349, pp. 24 et s.

CHABOT (G.)

- « Intérêts moratoires dus sur la condamnation prononcée par une sentence arbitrale », *JCP E*, n° 51, 16 décembre 2004.1860, pp. 2028-2030.

CHARBONNEAU (C.)

- « La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer », *RLDC*, septembre 2013, pp. 19 et 20.

CLAY (Th.)

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rec. Dalloz – Jurisprudence Générale*, 2004, p. 3185.

CORIELL (W.-M.) et MARCHILI (S.-M.)

- « Unexceptional Circumstances: Moral damages in international investment law », *Investment Treaty Arbitration and International Law*, mai 2010, Vol. III, Ch. 9.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.)

- Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public, L'ordre public et l'arbitrage, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, CREDIMI.

DABIN (J.)

- « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », *Ann. dr.* 1955. 122.

DALCQ (R.-O.)

- « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAI*, 1987, n° 6, p. 365.
- « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11271, pp. 5 et s.

DE BERSAQUES (A.)

- « L'abus de droit », *R.C.J.B.* 1953, p. 281.
- « L'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.* 1969, p. 505.

DELEBECQUE (Ph.)

- « Transport aérien : le transporteur peut-il encore compter sur ses conditions générales ?, note sous Cass. com., 17 février 2009 », *D.* 2009, 14 mai 2009, n° 19, pp. 1308-1311.
- « Les règles de Rotterdam ont-elles un avenir ? », *Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, 2009, pp. 165-169.
- « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *RDC*, 01 avril 2011, n° 2, pp. 681-687.
- « Droit du commerce international », *Chron., RTD com.*, 2011, pp. 666-667.
- « Le point de départ des intérêts moratoires », *Gazette de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris "C.A.M.P."*, N° 11, 2006, p. 4.
- « À propos du contrat d'agent maritime », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 21, 2010, p. 5.
- *L'arrêt "ERIKKA", Quelques raisons de douter*, *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 1.
- « Injonction "anti-suit", La jurisprudence hésite encore entre leur condamnation et leur reconnaissance », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 5.
- « Que recouvre l'obligation de minimiser son préjudice ? », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 1.
- « Les clauses de "hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, pp. 4-5.
- « Régime de la réparation (Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Conventions relatives à la responsabilité) », *JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, 23 Octobre 2012, *LexisNexis SA*, 2013, Fasc. 210.

- « Régime de la réparation (Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Clause pénale) », *JurisClasseur responsabilité civile et assurances*, 13 juillet 2013, *LexisNexis SA*, 2013, Fasc. 212.
- « Le contrat type de commission de transport », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 31, 2013, p. 1.

DELPECH (X.)

- « Clause compromissaire : rupture d'une relation commerciale établie », *Rec. Dalloz*, 29 juillet 2010, n° 28, Act., 1797.

DERAINS (B.)

- « Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale – Chronique des sentences arbitrales, Chron. 9, obs. Sous la sentence CCI n° 13387/2005 », *JDI (Clunet)*, N° 4, 2010, pp. 1427 et s.

DERAINS (Y.)

- « Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, chronique des sentences arbitrales, obs. sous la sentence rendue dans l'affaire n° 1526 en 1968 », *Clunet*, 1974, pp. 915-921.
- « Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, Chronique des sentences arbitrales, note sous la sentence n° 2404/1975 », *JDI*, 1976, pp. 995 et s.
- « Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, Chronique des sentences arbitrales, note sous la sentence n° 2478/1974 », *JDI*, 1975, pp. 925 et s.
- « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI*, 1993.
- « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Droit international privé, Travaux du comité français de droit international privé, 1984-1985*, (1987) pp. 80-92.
- « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », *RDAI*, 1987. 375, n° 21, p. 380.
- « obs. sous la sentence CCI 2103/1972 », *JDI* 1974, spéc. p. 904.
- « note sous sentence CCI, n° 2216 », *JDI*, 1975.918.
- « Chronique des sentences arbitrales CCI », *JDI*, 1975, pp. 916-917.

DEUMIER (P.)

- « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008, pp. 494-499.

DOMINICE (C.)

- « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat, L'ordre juridique international entre tradition et innovation », *Recueil d'études*, PUF, Paris, 1997, p. 355.

DONAHEY (M.-S.)

- « Punitive damages in international commercial arbitration », *Journal of International Arbitration*, 1993, Vol. 10, N° 3, pp. 67-77.

DRAETTA (U.)

- « Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international », *RDAI*, 1992, p. 635.
- « Notion de dommages conséquents dans la pratique du commerce international : fusion des concepts de la Common Law et du droit civil », *RDAI*, 1991, p. 494.

DRAHOZAL (Ch.-R.)

- « New experiences of international arbitration in the United States », *54 A.J.C.L.*, 2006, 233, 246-49.

DUBARRY (J.-Cl.) et LOQUIN (E.)

- « Tribunaux de commerce et arbitrage », *RTD com.*, 1994, pp. 703-705.

DUMBERRY (P.)

- « Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes », *Journal of International Arbitration*, 2010, N° 3, pp. 254-256.
- « Satisfaction as a form of reparation for moral damages suffered by investors and respondent States in investor-State arbitration disputes », *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, p. 6.

DUPREY (P.) et MONTEL (L.)

- « Une victoire à la Pyrrhus de l'investisseur : expropriation reconnue mais faiblement indemnisé, note sous Sentence rendue à Stockholm le 12 septembre 2010 sous l'égide de l'IACC de Stockholm », *Rev. Arb.*, Vol. 2011, pp. 543-563.

DUPEYRÉ (R.)

- « La demande d'intérêts moratoires est une question de fond qui relève de la compétence des arbitres », *Rev. Arb.*, 2011, N° 2, pp. 474 et s.

EDWARDS (H.-T.)

- « Alternative dispute resolution : Panacea or Anathema? », *99 Harv. L. Rev.* 1986, 668 et s.

ELLAND-GOLDSMITH (M.)

- « La “mitigation of damages” en droit anglais », *RDAI*, N° 4, (1987) p. 347.
- « La “mitigation of damages” en droit américain », *RDAI*, N° 4, (1987) p. 359.

ESTREICHER (S.) et BENNETT (S.-C.)

- « Public policy limits on punitive damage clauses », *New York L.J.*, Vol. 1, N° 6, 2006. p 236.

FADLALLAH (I.)

- « Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales », *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, 2 décembre 2000, n° 227, p. 5.

FADLALLAH, LEBEN (Ch.) et TEYNIER (E.)

- « Investissements internationaux et arbitrage » *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2007/4, p. 48.

FAGES (B.)

- « L'inexécution du contrat : Typologie des remèdes », *Lamy droit des contrats*, n° 368-15 et 17.

FAGNART (J.-L.)

- « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *RCJB*, 1986, n° 17, p. 298.

FARNSWORTH (E.-A.)

- « Punitive Damages in Arbitration », *Arbitration International*, Vol. 7, N° 3, 1991, pp. 10–11.

FASQUELLE (D.)

- « L'existence de fautes lucratives en droit français », colloque CEDAG, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage, À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage, 21 mars 2002, *LPA*, 20 novembre 2002, N° 232, p. 34.

FEI (J.-J.)

- « Awards of Punitive Damages », *Stockholm Arbitration Report*, Vol. 2, 2004, pp. 31-32.

FORTIER (V.)

- « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *JDI*, 1996, p. 315.

GRIDEL (J.-P.)

- « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *Rec. Dalloz, Sirey, Jurisprudence générale*, 2002, Chron. pp. 228-236.

GAILLARD (E.)

- « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (Le principe de l'estoppel dans quelques sentences récentes) », *Rev. arb.*, 1985, pp. 241-274.
- « Chronique CIRDI », in *JDI*, 2009, p. 350.
- « Chronique des sentences arbitrales », *Clunet*, N° 1, janvier 2009, Chron. 2.

GASBAOUI (j.)

- « Abus de marché et responsabilité civile », *RLDC*, décembre 2013, pp. 19-22.

GAUTIER (P.- Y.)

- « Contrats spéciaux », *RTD Civ.*, 1997, pp. 156-165.

GOLDMAN (B.)

- « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI*, 1979, p. 494.
- « Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor », *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409.

GORE (F.)

- « Le fondement de la gestion d'affaires, source autonome et générale d'obligations », *D.* 1953, Chron. VII, pp. 39-42.

GOTANDA (J.-Y.)

- « Awarding punitive damages in international commercial arbitrations in the wake of *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* », *Harv. I.L.J.*, Vol. 38, N° 1, 1997. pp. 85-87.

GRATTON (L.)

- « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.*, 2013, N° 2, pp. 288 et s.

GRAYOT (S.)

- « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », L'ordre public et l'arbitrage, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

HANOTIAU (B.)

- « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI*, 1987, n° 3, p. 394.

HERVOCHES (M.)

- « Contrats internationaux : difficultés d'exécution », *Bull. européen et international*, 1995, Vol. III, p. 16.

HEUZÉ (V.)

- « La vente internationale des marchandises », *GLN, Joly*, 1992, n° 437, note 497.
- « Conflits de juridictions, note sous CA Paris (1re Ch. Civ.) – 30 septembre 1993 », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 359.

HOCQUET-BERG (S.)

- « Obligation pour la victime de minimiser son dommage », *Resp. civ. et assur.*, N° 2, février 2012, comm. 34, pp. 73-75.

JEANDIDIER (W.)

- « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTDC*, 1976. pp. 700 et s.

JOB (A.)

- « Contentieux, MARC et entreprises. Quels enjeux, Quelles attentes ? », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 2.

JOSSERAND (L.)

- « La responsabilité envers soi-même », *Dalloz*, No 28, 1934.

JOURDAIN (P.)

- « Responsabilité civile » *RTD Civ.*, 1998, pp. 111-127.
- « Rapport introductif », colloque CEDAG, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N° 232, p. 5.
- « Contrats spéciaux », *RTD Civ.*, juillet-septembre 2006, p. 559-576.
- « Comment traiter le dommage potentiel », *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 3, Mars 2010, Dossier 11, pp. 44-47.

KAHN (Ph.)

- « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *Journal du droit international*, 1975, Vol. 102, pp. 467-485.
- « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989. 305.

KESSEDJAN (C.)

- « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP*, 1995. 641.

KHAIRALLAH (G.)

- « Le raisonnable en droit privé français – Développements récents », *RTD civ.* 1984, pp. 439, 460.

KHALIL KHALILIAN (S.)

- « The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-US claims Tribunal », *Journal of International Arbitration*, 1991, Vol. 8, N° 1, pp. 31-50.

KRUITHOF (R.)

- « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *RCJB*, 1989, n° 3, p. 14.

KUNOY (B.)

- « The Notion of Time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation », *Journal of International Arbitration*, 2006, Volume 23, Issue 4, pp. 337-349.

LAIRD (J.- R.)

- « Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration », *ICSID Review*, 2011, pp. 171-183.

LAITHIER (Y.-M.)

- « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 01 janvier 2005, pp. 161 et s.

LANDO (O.)

- « Principes de droits européens des contrats, Une première étape vers un Code civil européen? », *RDAI*, 1997.189.

LARGUIER

- « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, pp. 1-4.

LARROUMET (C.)

- « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. Arb.*, 2005, p. 903.

LATTY (F.)

- « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, Paris, Vol. 54 (2008), pp. 467-512.
- « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, Vol. 55, Paris, (2009), pp. 683-726.
- « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, Vol. 56, Paris, (2010), pp. 607-654.

LATTY (F.) et JACOB (P.)

- « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, Vol. 57, Paris, (2011), pp. 533-595.

LAWSON (F.-H.)

- « Les voies de droit pour obtenir réparation », *Revue Internationale de Droit Comparé "RIDC"*, 1961, Vol. 13, n° 4, p. 744.

LE GALLOU (C.)

- « Passagers et retard subi : la CJUE a un train d'avance », *RLDC*, décembre 2013, Act. 5301, pp. 15-16.
- « Rupture brutale : le respect d'un délai n'exclut pas la mauvaise foi "Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, P+B" », *RLDC*, décembre 2013, Act. 5303, pp. 16-17.

LE NESTOUR DRELON (G.)

- « De la qualification d'actes de dénigrement "Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-19.790, P+B" », *RLDC*, décembre 2013, Act. 5305, pp. 23-24.

LEBOULANGER (Ph.)

- « Etat, politique et arbitrage - L'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. arb., (Comité Français de l'Arbitrage)*, 1986, Vol. 1986, Issue 1, pp. 3-28.

LEMAIRE (A.)

- « Traitement juste et équitable » *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, 2^e partie, pp. 39-46.

LEMAIRE (S.) et LAAZOUZI (M.)

- « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. Arb.* N° 2, 2013, p. 477.

LIBCHABER (R.)

- « Intérêts de la créance ou intérêts de la sentence ? La triple difficulté des intérêts moratoires courant en France sur les sentences arbitrales étrangères, note sous Cass. Civ. 1re, 30 juin 2004 », *Rev. arb.* 2005, p. 645.

LICARI (F.-X)

- « Reconnaissance des décisions étrangères, note sous CA Poitiers, 1re Ch. Civ., 26 février 2010 », *Clunet*, N° 4, 2010, pp. 1230-1263.

LONCLE (J.-M.)

- « La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI », *RDAI*, 2006, p. 319.

LOQUIN (E.)

- « Tribunaux de commerce et arbitrage », *RTD Com.*, 2005, pp. 260-268.
- « A propos de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 2009, N° 2, p. 318.
- « Arbitrage et cautionnement », *Rev. Arb.*, 1994, p. 235.
- « Propos introductifs », L'ordre public et l'arbitrage, colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

MAINGUY (D.)

- « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, n°1, pp. 1-19.

MARTIN (A.)

- « Investment disputes after Argentina's economic crisis : interpreting BIT non-precluded measures and the doctrine of necessity under customary international law », *Journal of International Arbitration*, 2012, Vol. 29, N° 1, pp. 49 et s.

MASKOW (D.)

- « Hardship and Force Majeure », *AJCL*, Vol. 40, 1992, p. 657.

MATHESON (A.) & ROGERS CHEPIGA (P.)

- « Available in America : Punitive damages in arbitration », *International Arbitration Law Review*, Vol. 7, No. 4, pp. 115-118.

MAYER (P.)

- « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb*, 1994, p. 632.
- « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. Elbing et Lichtenhahn, 1993, p. 547.

MAZEAUD (D.)

- « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et Patr.*, 1996 p. 44
- « Les conventions portant sur la réparation, Colloque L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC*, 2007/1, n° 14, p. 149.

MAZEAUD (H.) et (L.)

- « Obligations en général et responsabilité civile », *RTD civ.*, 1938, n° 16, pp. 454-473.

MESTRE (J.)

- « Obligations en général », *RTD Civ.* 1985, pp. 372-388.

METTETAL (A.)

- « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », *Revue de droit prospectif*, 2005, n°4, p. 1889.

MICHAUD (A.)

- « Mitigation of damages in the context of remedies for breach of contract » *RGD*, 1984, pp. 303-313.

MORIN

- « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *Droit et pratique du commerce international*, 1980, p. 9.

MUIR WATT (H.)

- « Economie de la justice et arbitrage international : Réflexion sur la gouvernance privée dans la globalisation », *Rev. Arb.*, 2008, N° 3, p. 389.
- « La modération des dommages en droit anglo-américain », in Faut-il moraliser le droit français de la réparation de dommage ?, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA* 12 nov. 2002, n. 232, pp. 45 et s.
- « Les principes généraux en droit international privé », *JDI*, 1997, p. 403.
- « note sous la décision de High Court of Justice (Comm. Court), 4 avril 2012 », *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 636 et s.

NDOKO (C.)

- « Les mystères de la compensation », *RTD Civ.*, 1991, p. 661.

NOUSSIA (K.), VON HUMBOLDT (A.) et PLANCK (M.)

- « Punitive Damages in Arbitration : Panacea or Curse ? », *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, N° 3 2010, p. 289.

NUSSENBAUM (M.)

- « Analyse économique du droit, quelques points d'accroche, l'appréciation du préjudice », *Les Petites Affiches*, 19 mai 2005, N° 99, pp. 78-88.

OPPETIT (B.)

- « Arbitrage et contrats d'Etat – L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran », *JDI*, 1984 I, pp. 37-57.

PARKER (E.-B.), ANDERSON (C.-P.) et KISSELBACH (W.)

- « Mixed Claim Commission, United States and Germany, opinion in the Lutisania cases », *AJIL*, 1924, Vol. 18, p. 368.

PAULSSON (J.)

- « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c. Klöckner », *Rev. arb.*, 1984, p. 19.
- « La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.* 1986. 55.

PEARCE (D.) et HALSON (R.)

- « Damages for breach of contract : Compensation, restitution and vindication », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N° 1, 2008, p. 76.

PETSCHE (M.)

- « Punitive damages in international commercial arbitration: A conflict of laws lesson », *J. Int. Arb.*, 2013, Vol. 30, N° 1, p. 36.

PHILIPPE (D.)

- « A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s’y rapportant », *RDAI*, 1995, p. 171.

PICARD (M.)

- « La gestion d’affaires dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.*, 1921. 420

PIMONT (S.)

- « Critique des théories de la formation du contrat, Etude de droit civil français», 2010, 44-3, *R.J.T.*, 121, pp. 140-142.

PIOTRAUT (J.-L.)

- « L’impossibilité d’exécuter un contrat », *LPA*, 20 mai 1994, n° 60, p. 15.

RADÉ (Ch.)

- « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », *Juris-cl. Responsabilité civile*, 1999, Fasc. 10, paras 1-7.

RAMBEAU (P.)

- « Deux arbitrages du CIRDI » *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, 1984, vol. 30, pp. 391-408.
- « L’affaire des “Pyramides” : suite et fin », *AFDI*, 1993, Vol. 39, pp. 567-576.

RAOUL-DUVAL (P.)

- «Intérêts moratoires : vers une remise en cause du pouvoir des arbitres», *Gaz. Pal. – Cah. Arb.*, Vol. II, N° 2005/3, p. 11.

RAUX (M.)

- « De quelques développements récents sur le dommage et sa réparation dans le cadre du contentieux investisseur-État », in *Cahiers de l’arbitrage*, 1^{er} octobre 2010, n° 4, pp. 1033 et s.

REMY (Ph.)

- « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323.

REINER (A.)

- « Burden and general standard of proof », *Arb. Intl.*, 1994, Vol. 10, N° 3, p. 328.

RESNIK (J.)

- « Many doors ? Closing doors ? Alternative dispute resolution and adjudication » 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 1995. 222 et s.

RIMKE (J.)

- « Force majeure and Hardship : Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the Unidroit Principles of international commercial contracts », *Kluwer*, 2000, p. 232.

RIPERT (G.)

- « Le prix de la douleur », *Dalloz*, 1948 Chr. p. 1.

ROBIN (G.)

- « Les dommages et intérêts punitifs dans les contrats internationaux », *RDAl*, 2004/3, pp. 254 et s.
- « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl*, 2005, p. 718.

ROUHETTE (T.)

- « The availability of punitive damages in Europe : Growing trend or nonexistent concept? », *Defense Counsel Journal*, Vol. 74, N° 4, octobre 2007. pp. 320-344.

SECCOMB (M.)

- « Les intérêts dans les sentences CCI : introduction et commentaires », *Bull. Cour CCI*, Vol. 15, n° 1, pp. 59 et s.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.)

- « L'évaluation de dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, Vol. 33, 1987, pp. 7-31.

STARCK (B.)

- « Observation sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974, Chron., n° 3 et s., p. 157.

STEYN (J.)

- « Contract law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », 1997, 113 *LQR*, pp. 433-442.

STIJNS (S.)

- « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexion sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 35.

STIPANOWICH (T.-J.)

- « Punitive damages in arbitration », *Boston Univ. L.R.*, Vol. 66, nov. 1986, N° 5, pp. 953-1012.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- « Responsabilité civile » *JCP G*, n° 15, 11 avril 2011, pp. 716-719.
- « Responsabilité civile, Faurecia 3 : La Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *JCP E&A*, 16 septembre 2010, n° 37, pp. 25-29.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) et BLOCH (C.)

- « Responsabilité Civile », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n° 17, 23 Avril 2012, 530.

TALLON (D.)

- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*, 1994, p. 223.

TASSEL (Y.)

- « La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée. Application à la restitution anticipée du navire par l'affréteur à temps, Droit français-Droit anglais », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 30, 2013, pp. 2-4.

TERCIER (P.)

- « Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile », *Rev. dr. Suisse*, 95(1976), pp. 1-27.

THOMAS (J.-Y.)

- « Une nouvelle forme de “Performance clause”, une anti clause de hardship », *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 28, 2012, p. 3.

TRAIN (F.-X.)

- « L’ordre public et l’arbitrage », colloque du 15 et 16 mars 2013, Dijon, *CREDIMI*.

VINEY (G.)

- « Rapport de synthèse », colloque CEDAG, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage, À propos des dommages et intérêts punitifs et de l’obligation de minimiser son propre dommage, 21 mars 2002, *LPA*, 2002, N°232, p. 66.

VIS-DUNBAR (D.)

- « Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration », *Investment Treaty News*, 31 août 2009, disponible sur le site internet officiel de <http://www.iisd.org>.

WESTBERG (J.-A.)

- « Applicable law, expropriatory takings and compensation in cases of expropriation : ICSID and Iran-United-States Claims Tribunal case law compared », *ICSID Rev. – FIJL*, Vol. 8, n° 1, 1993, pp. 1-28.

WESTER-OUISSE (V.)

- «Le préjudice moral des personnes morales », *JCP*, 2003, I, p. 145.
- «Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l’heure internationale », *RTD Civ.*, 2010, p. 419.
- « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 3, mars 2011, pp. 7-11.

WITTICH (S.)

- « Non-material damage and monetary reparation in international law », *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2004, pp. 321-368.

WOOD (D.-S.)

- « International arbitration and punitive damages : delocalization and mandatory rules: now that non-state parties are using international law, the question whether punitive damages arbitration awards can be enforced has become more important », article publié le 1er octobre 2004, au site internet www.highbeam.com/doc/1G1-125407434.html.

IV – LES SENTENCES ARBITRALES

Les sentences CIRDI

- *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, CIRDI, Affaire n° ARB/77/2, sentence rendue le 5 août 1980, in *ICSID Reports*, Vol. 1, 1993, p. 365.
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, F.R. Germ. c. Société Camerounaise des Engrais (SOCAME) S.A.*, CIRDI, affaire n° ARB/81/2, sentence rendue le 21 Octobre 1983. in Pieter Sanders (éd.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1985, Volume X, pp. 71–78.
- *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, CIRDI, affaire n° ARB/81/1, sentence rendue le 20 novembre 1984, *ICSID Reports I*, Cambridge University Press, p. 454, *Chunet* 1987, p. 145.
- *Amco Asia Corporation c. l’Indonésie*, CIRDI, sentence rendue le 25 septembre 1983, *YBCA*, 1985, pp. 61 et s.
- *Amco Asia et autres c. la République d’Indonésie*, 31 mai 1990, *JDI*, 1991, p. 172, obs. E. Gaillard.
- *Amco Asia c. Indonésie*, CCI, affaire n° ARB/81/1, sentence rendue le 5 juin 1990, *YBCA*, 1992, pp. 98-100.
- *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia*, CIRDI, Affaire n° (ARB/83/2), sentence rendue le 31 mars 1986, in *ICSID Reports*, Vol. 2, pp. 366- 370.
- *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. La République de Guinée*, CIRDI, affaire n° ARB/84/4, sentence rendue le 6 janvier 1988, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, p. 139, *ICSID Reports*, Vol. 4, p. 78, *YBCA*, XIV, 1989, p. 82.
- *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*, CIRDI, affaire n° ARB/82/1, les 4 et 9 février 1988, *JDI*, 1990, pp. 193-218, obs. E. Gaillard.
- *Société Asian Agriculture Product Ltd. (A.A.P.L.) c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, éd. A. Pedone, 2004, p. 323.
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited “SPP Ltd” c. La République Arabe d’Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/84/3, sentence rendue le 20 mai 1992, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, p. 347, *ICSID Reports II*, pp. 228-229.
- *American Manufacturing Trading c. Zaïre*, CIRDI, affaire n° ARB/93/1, sentence rendue le 21 février 1997, in 36 *ILM* 1531.
- *Azinian c. Mexique*, CIRDI, sentence rendue le 1er novembre 1999, 39 *ILM* 2000. 537.
- *Compania Del Desarrollo De Santa Elena S.A. c. République de Costa Rica*, CIRDI, affaire n° ARB/96/1, sentence rendue le 17 février 2000, publié au site officiel du CIRDI.
- *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/97/1, sentence rendue le 30 août 2000, publiée au site officiel de ITA.
- *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/99/1, décision provisoire sur la compétence, rendue le 6 décembre 2000, *I.L.M.*, Vol. 40, 2001, p. 615.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, décision sur la juridiction, sentence rendue le 23 juillet 2001, publiée au site officiel de ITA, *Journal du Droit International “JDI”*, 2002, p. 196, 42 *ILM* 609, 2003.

- *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République Arabe d’Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/99/6, sentence rendue le 12 avril 2002, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Mondev International Ltd. c. les Etats Unis, CIRDI*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence rendue le 11 octobre 2002, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Zhinvali Development Ltd c. La Géorgie, CIRDI*, affaire n° ARB/00/1, sentence rendue le 24 janvier 2003, *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 2008, Vol. 13, *International Investment Law and Arbitration – Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd 2003, pp. 67-70.
- *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, CIRDI*, affaire n° ARB (AF)/00/2, sentence rendue le 29 mai 2003, publiée au site officiel de ITA.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique de Pakistan, CIRDI*, affaire n° ARB/01/13, décision sur la juridiction, rendue le 6 août 2003, publiée au site officiel de CIRDI.
- *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, CIRDI*, Affaire n° ARB/00/6, sentence rendue le 22 décembre 2003, publiée au site officiel de ITA.
- *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. République de l’Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/01/3, décision sur la compétence rendue le 14 janvier 2004, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. République d’Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/01/3, sentence rendue le 22 mai 2007, publiée au site officiel de ITA.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République de Philippines, CIRDI*, Affaire n° ARB/02/6, sentence rendue le 29 janvier 2004, publiée au site officiel de ITA.
- *Waste Management Inc. c. Mexique, Alena/CIRDI*, Affaire n° ARB (AF)/00/3, sentence rendue le 30 avril 2004, publiée au site officiel de ITA.
- *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chili SA c. Chili, CIRDI*, affaire n° ARB/01/7, sentence rendue le 25 mai 2004, publiée au site officiel de ITA.
- *Impreglio c. la République Islamique de Pakistan, CIRDI*, affaire n° ARB/03/3, décision sur la juridiction, rendue le 22 avril 2005, publiée au site officiel de CIRDI.
- *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/01/8, sentence rendue le 12 mai 2005, publié au site officiel du CIRDI.
- *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie, CIRDI*, affaire n° ARB/01/11, sentence rendue le 12 octobre 2005, publiée au site officiel de CIRDI.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume Hachémite de Jordanie, CIRDI*, affaire n° ARB/02/13, sentence rendue le 31 janvier 2006, publiée au site officiel de ITA.
- *Azurix c. Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/01/12, sentence rendue le 14 juillet 2006, citée dans la Chronique des sentences arbitrales, publiée au site officiel de ITA.
- *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la République d’El Salvador, CIRDI*, affaire n° ARB/03/26, sentence rendue le 2 août 2006, publiée sur le site officiel de Investment Treaty Arbitration “ITA” et le site officiel de l’Université de Yale – Yale Law School.
- *ADC Affiliate Ltd & ADC&ADMC Management Ltd c. Hongrie, CIRDI*, affaire n° ARB/03/16, sentence rendue le 2 octobre 2006, publiée au site officiel du CIRDI.
- *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International Inc. c. La République de l’Argentine, CIRDI*, sentence (sur la compétence) rendue le 3 octobre 2006, publiée au site officiel de CIRDI.

- *Champion Trading Company and Ameritrade International c. la république Arabe d’Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/02/9, sentence rendue le 27 octobre 2006, publiée au site officiel de ITA.
- *Siemens AG c. Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/02/8, sentence rendue le 6 février 2007, publiée au site officiel de ITA.
- *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire n° ARB/05/7, décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisoires, sentence rendue le 21 mars 2007, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI*, affaire n° ARB/05/7, sentence rendue le 30 juin 2009, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Frapport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide c. République de la Philippine, CIRDI*, affaire n° ARB/03/25, sentence rendue le 16 août 2007, publiée au site officiel de ITA.
- *Compania de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal c. Argentine, CIRDI*, affaire n° ARB/97/3, sentence rendue le 20 août 2007, publiée au site officiel de ITA.
- *Parkerings-Compagniet AS contre République de la Lituanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/8, sentence rendue le 11 septembre 2007, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Desert Line Projects LLC c. Yémen, CIRDI*, Affaire n° ARB/05/17, sentence rendue le 6 février 2008, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili, CIRDI*, affaire n° ARB/98/2, sentence rendue le 8 mai 2008, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Biwater Gauff Ltd. C. Tanzanie, CIRDI*, affaire n° ARB/05/22, sentence rendue le 24 juillet 2008, publiée au site officiel de ITA.
- *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan, CIRDI*, affaire n° ARB/05/16, sentence rendue le 29 juillet 2008, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. la République d’Equateur, CIRDI*, affaire n° ARB/04/19, sentence rendue le 18 août 2008, publiée au site officiel de CIRDI.
- *Plama Consortium Ltd. c. République de la Bulgarie, CIRDI*, affaire n° ARB/03/24, sentence rendue le 27 août 2008, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie, CIRDI*, Affaire n° ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Phoenix action Ltd c. la République tchèque, CIRDI*, Affaire N° ARB/06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Bernardus Henricus Funnekotter et autres c. Zimbabwe, CIRDI*, affaire n° ARB/05/6, sentence rendue le 22 avril 2009, publiée au site officiel de ITA.
- *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. la République d’Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/05/15, sentence rendue le 1er juin 2009, publiée su site officiel de ITA.
- *Europe Cement Investment et Trade S.A. c. Turquie, CIRDI*, affaire n° ARB (AF)/07/2, sentence rendue le 13 août 2009, Franck Latty, Arbitrage transnational et droit international général, *AFDI*, Paris, 2009, pp. 705-724.
- *Bayindir Insaat Turzim Ticaret ve Sanayi A.S. c. La République Islamique de Pakistan, CIRDI*, affaire n° ARB/03/29, sentence rendue le 27 août 2009, publiée au site officiel de ITA.

- *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban, CIRDI*, affaire n° ARB/07/12, décision sur la juridiction, rendue le 11 septembre 2009, publiée au site officiel de CIRDI.
- *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. Turquie, CIRDI*, affaire n° ARB (AF) 06/2, sentence rendue le 17 septembre 2009, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada, CNUDCI/ALENA (CIRDI)*, sentence rendue le 31 mars 2010, Franck Latty, *AFDI*, Paris, 2010, pp. 635-637.
- *Burlington Resources c. République d'Equateur, CIRDI*, affaire n° ARB/08/5, décision sur la compétence, sentence rendue le 2 juin 2010, publiée au site officiel du CIRDI.
- *RSM Production Corporation c. La République Centrafricaine, CIRDI*, affaire n° ARB/07/02, sentence rendue le 7 décembre 2010, publiée au site officiel du CIRDI.
- *Société Britannique Malicorp Ltd. c. La République Arabe d'Egypte, CIRDI*, affaire n° ARB/08/18, sentence rendue le 7 février 2011, publiée au site officiel de ITA.
- *Joseph Charles Lemire et autres c. Ukraine, CIRDI*, affaire n° ARB/06/18, sentence rendue le 28 mars 2011, note Dietmar W. Prager et Samantha J. Rowe, *ITA board of Reporters, Kluwer Law International*, para. 326.
- *Tza Yap Shum c. Pérou, CIRDI*, affaire n° ARB/07/6, sentence rendue le 7 juillet 2011, résumé de la sentence est disponible sur le site internet IACL, www.internationalarbitrationcaselaw.com.
- *Railroad Development Corporation (RDC) c. la République de Guatemala, CIRDI*, affaire n° ARB/07/23, sentence rendue le 29 juin 2012, publiée au site officiel de CIRDI.
- *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. La république d'Equateur, CIRDI*, affaire n° ARB/06/11, sentence rendue le 5 octobre 2012, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International, par Dietmar W. Prager.
- *Vannessa Ventures Ltd c. la République de Venezuela, CIRDI*, Affaire n° ARB (AF)/04/6, jan 16th 2013 résumé de la sentence est disponible sur www.internationalarbitrationcaselaw.com, (consulté le 5 mars 2013), le site officiel de IACL.

Sentences CCI et autres :

- Sentence CCI n° 1250/1964, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 1, p. 32.
- Sentence CCI n° 1526/1968, *JDI* 1974, p. 921, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 1512/1971, *Indian company c. Pakistani bank, YBCA* 1976, Vol. I, pp. 128-129.
- Sentence CCI n° 1840/1972, *YBCA* 1979, p. 209.
- Sentence CCI n° 1990/1972, *JDI* 1974, p. 897, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 2103 en 1972, *JDI*, 1974. p. 902.
- Sentence CCI, n° 2142 en 1974, *JDI*, 1974, p. 892, obs. R. THOMPSON.
- Sentence CCI n° 2216/1974, *Clunet*, 1974, p. 917, *JDI*, 1975. 917, note Y. DERAÏNS.
- Sentence n° 2478/1974, *JDI*, 1975, obs. Y. Derains, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"* 234, p. 925, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 1343/1975, *JDI*, 1976, p. 979.

- Sentence CCI n° 2291/1975, *JDI*, 1976, p. 989, obs. Y. DERAÏNS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 274.
- Sentence CCI 2404/1975, *JDI* 1976, p. 995, obs. Y. DERAÏNS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 280-282.
- Sentence CCI n° 2420/1975, *JDI*, 1976. 992.
- Sentence n° 2508/1976, *JDI*, 1977, p. 939, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, pp. 292-296.
- Sentence n° 2540/1976, *CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, p. 296.
- Sentence CCI n° 3093 & 3100, 1979, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, pp. 365-374, S. JARVIN et Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 3131/1979 (*Norsolor*), *JDI*, 1981, p. 920, obs. Y. DERAÏNS, *Rev. Arb.*, 1983, pp. 525-530, *YBCA*, 1984, p. 109, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, pp. 122-124.
- Sentence CCI n° 3226/1979, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, S. Jarvin et Y. Derains, p. 374-376.
- Sentence (partielle) CCI n° 3267/1979, *JDI*, 1980. 962, obs. Y. Derains ; *YBCA*, 1982, pp. 96-105.
- Sentence CCI n° 2763/1980, *YBCA* 1985, Vol. X, p. 4.
- Sentence CCI, n° 3344/1981, *JDI*, 1982, note Y. DERAÏNS
- Sentence CCI n° 3894/1981, *Clunet* 1982, p. 987 et s., obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 2730/1982, *JDI*, 1984. 914, obs. Y. Derains, *Rec. CCI*, I, p. 490.
- Sentence CCI n° 3896 rendue le 30 avril 1982 sur la compétence, *Framatome S.A. et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*, *JDI*, 1984, *Arbitrage et contrats d'Etat*, par Bruno Oppetit pp. 37-80, *YBCA*, Vol. X 1985, p. 47.
- Sentence CCI du 16 février 1983, *L'affaire du Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, 1986, pp. 105-126, Patrick Rambaud, *AFDI*, 1993, Vol. 39, p. 573.
- Sentence CCI n° 3880/1983, *YBCA* 1985, p. 44, *JDI* 1983, p. 897, obs. Y. DERAÏNS et S. JARVIN.
- Sentence finale CCI n° 3267/1984, *YBCA*, 1987, pp. 87-96.
- Sentence CCI n° 4237/1984, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I, pp. 167-176. *YBCA*, 1985, p 52.
- Sentence CCI n° 4761/1984, *JDI* 1986, pp. 1137-1139, obs. S. JARVIN.
- Sentence CCI n° 4381/1986, *JDI*, 1986 II, pp. 1110-1113, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 5195/1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 101.
- Sentence CCI n° 4761/1987, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, pp. 302, 519, *JDI*, 1987, p. 1012, obs. S. JARVIN.
- Sentence CCI n° 5103 de 1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 361.
- Sentence CCI n° 5418/1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 123, *YBCA*, 1988, p. 91.
- Sentence CCI n. 5910/1988, *JDI*, 1988, pp. 1216-1224, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 5617/1989, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, pp. 537 et s., obs. D. HASCHER.
- Sentence CCI n° 5904/1989, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 387 ; *JDI*, 1989, p. 1107, obs. G. A. ALVAREZ.

- Sentence CCI n° 5953/1989, *JDI*, 1990, p. 1056, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. II, p. 437.
- Sentence CCI n° 6281/1989, *Clunet*, 1989, p. 1114.
- Sentence CCI n° 5514 en 1990, *JDI*, 1992, 1022, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI, n° 5721/1990, *JDI*, 1990, 120, obs. J.-J. ARNALDEZ.
- Sentence CCI n° 5946/1990, *YBCA*, Vol. XVI, 1991, p. 97.
- Sentence CCI n° 6283/1990, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 100
- Sentence CCI n° 6309/1991, *JDI*, 1991, p. 1046, obs. J.-J. ARNALDEZ.
- Sentence CCI n° 6527/1991, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 185, *YBCA*, 1993, Vol. XVIII, p. 4.
- Sentence CCI n° 6840/1991, *JDI* 1992, pp.1031-1034, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 7006/1992, *YBCA*, 1993, p. 58, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III, p. 199.
- Sentence CCI n° 7153/1992, *JDI*, 1992, p. 1005, obs. D. HASCHER.
- Sentence CCI n° 7181/1992, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1996, p. 99.
- Sentence CCI n° 7197, 1992, *JDI*, 1993, p. 1029, obs. D. HASCHER.
- Sentence n° 3267/1979, *JDI*, 1980, 962, obs. Y. DERAÏNS, *YBCA*, 1982, 96.
- Sentence CCI n° 6407/1993, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, Emmanuel JOLIVET, pp. 22-23.
- Sentence CCI n° 6653/1993, *JDI*, 1993, p. 1040, obs. J.-J. ARNALDEZ.
- Sentence CCI n° 7331/1994, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. 3, p. 592. *JDI*, 1995, p. 1001, obs. D. HASCHER.
- Sentence CCI n° 7531/1994, *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 6, n° 2, 1995, p. 66.
- Sentence CCI n° 7585/1994, *JDI*, 1995, p. 1015, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 7139/1995, *JDI*, 2004, p. 1272, note Y. et B. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 7359/1995, *JDI* 1996, p. 1030 et s. obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 8128/1995, *JDI*, 1996, p. 1024, obs. D. HASCHER.
- Sentence CCI n° 7374/1996, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, Emmanuel JOLIVET, p. 25.
- Sentence CCI n° 8365/1996, *JDI*, 1997, p. 1078, obs. J.-J. ARNALDEZ.
- Sentence CCI n° 8445/1996, *YBCA*, Vol. XXVI, 2001, p. 16.
- Sentence CCI Zürich n° 8486/1996, *JDI* 1998, p. 1047, obs. Y. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 8501/1996, *JDI*, 2001, pp. 1164-1171, obs. E. JOLIVET.
- Sentence CCI n° 8938/1996, *YBCA*, 1999, p. 174.
- Sentence CCI n° 8786/1997, *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 11, n° 2, 2000, p. 71.
- Sentence CCI n° 8873/1997, *JDI*, 1998, p. 1017, obs. D. HASCHER.
- Sentence CCI n° 8303/1998, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, Emmanuel JOLIVET, p. 26.
- Sentence CCI n° 9466/1999, *YBCA*, 2002, p. 170.
- Sentence CCI n° 9786/2000, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, Emmanuel JOLIVET, p. 27.
- Sentence CCI ° 9875/2000, *RDAI*, 2000, p. 1043.
- Sentence CCI n° 10346, 2000, *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, Vol. XII, n° 2, p. 111.

- Sentence CCI n° 10527/2000, *JDI* 2004, pp. 1263-1271, obs. E. JOLIVET.
- Sentence CCI n° 10007/2000, *Bull. Cour CCI*, Vol. 17, 2006, n° 2, pp. 79-80.
- Sentence CCI n° 10216/2001, *Gazette du Palais – Cah. Arb.*, N° 2005/1, Emmanuel JOLIVET, pp. 27-28.
- Sentence CCI n° 10422/2001, *JDI*, 2003, p. 1142, obs. E. JOLIVET.
- Sentence CCI n° 10578/2001, *Bull. Cour CCI*, Vol. 17, 2006, n° 2, p. 82.
- Sentence CCI n° 11424/2002, *Bull. Cour CCI*, Vol. 17, 2006, n° 2, pp. 101-102.
- Sentence CCI n° 7180/2003, *Chunet*, 2003, p. 1137 et s.
- Sentence n° 10988/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 719-726, note B. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 11265/2003, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N. 2, 2009, pp. 92-93.
- Sentence CCI n° 11307/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 3-39.
- Sentence n° 11440/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 393-412.
- Sentence arbitrale CCI n° 11855 en 2003, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, octobre 2007, Chron. 8, pp. 1292-1301, note E.-S. ROMERO.
- Sentence n° 12045/2003, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 743-750, note S. JARVIN et C. TRUONG-NGUYEN.
- Sentence arbitrale CCI n° 12193 en 2004, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, octobre 2007, Chron. 8, pp. 1276-1291, note E.-S. ROMERO.
- Sentence CCI n° 12502, *YBCA* 2009, Vol. XXXIV, pp. 180 et s.
- Sentence n° 12551/2004, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. V (2001-2007), pp. 807-813, note B. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 12745, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, p. 115.
- Sentence CCI n° 12877, in *Albert Jan van den Berg (éd), Yearbook Commercial Arbitration* 2012, Vol. XXXVII, pp. 49-61.
- Sentence finale CCI n° 8384/2005, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, N. 1, 2011, pp. 43-50.
- Sentence CCI n° 13009, *YBCA* 2011, Vol. XXXVI, pp. 85-87.
- Sentence CCI n° 13133/2007, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, p. 129-157, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 433-460.
- Sentence CCI n° 13184, *YBCA* 2011, Vol. XXXVI, pp. 110 et s.
- Sentence CCI n° 13387/2005, *JDI (Clunet)*, N° 4, 2010, (Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale – Chronique des sentences arbitrales), Chron. 9, pp. 1427-1434, obs. B. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 13504/2007, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 20, N. 2, 2009, pp. 105-106.
- sentence CCI n° 13646/2007, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 859-870, note F. MANTILLA-SERRANO.
- Sentence CCI n° 13676, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, pp. 211-212, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 471-518.
- Sentence CCI n° 13906/2007, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, N. 1, 2011, p. 86.

- Sentence CCI n° 14020/2008, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 641-656.
- Sentence CCI n° 14046, *YBCA* 2010, Vol. XXXV, pp. 264-265.
- Sentence CCI n° 14108, *YBCA* 2011, Vol. XXXVI, p. 165.
- Sentence CCI n° 14269/2008, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, N. 1, 2011, p. 92.
- Sentence CCI n° 14359/2007, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), pp. 931-943, note B. DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 14470/2008, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. VI (2008-2011), p. 954, note E.-S. ROMERO.
- Sentence CCI n° 14630, *YBCA* 2012, Vol. XXXVII, pp. 90-109.

.....

- *L'affaire Lusitania, United States-Germany Mixed Claims Commission*, 1er novembre 1923, VII, *UNRIAA*, p. 32, Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes, Journal of International Arbitration*, 2010, N° 3, pp. 246, 268.
- *Etats-Unis (L.-F. Neer) c. Mexique, RIAA*, 15 Oct 1926, Vol IV, pp. 60-66, *AJIL*, 1927, p. 555.
- *Affaire Usine de Chorzów, CPJI*, 13 septembre 1929, Série A, n° 17, p. 47.
- *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Iranian Oil Company*, Tribunal ad hoc, sentence rendue le 15 mars 1963, *Annuaire Français de Droit International "AFDI"*, 1977, Vol. 23, pp. 453 et s.
- Sentence n° 24/1971, rendue sous l'égide de la *Commission d'arbitrage de Bucarest, JDI*, 1977, p. 892.
- Sentence n° SG 103/74, rendue le 28 janvier 1976, *Court of arbitration attached to the Chamber of Foreign Trade, Berlin, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1979, p. 197.
- *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. République de la Libye*, sentence rendue à Genève le 12 avril 1977, *AFDI*, 1980, Vol. 26, p. 291, obs. Patrick RAMBAUD, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191.
- Sentence rendue le 31 Octobre 1980, sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitrators, YBCA*, VII, 1982, p. 150.
- Sentence rendue sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitrators*, n° 1569, 1981, *YBCA* VIII, 1983, p. 171.
- *American Independent Oil Company (Aminoil) c. Koweït*, Arbitrage ad hoc, 24 mars 1982, *JDI (Clunet)*, 1982 II, N° 4, pp. 869-909.
- *La Cour d'arbitrage des échanges maritimes du Japon*, sentence rendue le 8 juillet 1983, *YBCA* 1986, Vol. XI, spéc. p. 195.
- Sentence n° 2373 rendue le 24 avril 1987, *Society of Maritime Arbitrators "SMA"*, *Buques Centroamericanos SA c. Refinadora Costarricense de Petroleo SA, YBCA*, Vol. XIII, 1988, pp. 132-137.
- Sentence n° 2455, rendue le 9 février 1988, *Society of Maritime Arbitrators, Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1990, p. 103.

- Sentence de la Society of Maritime Arbitrators n° 2561, sentence rendue le 31 mars, 1989, *Sigmoil Resources c. Burmpac Transport and Trading Co.*, YBCA 1990, Volume XV, pp. 109 – 113.
- *Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre et Gouvernement de Ghana*, CNUDCI, Arbitrage Ad hoc, décision sur la compétence et la responsabilité, rendue le 27 octobre 1989, extrait in YBCA, Vol XIX, 1994, pp. 11-32.
- Sentence du 13 juillet 1993, *Stockholm Chamber of Commerce*, YBCA, 1997, p. 197.
- *Dadras International et Per-Am Construction Corporation c. la République Islamique d'Iran et Teheran Redevelopment Company*, sentence n° 567-213/215-3 rendue le 7 novembre 1995, *World Trade and Arbitration Materials*, Vol. 8, 1996, n° 1, p. 157, *Iran-US Claims Tribunals Reports*, 31, 1995, Cambridge University Press, 2001, pp. 131 et s.
- Sentence n° 273/1995 rendue le 31 mai 1996, *Zurich Chamber of Commerce-Switzerland*, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 1998, p. 128.
- Sentence n° 1795/1996, *Chamber of national and international arbitration of Milan*, YBCA, 1999, p. 196.
- *Himpurna California Energy Ltd c. PT. PLN (Persero)*, CNUDCI, Arbitrage ad hoc, sentence rendue le 4 mai 1999, YBCA, XXV, 2000, pp. 13-108.
- Sentence n° 76/1998 rendue le 28 novembre 1999, *Italian Arbitration Association*, *Yearbook Commercial Arbitration "YBCA"*, 2000, p. 368.
- *Karaha Bodas Company LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara & PT. PLN (Persero)*, CNUDCI, Arbitrage ad hoc, sentence rendue le 18 décembre 2000.
- *CME c. République de Chèque*, CNUDCI, sentence partielle rendue le 13 septembre 2001, publiée au site officiel de ITA.
- *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur*, CNUDCI / LCIA, affaire n° UN3467, sentence rendue le 1er juillet 2004, publiée au site officiel de ITA.
- *Société Britannique Malicorp Ltd. c. La République Arabe d'Egypte, Centre Régional de l'Arbitrage Commercial International au Caire « CRACIA »*, affaire n° 382/2004, sentence rendue le 7 mars 2006.
- *Saluka Investments B.V. c. la République Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, rendue le 17 mars 2006, publiée au site officiel de ITA.
- *National Grid P.L.C. c. Argentine*, CNUDCI, sentence rendue le 3 novembre 2008, (version anglaise) publiée au site officiel de ITA.
- *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie, Institut d'Arbitrage de la Chambre du Commerce du Stockholm "Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce"*, affaire n° V079/2005, sentence rendue le 12 septembre 2010, publiée au site officiel de ITA.
- Sentence N° 1167, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 22, 2010, p. 4.
- Sentence N° 1172, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 22, 2010, p. 4.
- Sentence N° 1176, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 23, 2010, p. 5.
- Sentence N° 1179, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 25, 2011, p. 5.
- Sentence N° 1180, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 25, 2011, p. 5.
- Sentence N° 1195, rendue par la C.A.M.P., *Gazette de la C.A.M.P.*, N° 29, 2012, p. 8.

V – JURISPRUDENCE ETATIQUE ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Cour de Cassation

- Cass. 1^{re} civ., 27 février 1962, *Bull. civ. I*, n° 127.
- Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, n° 189, Kieger, D. 1967, note Ph. Malaurie, *JCP*, 1968, II, 15456, note A. JACK-MAYER.
- Cass. 2^e civ., 19 juin 1968, *Bull. Civ. II*, n° 183.
- Ch. mixte, 27 février 1970, *JCP*, 1971, I, p. 2390, obs. J. VIDAL.
- Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1973, *Bull. civ. III*, n° 406.
- Ch. mixte, 30 avril 1976, *RTD civ.*, 1976, n° 12, p. 556, obs. DURRY.
- Cass. Civ. 3^e, 5 mai 1976, *JCP*, IV, 211.
- Cass. Civ., 14 janvier 1988, n° 86-10-001, Union locale CFDT de Boulogne-sur-Mer c. Société Transorient Freight CMP, cité par Maurice Nussenbaum, L'appréciation du préjudice, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 79.
- Cass. Civ. 1^{re}, 4 avril 1991, *Bull. civ. I*, n° 127.
- Com. 26 mai 1992, *Bull. Civ.*, IV, n° 211.
- Com. 2 nov. 1993, *Bull. Civ. IV*, n° 380, *JCP* 1994. I. 3773, n° 20, obs. VINEY; *RTD civ.* 1994. 622, obs. JOURDAIN.
- Cass civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, *Bull. Civ. I*, n° 54.
- Cass. Civ., n° 116D, 16 janvier 1996, cité par Maurice NUSSENBAUM, L'appréciation du préjudice, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 79.
- Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *Bull. Civ.*, I, n° 378, D. 1997, p. 403, note LAULOM.
- Civ. 1^{re}, 18 novembre 1997, *Bull. Civ. I*, n° 317.
- Civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, D. 1998, somm. 200, obs. D. MAZEAUD.
- Cass. Com., 7 avril 1998, *JCP E*, 1999, p. 579, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.
- Com. 20 janvier 1998, *Bull. Civ. IV*, n° 26.
- Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, Eiffage c. Butec, *Rev. Arb.*, 1999. 623, note D. BUREAU, *RTD com.*, 2000. 598, obs. E. LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, *Contrats, Conc. Consom.* 2000, n° 94, obs. L. LEVENEUR.
- Com. 9 octobre 2001, n° 99-16.512, *RTD Civ.* 2002, 304, note P. JOURDAIN.
- Civ. 3^e, 30 janvier 2002, *Bull. Civ. III*, n° 17, *Les Petites Affiches*, 18 novembre 2002, n° 230, p. 10, *RTD Civ.*, 2002, p. 321, obs. P.-Y. GAUTIER, et 816, obs. JOURDAIN, *Dr. et patrimoine*, 2003, n° 111, obs. F. CHABAS.
- Cass. Civ. 1^{re}, 26 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 68, *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. MESTRE, B. FAGES.
- Cass. Civ. 1^{re}, 9 avril 2002, *Bull. Civ. I*, n° 116.
- Cass. Civ. 1^{re}, 7 mai 2002, *Bull. Civ. I*, n° 121.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2002, *Bull. Civ. I*, n° 183, *RC Ass.* 2002, comm. 323, note GROUDEL.
- Cass. 2^e Civ., 23 janvier 2003, n° 01-100.200, *Bull. Civ. II*, n° 20.
- Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 2003, *Bull. Civ.*, I, n° 89, *RTD civ.*, 2003. 505, obs. JOURDAIN.
- Cass. 2^e Civ., 19 juin 2003, n° 01-13.289 : JurisData n° 2003-019462, *Bull. Civ.* 2003, II, n° 203, *GAJ Civ.*, 12e éd., 2008, n° 190.
- Cass. 1^{re} Civ., 25 mars 2003, n°00-21.114, *Bull. Civ. I*, n° 89.
- Cass. Civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, *Bull. Civ.*, 2003, I, n° 39.

- Cass. Civ. 1^{re}, 4 novembre 2003, *Bull. Civ. I*, n° 224, *D.* 2004, obs. J. PENNEAU.
- Cass. Com., 26 novembre 2003, « arrêt Manoukian », *GAJC*, t. II, 12e éd., *Dalloz*, 2008, n° 142 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE ; *D.* 2004, p. 2922, comm. E. LAMAZEROLLES ; *JCP G*, 2004, I, 163, n° 18, obs. G. VINEY ; *JCP E*, 2004, p. 738, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC*, 2004, p. 257, obs. MAZEAUD ; *RTD Civ.*, 2004, p. 80, obs. B. FAGES et J. MESTRE.
- Civ. 3^e, 3 décembre 2003, *Bull. Civ. III*, n° 221, *JCP*, 2004, I, 163, obs. Viney, *RTD. Civ.* 2004, 295, obs. JOURDAIN, *RJDA* 2004, 359, rapp. Betoulle, *RDC* 2004, 280, obs. STOFFEL-MUNCK.
- C. Cass. 1^{re} Ch. Civ., 30 juin 2004, ABC International Bank PLC et Inter-Arab investment guarantee corp. (IAIGC) contre Sté BAII recouvrement, n° 01-10.269 et n° 01-11.718 : *Juris-Data* n° 2005-024344 ; Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : *D.* 2004, somm. p. 3185, obs. T. CLAY.
- Cass. Civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, *Bull. Civ.*, 2004, n° 1, n° 264.
- Cass. Civ. 1^{re}, 18 janvier 2005, *Bull. Civ. I*, n° 29.
- Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *Bull. Civ. I*, n° 201, *RTD civ.* 2005, 594, obs. MESTRE et FAGES, 600, obs. JOURDAIN, *JCP*, 2006, I, 111, obs. STOFFEL-MUNCK.
- Cass. Civ. 3^e, 11 mai 2005 : *Bull. Civ. III*, n° 103 ; *JCP* 2005, II, 10152, note BERNHEIM-DESVAUXB ; *RTD civ.* 2007, 342, obs. MESTRE et FAGES.
- Ch. Mixte, 22 avril 2005 (deux arrêts), *Bull. Ch. Mixte*, n° 3 et 4, *D.* 2005, p. 1864, note TOSI.
- Cass. Soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826, *Bull. Civ. V*, n° 332.
- Civ. 3^e, 1^{re} mars 2006, n° 263 et 264. *Resp. civ. et assur.* 2006, Comm. 171, obs. G. COUTIET.
- Ass. Plén., 14 avril 2006, *RTD civ.* 2007, p. 574.
- Cass. com. 13 juin 2006, n° 05-12.619, *JCP G* 2006 II 10123, N° 29, 19 juillet 2006, pp. 1455-1456, note G. LOISEAU.
- Cass. 3^e Civ., 28 juin 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 770 ; *JCP G*, 2007, I, p. 157.
- Cass. Civ. 1^{re}, 9 janvier 2007, Société Banque Delubac, *Rev. Arb.*, 2007, p. 471, note D. BENSUAUDE.
- Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, Delsey, *JDI*, 2008, p. 537, note S. BOLEE.
- Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *Bull. Civ. I*, n° 212, *D.* 2007, 2784, note LISANTI et PAN, 2974, obs. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 568, obs. Fages, et 776, obs. JOURDAIN, *JCP* 2007, I, 185, obs. STOFFEL-MUNCK.
- Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007, *Bull. Civ.*, 2007, III, n° 149.
- Cass. 1^{re} Civ., 22 novembre 2007, n° 06-14.174, *Bull. Civ. I*, n° 368.
- Com. 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *D.* 2008, p. 154, obs. X. DELPECH.
- Civ. 2^e, 11 septembre 2008, *Bull. civ. II*, n° 191, *RDC* 2009/1, 77, note DESHAYES.
- Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2008, n° 07-13989, *RDC* 2009, pp. 60 et s., obs. D. MAZEAUD.
- Com. 14 octobre 2008 et 25 novembre 2008, *RDC*, 2009/2, 527, obs. DESHNAYES.
- Cass. Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, *Bull. Civ. I*, n° 243, *D.* 2008, n° 42, pp. 2935-2936, obs. GALLMEISTER.
- Cass. 3^e Civ., 7 janvier 2009, *Bull. Civ. III*, n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. FAGES.
- Cass. Civ. 3^e, 21 janvier 2009, *CCC* 2009, comm. 94, obs. LEVENEUR.

- Cass. com., 17 février 2009, *D.* 2009, 14 mai 2009, n° 19, pp. 1308-1311, note Ph. DELEBECQUE, *LPA*, 29 mai 2009, n° 107, pp. 15-20, note M. BURGARD.
- Com. 10 mars 2009, *JCP* 2009, n° 38, 248, n° 12, obs. STOFFEL-MUNCK.
- Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 08-11326, *Bull. Civ.* III, n° 67 ; *RDC* 2009, p. 1004, obs. T. GENICON.
- Cass. 1^{re} Civ., 6 mai 2009, *JurisData* n° 2009-048035.
- Cass. 2^e Civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829, *Bull. Civ.* II, n° 131.
- Cass. 3^e Civ., 8 juin 2009, n° 08-10.869, *Bull. Civ.* III, n° 170.
- Cass., 1^{re} Ch. civ, 8 octobre 2009, *Rev. arb.* (Comité Français de l'Arbitrage), Vol. 2011, Issue 1, pp. 126-130.
- Cass. crim. 15 décembre 2009, n° 09-82.873, *JurisData* n° 2009-051119, *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 4, Avril 2010, comm. 69, p. 11, note H. GROUDEL.
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21-547 et 08-21.793, *Bull. civ.* IV, n° 48, *JCP E* 2010, n° 1483, note S. SCHILLER.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. Civ.* 2010 I, n° 128 ; *RTD Civ.* 2010, pp. 571-575, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2010, pp. 1522 et s., note P. SARGOS.
- Cass., Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, Société Top Bagage International c. société Wistar Entreprise Ltd, *Rev. arb.*, (Comité Français de l'Arbitrage), 2011, N° 2, pp. 449 – 467, note Cécile CHAINAIS.
- Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, Société Faurecia sièges d'automobiles c. Société Oracle France, *D.* 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD. *Bull. Civ.* IV, n° 115, *JCP* 2010, n° 28, p. 787, note HOUTCIEFF.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-67.013, P+B+I, Sté Doga c. Sté HTC Sweden AB, *JCP E*, n° 29, 22 juillet 2010, act. 406.
- Civ. 1^{re}, 14 octobre 2010, *RTD civ.* 2010, 781, obs. FAGES.
- Com. 16 novembre 2010, *CCC* 2011, comm. 24, obs. LEVENEUR.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13.303, *Bull. civ. I, D.* 2011, p. 423, note LICARI, *RTD civ.* 2011, pp. 122 et s., obs. FAGES, *JCP G* 2011, n° 6.140, pp. 257-259, note J. JUVENAL.
- Cass. Civ. 1^{re}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *Bull. civ.* I, n° 77, *D.* 2011, 1280, note I. GALLMEISTER.
- C. Cass. 1^{re} Ch. Civ., 29 Juin 2011, *Rev. Arb.*, 2011, N° 3, pp. 680 – 681, note Cécile CHAINAIS.
- Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-14.677, *D.* 2011, 24 nov. 2011, n° 41, p. 2788, note E. CHEVRIER.
- Cass. 2^e Civ., 24 nov. 2011, n° 10-25.635 : *JurisData*, n° 2011-025881, *D.* 2012, pp. 141-143, note H. ADIDA-CANAC.
- Cass. 1^{re} Civ., 26 septembre 2012, n° 11-13.177, Sté nationale des chemins de Fer français c. G., *JurisData* n° 2012-021553, *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 12, Décembre 2012, pp. 17-18, note S. HOCQUET-BERG.
- Cass. 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-26180, Société CEPA c. Société CF partnaires et al., *Gaz. du Palais*, sept. 2013, N° 261-262, p. 28, note C. BERLAUD.
- Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2013, n° 12-20.504, P+B, *RLDC*, décembre 2013, Act. 5308, pp. 25-26.

Cour d'appel

- C.A. Montpellier, 9 décembre 1965, *D.* 1967. 477, note P. AZARD.
- C.A. Paris, 11 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968. 2. 118.
- C.A. Paris, 12 juillet 1984, *JDI* 1985, p. 129, notes GOLDMAN.
- C.A. Paris, 10 janvier 1990, *Droit des sociétés*, 1991, n° 32, p. 8.
- C.A. Paris, 29 mai 1991, *Ganz, Rev. arb.*, 1991.478, note L. IDOT.
- Paris 1^{re}, com., 17 décembre, 1991, *Gatoil, Rev. Arb.* 1993.281, note SYNVET.
- C.A. Riom, 10 juin 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 343, obs. J. MESTRE.
- C.A. Paris rendu le 30 septembre 1993, *European Gas Turbines SA c. Westman International Ltd*, reproduits, *Rev. Arb.*, 1994. 359, spéc. pp. 367-368.
- C.A. Paris 1^{re} com., 24 février 1994, *Ministère tunisien de l'équipement c. Société Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, pp. 275-289, note Y. GAUDEMET.
- C.A. Paris, 13 juin 1996, *JDI* 1997.151, note E. Loquin, *Rev. Arb.* 1997.251, note E. GAILLARD.
- C.A. Paris, 21 janvier 1997, *Affaire de la Société Nu Swit*, *Rev. Arb.*, 1997. 429, note Y. DERAIS.
- C.A. Montpellier, 2^e ch., 11 août 1999, *D.* 2001, p. 297.
- C.A. Paris, 8^e Ch. *D.*, 18 janvier 2001, *Rev. Arb.*, 2002, p. 935, note E. JEULAND.
- C.A. Paris, 25^e ch., 19 janvier 2001, *D.* 2001, p. 677 *RTD civ.*, 2001, p. 350, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- C.A. Douai, 15 mars 2001, *D.* 2002. 307, "l'obligation de modérer le dommage en droit interne", note Ch. ANDRE.
- C.A. Paris. 6 novembre 2003, *Caisse Fédérale du Crédit Mutuel du Nord de la France c. Société Banque Delubac*, *Rev. Arb.*, 2004, pp. 631 et s., note D. BENSAUDE.
- C.A. Paris. 25 mars 2004, *Fontan Tessaur c. Assabilis France*, *Rev. Arb.*, 2004, p. 671 et s., note J. ORTSCHIEDT.
- Paris, 1^{re} Civ., 30 juin 2005, *Pilliod c. Société Econosto International Holding*, *Rev. arb.*, 2006, pp. 687-694, note R. LIBCHABER, *Gaz. Pal.*, 2005/2, p. 45.
- C.A. Paris, 15 février 2007, *Heresma SA c. Granitalia SPA*, *Rev. Arb.*, 2009. 158, note P. CALLE.
- C.A. Paris (18^e ch. Civ.), 18 septembre 2008, *JurisData* n° 2009-003329, *D.* 2009, pp. 2091-2095, note A. GUEGAN.
- C.A. Paris, 25^e Ch., Sect. A, 26 novembre 2008, 07/07221, *JCP E&A*, 16 septembre 2010, n° 37, p. 25, *Responsabilité civile, Faurecia 3 : La Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques*, par Philippe STOFFEL-MUNCK.
- C.A. Versailles, Ch. 12^e, Se. 2^e, 10 septembre 2009, n° 08/04982.
- CA Paris (Pôle 1 - Ch. 1), 10 septembre 2009, *Société M. Schneider Schaltgeratebau und Elektroinstallation GmbH c. Société CPL Industries Limited*, *Rev. arb.*, Vol. 2010, Issue 3, pp. 564-565, note Louis Christophe DELANOY.
- C.A. Paris (Pôle 1 - Ch. 1), 11 février 2010, *Rev. arb.*, Vol. 2010, Issue 4, pp. 827-843, note Denis MOURALIS.
- C.A. Paris, Pôle 2, Ch. 1, 14 décembre 2010, n° 08/09544, *JCP G*, n° 15, p. 716, note Philippe STOFFEL-MUNCK.

- C.A. Paris 17 juin 2010, African Petroleum Consultants c. Société nationale de raffinage SONARA, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2011-1, p. 671.
- C.A. Paris (Pôle 1 Ch. 1), 3 février 2011, *Département de commercialisation du pétrole "Sytrol" c. SARL Babanaph*, *Rev. arb.*, Vol. 2011, pp. 468-483, note Romain DUPEYRE.

Tribunal de Grande Instance

- TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*, *RDAL*, 2005, p. 715.
- TGI Laval, 13 février 1967, *D.* 1968. 39, note M. LE ROY.
- TGI Paris, 12 mai 1993, *Société Raoul Duval c. V.*, *Rev. arb.*, 1996, pp. 414-416.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus de droit. 515, 516
Acceptation des risques. 513, 514
Appréciation *in abstracto*. 196, 279, 694, 954
Appréciation *in concreto*. 279, 461
Attente légitime. 192-203, 283, 673

B

Bonne foi. 56, 61, 140, 152, 154, 155, 156, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 217, 256, 260, 499, 515, 537, 538, 539, 556, 565, 575, 630, 657, 660, 661, 662, 663 et s., 762, 788, 789, 813, 847, 871, 876, 878, 879, 903, 920, 951, 1002

C

Clause élusive. 917, 924, 935 et s., 951, 973, 976, 976 et s., 1003
Clause limitative. 24, 911, 917, 919, 924, 931, 932, 935, 936 et s., 947, 948, 951, 958, 959, 960, 964, 967, 968, 973, 974, 975 et s., 984, 1003
Clause pénale. 354, 910, 917, 925 et s., 947, 948, 968, 980 et s., 1003
Comminatoire. 933, 934

D

Damnum emergens. 226, 227, 294, 297 et s., 344, 362, 765, 976
Discounted cash flow (DCF). 360, 362, 363 et s.
Discriminatoire. 49, 61, 64, 67 et s., 105, 391
Dissuasif. 413, 999
Dol. 708, 715, 739, 751, 940, 950, 954, 960, 976
Dommages-intérêts disproportionnés. 427, 428, 429, 491, 515
Dommages-intérêts forfaitaires. 216, 335, 338 et s., 382, 489, 905, 910, 917, 925, 928 et s., 948, 968
Dommages-intérêts moratoires. 3, 39, 78, 159, 223, 322 et s., 354, 397, 494, 638, 751, 793, 948
Dommages-intérêts moraux. 18, 38, 307, 420, 443 et s., 1008
Dommages-intérêts punitifs. 214, 377, 401 et s.

E

Équité. 81, 108, 109, 217, 270, 376, 379 et s., 398, 416, 727, 736, 951

Expropriation. 3, 50, 83 et s., 117 et s., 128, 129, 167, 286, 364, 368, 370, 372, 373, 377, 390 et s.

F

Faute grave. 413, 468, 472, 786

Faute intentionnelle. 409, 420, 441, 468, 473, 474, 950, 954

Faute lourde. 739, 788, 940, 953 et s., 959, 960, 967, 975 et s.

Faute simple. 105

Force majeure. 199, 822, 987, 1003

Fraude. 484, 487, 659 et s., 950, 1002

Fraus omnia corrumpit. 777, 778, 779, 780, 796, 805

G

Gestion d'affaires. 517 et s.

H

Hardship. 838, 870, 880, 885

I

Indemnisation adéquate. 28-32, 39-42, 44, 321, 370, 372, 376, 391, 399, 441, 491, 496, 819, 990, 991, 1000, 1001 et s.

Indemnisation compensatoire. 337, 413, 416, 426, 428, 435, 479, 481, 483

Indemnisation intégrale. 1, 3, 4, 7, 12, 27, 28, 30, 37 et s., 132, 147, 153, 165, 198, 213, 218, 246, 284, 285, 288, 289, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 299, 302, 303, 314, 317, 320, 321, 323, 333, 338, 339,

348, 354, 362, 370, 378, 379, 382, 383, 386, 387, 390 et s., 402, 403, 405 et s., 413, 445, 446, 448, 452, 454, 455, 481, 491, 492, 494, 495, 496, 501, 515, 523, 545, 565, 574, 583, 604, 605, 610, 612, 618, 630, 638, 659, 811, 814, 901, 905, 909, 910, 913, 925, 930, 931, 934, 937, 976, 977, 984, 985, 986, 988, 992, 994, 995, 997, 998, 999, 1003, 1004, 1008

Intérêts lésés. 28, 33, 169, 283, 991, 1004, 1008

L

Lex contractus. 327, 328, 330, 331, 332, 334, 336, 434, 435

Lex mercatoria. 157 et s., 183, 215 et s., 222, 254, 315, 340, 567 et s., 577 et s., 689, 711, 732, 849

Loi du for. 325, 327

Loyauté. 145, 158, 539, 565, 663, 668, 695, 705, 708, 716, 871, 876

Lucrum cessans. 226 et s., 296 et s., 765

M

Mauvaise foi. 57-62, 140-141, 260, 420, 426, 473, 575, 668, 672, 701 et s., 788, 789, 826, 868, 878

Minimisation du préjudice. 500 et s.

N

Nominal damages. 189, 214, 400

O

Obligation de notification. 869 et s.
Obligation de renégociation. 153 et s.
Ordre public interne. 404, 407, 439
Ordre public international. 403, 404, 407, 408, 409, 427, 436, 439, 675, 681, 691, 720, 722, 723, 724, 726, 737, 751, 779, 791, 792, 793, 797, 799, 800, 803, 805, 911, 950, 951

P

Pacta sunt servanda. 164-165, 254, 256, 885
Préjudice certain. 207 et s.
Préjudice éventuel. 221 et s.
Préjudice prévisible. 243 et s.
Préjudice probable. 230 et s.
Présomption de compétence professionnelle. 278, 658, 845
Prix du marché. 161, 223, 365, 367, 368, 369, 370, 373, 377, 615

R

Représentation apparente. 678, 679, 680
Risque avéré. 232
Risque économique. 389 et s.
Rupture abusive. 149 et s.

S

Satisfaction. 484 et s.
Somation de payer. 335
Suspension du contrat. 838, 887 et s., 897, 904

T

Traitement juste et équitable. 52 et s., 105 et s.
Transparence. 49, 55, 62 et s., 703, 871

V

Violation contractuelle. 9, 12, 17, 27, 78, 103, 104, 107, 111, 113, 115, 118, 119, 123 et s., 128, 130, 131, 140, 181, 193, 195, 257, 361, 899, 930, 940, 954, 976, 978, 1008
Violation conventionnelle. 107, 127

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I. LES REGLES FONDAMENTALES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	22
TITRE I. LES FACTEURS ESSENTIELS D'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	23
CHAPITRE I. LES FAITS GENERATEURS D'INDEMNISATION.....	24
SECTION I. LES FAITS GENERATEURS D'INDEMNISATION DANS LE CADRE D'UN TRAITE BILATERAL D'INVESTISSEMENT.....	24
PARAGRAPHE I. LE STANDARD DU « TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE ».....	25
A. L'origine et la nature de la violation du standard du « traitement juste et équitable »	26
1. L'origine de la violation du standard	26
a. Le critère critiqué : le rapport avec le principe général de bonne foi.....	26
b. Le critère retenu : le rapport avec le principe de transparence.....	29
2. La nature de la violation du standard.....	31
a. La constatation du caractère discriminatoire	31
b. L'interprétation du caractère discriminatoire.....	33
B. L'étendue et la portée du standard du « traitement juste et équitable ».....	34
1. L'invocation de l'obligation du traitement sur une base strictement conventionnelle	34
2. La portée indéfinie du principe : vision critique.....	36
PARAGRAPHE II. LE STANDARD DE L'EXPROPRIATION	37
A. L'expropriation du fait d'une décision émanant de l'Etat hôte contractant.....	37
1. Les effets négatifs de la violation de l'obligation de la défense de l'expropriation sur le contrat conclu.....	38
2. L'invocation de l'obligation de la défense de l'expropriation sur une base strictement conventionnelle.....	40
B. L'expropriation du fait d'une décision judiciaire appartenant à l'Etat hôte contractant.....	41
1. La détermination d'une expropriation en vertu d'une décision judiciaire interne	41
2. L'épuisement des voies de recours internes est-elle une condition de l'invocation de l'expropriation indirecte, fait générateur d'indemnisation, en vertu d'une décision judiciaire interne ?	43

SECTION II. LE FAIT GENERATEUR D'INDEMNISATION DANS LE CADRE DU RAPPORT	
CONTRACTUEL.....	45
PARAGRAPHE I. L'INVOCATION DE LA VIOLATION CONTRACTUELLE COMME FAIT GENERATEUR	
D'INDEMNISATION DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	46
A. Les formes les plus courantes de l'allégation de la violation contractuelle en tant que fait	
générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement.....	46
1. Le traitement juste et équitable	46
a. Le critère retenu pour l'admissibilité de ce manquement contractuel en tant que	
violation conventionnelle : l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'Etat	
contractant.....	48
b. Un autre critère relevé relatif à l'intensité de la violation contractuelle alléguée : vision	
critique.....	51
2. L'expropriation.....	52
a. La mise en œuvre de l'allégation contractuelle sous l'égide du TBI	52
b. Le critère juridique retenu par les arbitres pour considérer une telle violation du	
contrat en tant que fait générateur d'indemnisation dans l'arbitrage d'investissement....	53
B. Analyse critique : la mise en cause de l'argument de la violation contractuelle dans ce	
contexte.....	56
1. L'inutilité de la distinction entre violation contractuelle et conventionnelle dans certains	
cas.....	57
2. L'inutilité en pratique de l'invocation de la violation contractuelle en matière	
d'investissement.....	58
PARAGRAPHE II. L'INEXECUTION CONTRACTUELLE EN TANT QUE FAIT GENERATEUR	
PRIMORDIAL D'INDEMNISATION DANS LE CADRE D'UN RAPPORT PUREMENT CONTRACTUEL	60
A. L'inexécution contractuelle par le débiteur : un fait générateur justifiant l'allocation d'une	
indemnisation intégrale par les arbitres.....	60
1. La consécration du principe	61
2. La mise en application par les arbitres du commerce international	63
a. La pratique arbitrale.....	63
b. Analyse critique.....	65
B. Les incidences restreignant l'allocation d'une indemnisation intégrale en cas d'inexécution	
contractuelle.....	67
1. La rupture abusive du contrat	67
2. L'obligation de renégociation.....	69
a. La consécration de l'obligation de renégociation au titre de la lex mercatoria.....	69
i. La consécration dans les instruments internationaux du droit uniforme	70
ii. La consécration dans la jurisprudence arbitrale	71

b. La mise en application de l'obligation de renégociation par les arbitres.....	72
i. L'effet négatif du refus de renégociation sur l'indemnisation du préjudice.....	72
ii. Les limites juridiques.....	73
CHAPITRE II. L'EXIGENCE DU PREJUDICE INDEMNISABLE.....	78
SECTION I. L'EXIGENCE DU PREJUDICE EST-ELLE TOUJOURS NECESSAIRE POUR L'ALLOCATION D'INDEMNISATION ?.....	78
PARAGRAPHE I. LE CAS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT.....	79
A. La position juridique adoptée en droit français.....	79
1. Le courant juridique majoritaire hostile à l'allocation d'indemnisation hors l'existence du préjudice.....	80
2. Le courant juridique minoritaire accueillant le fait de l'allocation d'indemnisation en l'absence du préjudice.....	81
a. La démonstration de la controverse.....	81
b. Analyse critique sur la controverse existant.....	83
B. La pratique arbitrale.....	85
1. L'exigence du préjudice en cas d'inexécution pour l'allocation d'indemnisation par la jurisprudence arbitrale du commerce international.....	85
2. L'exigence du préjudice en cas d'inexécution pour l'allocation d'indemnisation par les instruments internationaux du droit uniforme.....	87
PARAGRAPHE II. L'ATTEINTE A L'ATTENTE LEGITIME DE LA PARTIE LESEE.....	88
A. Le concept d'attente légitime.....	88
1. La démonstration d' « attente légitime » en tant que fondement suffisamment possible d'indemnisation.....	88
2. La détermination de la notion d' « attente légitime ».....	89
a. La définition de la notion d' « attente légitime ».....	90
b. La consécration de la notion d' « attente légitime ».....	91
B. La sanction de l'atteinte à l'attente légitime par les arbitres.....	93
SECTION II. LES CARACTERISTIQUES DU PREJUDICE INDEMNISABLE.....	95
PARAGRAPHE I. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE CERTAIN.....	96
A. L'établissement de la certitude du préjudice.....	97
1. La consécration et la fonction de l'indemnisation du préjudice certain.....	97
a. La consécration de la certitude du préjudice en droit français.....	97
b. La fonction indemnitare de la réparation du préjudice certain.....	98
2. Le rattachement de la règle de la certitude du préjudice à la <i>lex mercatoria</i>	99
a. Le caractère certain du préjudice en tant que règle de la <i>lex mercatoria</i>	99
b. Le rôle de la preuve de l'existence du préjudice : l'aspect de l'application d'une règle de la <i>lex mercatoria</i>	101

B. La portée juridique de la certitude du préjudice.....	103
1. Peut-on indemniser un préjudice éventuel ?.....	103
a. la non indemnisation d'un préjudice éventuel.....	103
b. La possibilité de l'indemnisation de la seule perte éprouvée	105
2. L'indemnisation d'un préjudice probable.....	107
a. La mise en œuvre de la règle	107
i. Une position favorable de la jurisprudence arbitrale : l'indemnisation du préjudice probable relève d'une règle transnationale.....	108
ii. La consécration de l'indemnisation du préjudice probable dans les instruments internationaux du droit uniforme.....	111
b. La consécration de la référence du raisonnable pour la mise en œuvre de la règle	112
PARAGRAPHE II. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE PREVISIBLE	113
A. La consécration et les fondements établis de la règle.....	114
1. La consécration du concept de prévisibilité dans les différents systèmes juridiques	114
2. Les fondements relevés du principe de la prévisibilité du préjudice	117
a. Le fondement juridique retenu	118
b. Le fondement économique controversé.....	119
B. La mise en œuvre de la règle.....	120
1. La pratique arbitrale	121
a. La mise en application du principe par les arbitres en tant qu'une règle transnationale.....	121
b. Les mécanismes d'appréciation du préjudice prévisible par les arbitres.....	124
2. La référence adoptée pour la détermination de la prévisibilité du préjudice	126
a. La mise en place d'une référence objective	126
b. Nuances sur l'application de la référence objective	128
i. Le statut professionnel du débiteur	128
ii. L'appréciation in concreto exercée par les arbitres	129
TITRE II. LES MECANISMES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	135
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	136
SECTION I. LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE L'INDEMNISATION	136
PARAGRAPHE I. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	137
A. L'indemnisation du « <i>damnum emergens</i> » et du « <i>lucrum cessans</i> » : vers une application optimale du système de l'indemnisation intégrale du préjudice	137
1. La consécration du principe	138

a. La consécration de l'indemnisation du <i>damnum emergens</i> et du <i>lucrum cessans</i> dans la codification des instruments internationaux du droit uniforme.....	138
b. La consécration de l'indemnisation du <i>damnum emergens</i> et du <i>lucrum cessans</i> dans la jurisprudence arbitrale internationale	140
2. Les modes de l'indemnisation intégrale employés dans le système de <i>common law</i> et la nature de preuve exigée	141
a. L'indemnisation de la perte subie et du gain manqué dans le système anglo-saxon....	141
b. La nature de la preuve.....	142
B. La spécificité juridique de l'indemnisation du <i>lucrum cessans</i>	144
1. La valeur transnationale de l'indemnisation du <i>lucrum cessans</i>	144
a. Une application autonome de l'indemnisation du <i>lucrum cessans</i>	145
b. La consécration de l'indemnisation du <i>lucrum cessans</i> par les arbitres internationaux en tant que règle de la <i>lex mercatoria</i>	147
2. Des difficultés pratiques de l'indemnisation du <i>lucrum cessans</i>	149
PARAGRAPHE II. LES DOMMAGES-INTERETS MORATOIRES : UNE PARTIE INTEGRALE DE L'INDEMNISATION.....	151
A. Le régime juridique des dommages-intérêts moratoires.....	152
1. La loi régissant les dommages-intérêts moratoires en matières d'arbitrage internationale	153
a. L'application de la loi du lieu de l'exécution de la sentence arbitrale "loi du for"	153
b. Aspect critique de cette position juridique	154
i. La mise en application de la <i>lex contractus</i>	155
ii. Analyse critique.....	156
2. La liberté des arbitres dans la fixation de la date de l'effectivité des intérêts moratoires	158
B. Les intérêts moratoires en tant que limite à l'application de la règle juridique de l'allocation d'indemnisation au seul préjudice réellement subi par les arbitres	159
1. La règle de la présomption du préjudice et le caractère forfaitaire de l'indemnisation	160
2. La justification de la règle.....	162
a. L'indemnisation du gain manqué par les dommages-intérêts moratoires.....	163
b. La consécration de la règle dans les instruments internationaux du droit uniforme ...	164
SECTION II. LE PROCESSUS JURIDIQUE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE	166
PARAGRAPHE I. LES FORMES D'INDEMNISATIONS RETENUES DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE	166
A. L'indemnisation en nature.....	167
1. La consécration de l'indemnisation en nature.....	167
a. En droit français	167

b. L'indemnisation en nature dans les instruments internationaux du droit uniforme....	169
2. La pratique dans la jurisprudence arbitrale internationale	170
B. L'indemnisation compensatoire	172
1. La mise en œuvre de l'indemnisation compensatoire par les arbitres internationaux.....	172
a. L'indemnisation compensatoire en tant que mode privilégié de réparation	172
b. Le « discounted cash flow » en tant que méthode appropriée pour l'évaluation de l'indemnisation.....	174
2. Le fonctionnement de l'indemnisation compensatoire	175
a. La prise en compte de la « valeur du marché » pour la détermination du quantum d'indemnisation	175
i. La référence du « prix du marché » dans les traités bilatéraux d'investissement.....	176
ii. La référence du « prix du marché » dans les normes du droit international coutumier	178
b. Le calcul des dommages-intérêts dans le cadre des transactions commerciales internationales	179
i. Les règles juridiques régissant l'appréciation du préjudice.....	179
ii. La date de l'évaluation du préjudice.....	181
PARAGRAPHE II. VERS UNE INDEMNISATION ADEQUATE DU PREJUDICE	182
A. Le recours à l'équité dans l'évaluation du <i>quantum</i> du préjudice	183
1. Les cas où les arbitres peuvent statuer en équité dans le cadre de l'évaluation du montant de l'indemnisation	183
2. L'étendue du pouvoir des arbitres internationaux pour statuer en équité	185
a. La distinction selon l'existence ou non d'un droit applicable au fond du litige choisi par les parties.....	185
b. L'encadrement juridique indécis du raisonnement juridique amené par les arbitres lors du processus de l'évaluation du préjudice : l'essai de trouver une solution plutôt équitable	187
B. L'impact du risque économique sur l'allocation d'une indemnisation intégrale du préjudice : cas d'expropriation.....	189
1. Le risque d'appliquer un standard d'indemnisation selon les dispositions d'un <i>TBI</i> applicable.....	189
2. la prise en compte de la nature du risque en matière d'expropriation dans le cadre de l'évaluation de l'indemnisation	192
CHAPITRE II. LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	197

SECTION I. L'IMPACT DE L'INDEMNISATION PUNITIVE SUR LE CARACTERE STRICTEMENT	
INDEMNITAIRE DU PRINCIPE DE L'INDEMNISATION INTEGRALE DU PREJUDICE.....	197
PARAGRAPHE I. LE RAPPORT ENTRE L'INDEMNISATION PUNITIVE ET LE PRINCIPE DE	
L'INDEMNISATION INTEGRALE DU PREJUDICE.....	198
A. Vers l'admissibilité de l'indemnisation punitive en tant que mode de réparation	198
1. Le refus de la mise en application de l'indemnisation punitive en tant que mode de	
réparation : la contradiction avec l'ordre public interne français	199
2. Une brèche vers la mise en application de l'indemnisation punitive en tant que mode de	
réparation : la non contradiction avec l'ordre public international français	200
B. Les fonctions de l'indemnisation punitive	202
1. La fonction dissuasive et punitive de l'indemnisation : un aspect juridique.....	202
2. L'aboutissement à une indemnisation effective : un aspect économique.....	203
a. L'efficacité de l'indemnisation allouée	204
b. Le rapport entre l'approche économique et l'indemnisation punitive	205
PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEMNISATION PUNITIVE PAR LES ARBITRES	
INTERNATIONAUX.....	206
A. L'étendue du pouvoir des arbitres pour l'allocation des indemnisations punitives	206
1. Le rôle exercé par les arbitres pour garantir l'allocation des indemnisations punitives ..	206
a. L'arbitre international en tant que garant de l'efficacité des dommages-intérêts punitifs	
alloués : L'obligation du respect de la convention d'arbitrage conclu	207
b. L'arbitre international en tant que garant de l'allocation des dommages-intérêts	
punitifs proportionnés	209
2. Le cadre juridique du pouvoir des arbitres pour l'allocation des indemnisations punitives	
.....	211
a. La loi applicable au pouvoir de l'arbitre international d'accorder une indemnisation	
punitives.....	213
b. La loi régissant la validité de l'allocation d'une indemnisation punitive	214
B. La controverse sur l'admissibilité de l'allocation des indemnisations punitives dans la	
jurisprudence arbitrale internationale.....	217
1. Réticences envers l'admissibilité de l'allocation des indemnisations punitives.....	217
2. Les critiques soulevées à l'égard de la non-admissibilité de l'allocation des dommages-	
intérêts punitifs.....	219
SECTION II. L'INDEMNISATION DU PREJUDICE MORAL DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	221
PARAGRAPHE I. LES TRAITES ESSENTIELS DE LA MISE EN CAUSE DE L'INDEMNISATION	
INTEGRALE PAR LA REPARATION DU PREJUDICE MORAL	222
A. L'objectif de l'indemnisation du préjudice moral	223
1. La nature punitive de la réparation.....	223

2. La prise en compte de l'aspect économique et social de la réparation.....	224
B. Analyse critique du préjudice indemnisable.....	225
1. La difficulté de la transposition des critères exigés pour l'indemnisation des préjudices matériels.....	225
2. Une indemnisation du préjudice moral doit toujours être raisonnable : un critère flou de l'indemnisation.....	226
PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE MORAL DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE.....	228
A. L'invocation de certaines difficultés juridiques quant à l'allocation d'indemnisation du préjudice moral par les arbitres.....	228
1. La difficulté de relever le préjudice moral dans l'arbitrage d'investissement.....	228
a. La difficulté juridique relative à la position rigoureuse des Tribunaux arbitraux transnationaux	228
b. La difficulté juridique relative à l'indemnisation du préjudice moral sous les Traités bilatéraux d'investissement.....	230
i. Une application rigoureuse des dispositions des Traités bilatéraux internationaux	230
ii. Vers une admissibilité d'indemniser le préjudice moral sous les TBI.....	232
2. La difficulté juridique relative à la preuve exigée	234
a. La controverse juridique quant à l'exigence d'une faute grave	234
b. La controverse juridique quant à l'exigence d'une faute intentionnelle	237
B. La constatation de l'indemnisation du préjudice moral par les arbitres internationaux.....	238
1. Comment indemnise-t-on un préjudice moral par les Tribunaux arbitraux internationaux ?	239
a. L'indemnisation par la compensation pécuniaire	240
b. L'indemnisation par satisfaction.....	242
2. La pratique arbitrale favorable à l'indemnisation du préjudice moral.....	245

**PARTIE II. LES REGLES CONTINGENTES DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS
L'ARBITRAGE INTERNATIONAL 254**

TITRE I. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT FAUTIF DES PARTIES..... 255

**CHAPITRE I. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES INCOMBANT A LA PARTIE LESEE POUR
MINIMISER LES PREJUDICES SUBIS256**

**SECTION I. LES FONDEMENTS ET LA CONSECRATION DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LES
PREJUDICES EN DROIT COMPARE.....258**

**PARAGRAPHE I. FONDEMENTS ET OBJECTIFS DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER
LES PREJUDICES.....258**

A. Les fondements juridiquement retenus de la minimisation du préjudice.....259

1. La faute de la partie lésée et le principe de minimiser le préjudice	259
a. La notion de la faute de la partie lésée	260
b. Les notions alternatives.....	263
2. Le lien de causalité et le principe de minimiser le préjudice	268
a. Exposé du fondement.....	268
b. Réfutation des critiques.....	270
B. Objectifs de l'obligation de minimiser le préjudice.....	273
1. L'aspect d'ordre libéral : la prise en compte de l'intérêt de l'économie du marché.....	273
2. L'aspect d'ordre traditionnel : la prise en compte de l'intérêt des droits de la partie lésée	275
PARAGRAPHE II. LA CONSECRATION DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE	
PREJUDICE EN DROIT COMPARE	280
A. La consécration du principe dans les différents systèmes juridiques	281
1. Le système juridique de <i>common law</i>	281
2. Le système juridique de <i>civil law</i>	283
a. Le droit français.....	283
b. Dans d'autres droits d'inspiration civiliste	286
i. Exemple de droit de tradition civiliste inspiré par le <i>common law</i>	287
ii. Exemple de droit de tradition pure civiliste	288
B. La consécration du principe en droit international	290
1. La valeur juridique du principe : son appartenance à la <i>lex mercatoria</i>	290
2. La codification du principe en droit international.....	292
SECTION II. LES CARACTERISTIQUES DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LES PREJUDICES ET SA MISE	
EN APPLICATION PAR LES ARBITRES EN TANT QUE REGLE DE LA <i>LEX MERCATORIA</i>	
295	
PARAGRAPHE I. CARACTERISQUES DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE	
PREJUDICE	296
A. En ce qui concerne la partie lésée.....	296
1. La responsabilité de la partie lésée de minimiser le préjudice évitable.....	297
a. Le cas où la partie lésée a bien minimisé son préjudice	297
b. Le cas où la partie lésée a failli de minimiser son préjudice.....	299
2. Limites de la responsabilité de la partie lésée de minimiser le préjudice évitable	300
B. En ce qui concerne le préjudice subi	302
1. Le préjudice évitable.....	303
2. Le préjudice effectivement évité.....	305
C. En ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice.....	307
1. En cas du comportement irréprochable de la partie lésée afin de minimiser son préjudice : l'évaluation du préjudice au jour de la sentence	308

2. En cas de négligence de la partie lésée à l'égard de minimiser son préjudice : La rétention d'une date antérieure au jour de la sentence pour l'évaluation du préjudice	311
D. En ce qui concerne la charge de la preuve	314
1. La preuve incombant à l'auteur du préjudice	316
2. La preuve incombant à la partie lésée.....	317
PARAGRAPHE II. LA MISE EN APPLICATION DU PRINCIPE PAR LA JURISPRUDENCE ARBITRALE EN TANT QUE REGLE DE LA LEX MERCATORIA	319
A. Dans l'arbitrage d'investissement	319
B. Dans l'arbitrage du commerce international.....	322
CHAPITRE II. L'INCIDENCE DE LA FRAUDE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	330
SECTION I. LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI ET L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.....	331
PARAGRAPHE I. LE PRINCIPE DE BONNE FOI EN TANT QUE PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT DES CONTRATS : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DANS UNE APPROCHE ARBITRALE	334
A. Le rapport entre la bonne foi et la représentation apparente dans l'arbitrage international : l'incidence sur l'indemnisation du préjudice.....	335
1. La pratique arbitrale.....	335
2. Une position accueillante de la notion de représentation apparente adoptée par les arbitres au sein du système juridique français.....	339
B. La bonne foi durant la relation contractuelle : élément inéluctable dans l'appréciation de l'indemnisation par les arbitres.....	340
1. La bonne foi dans la phase de la formation du contrat.....	341
a. L'incidence du non respect du principe de la bonne foi sur l'indemnisation du préjudice en droit positif	341
b. La prise en compte de la bonne foi dans l'appréciation du préjudice par les arbitres..	343
2. La bonne foi dans la phase de l'exécution du contrat.....	344
a. L'incidence du non respect du principe de la bonne foi sur l'indemnisation du préjudice en droit positif	345
b. La prise en compte de la bonne foi dans l'appréciation du préjudice par les arbitres..	347
PARAGRAPHE II. LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI EN TANT QUE COMPOSANT DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DANS UNE APPROCHE ARBITRALE.....	350
A. La consécration du principe de la bonne foi en tant que composant de l'ordre public international.....	350
1. La consécration dans la jurisprudence française	350
2. La consécration dans les instruments internationaux.....	352

B. La mise en jeu du principe de la bonne foi par les arbitres en tant que composant de l'ordre public international dans le cadre de l'indemnisation du préjudice	354
1. La mise en application du principe dans l'arbitrage commercial (CCI)	354
2. La mise en application du principe dans l'arbitrage d'investissements (CIRDI)	356
SECTION II. L'INCIDENCE DE LA FRAUDE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.....	359
PARAGRAPHE I. LA DETERMINATION DE LA FRAUDE PAR LES ARBITRES PAR RAPPORT A LA LOI APPLICABLE.....	360
A. La constatation de la fraude par les arbitres : la mise en cause de l'indemnisation.....	360
1. Une interprétation large de la fraude par rapport à la loi applicable.....	360
2. Le refus de l'indemnisation pour fraude à la loi interne applicable en relevant l'incompétence : une sentence sans perdants ou une sorte de condamnation ?	363
a. Réflexion sur la conviction des arbitres.....	363
b. Aspect critique à l'égard de la répartition des coûts d'arbitrage.....	365
B. Certains aspects d'indulgence dans la constatation de la fraude.....	366
1. L'interprétation atténuante des actes frauduleux.....	366
2. L'incidence du facteur temps sur la prononciation sur la fraude.....	367
3. L'hypothèse où la fraude n'est pas prise en compte par les arbitres.....	368
4. L'effet relatif de la fraude.....	371
PARAGRAPHE II. L'EFFET JURIDIQUE DE LA FRAUDE DANS LA PRATIQUE ARBITRALE.....	372
A. Conséquence juridique de la fraude : « <i>fraus omnia corrumpit</i> » en tant que principe général de droit	372
1. La mise en application du principe « <i>fraus omnia corrumpit</i> » par les arbitres en cohérence avec la loi applicable.....	372
a. Une application consacrant la cohérence avec les principes de droit international	373
b. Une application rigoureuse du principe	374
2. La mise en application du principe « <i>fraus omnia corrumpit</i> » par les arbitres en évinçant les dispositions applicables.....	375
a. Le pouvoir du Tribunal arbitral d'évincer la loi applicable au fond	376
b. Le pouvoir du Tribunal arbitral d'évincer une décision gouvernementale ou judiciaire affectant l'indemnisation	377
B. Les difficultés juridiques relatives à la sanction de la fraude : le cas spécial de la fraude procédurale dans l'arbitrage.....	378
1. La sanction de la fraude origine d'une sentence arbitrale par la juridiction de contrôle	380
2. La sanction de la fraude origine d'une sentence arbitrale par les arbitres eux-mêmes.....	381
a. La position retenue	382
b. Analyse de la position retenue.....	384

TITRE II. LES VARIABLES TENANT AU COMPORTEMENT NON FAUTIF DES PARTIES	389
CHAPITRE I. LA THEORIE DE LA FORCE MAJEURE	390
SECTION I. LA CONSECRATION ET LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE LA FORCE MAJEURE	390
PARAGRAPHE I. LA CONSECRATION DE LA FORCE MAJEURE.....	390
A. La consécration en droit français.....	391
1. Le concept de la force majeure en droit français.....	391
2. Les règles de preuve dans le cas de la force majeure	392
B. La consécration en droit anglais et dans les instruments internationaux du droit uniforme	393
1. La consécration en droit anglais	394
2. La consécration de la force majeure en tant que cause exonératoire d'indemnisation dans les instruments internationaux du droit uniforme	396
PARAGRAPHE II. LES COMPOSANTES JURIDIQUES DE LA FORCE MAJEURE.....	398
A. Les éléments constitutifs de la force majeure	399
1. L'imprévisibilité	399
2. L'irrésistibilité.....	402
3. L'extériorité	405
B. Réflexion sur l'exigence d'une application cumulative des éléments constitutifs de la force majeure.....	407
1. L'adoption d'une application classique dans la jurisprudence arbitrale	407
2. Analyse critique.....	409
SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA FORCE MAJEURE	411
PARAGRAPHE I. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES CONDITIONS DE L'EFFET EXONERATOIRE DE L'INDEMNISATION : INCIDENCE SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE	411
A. L'obligation de notification.....	412
1. L'exigence de la notification en tant que condition de la mise en application des règles de la force majeure	412
2. La valeur internationale de la règle de notification.....	414
B. L'obligation de renégociation du contrat de bonne foi.....	416
PARAGRAPHE II. LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ETABLISSEMENT DE LA FORCE MAJEURE.....	419
A. Effet exonératoire de la force majeure : cause de la non-indemnisation du préjudice par les arbitres	419
B. Les dérogations à l'incidence de l'effet exonératoire de la force majeure	421
1. La suspension du contrat par les arbitres	422
a. La constatation d'une pratique arbitrale constante.....	422

b. La valeur transnationale de la règle de suspension du contrat en cas de force majeure	424
2. Une application restrictive de la force majeure par les arbitres	427
CHAPITRE II. LES CLAUSES CONTRACTUELLES TENANT A LA DETERMINATION DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	432
SECTION I. LA CONSECRATION ET LES FORMES DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE	432
PARAGRAPHE I. LA CONSECRATION DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION.....	432
A. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit français	433
1. L'admissibilité de l'aménagement conventionnel d'indemnisation nonobstant sa contrariété au principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.....	433
2. La portée de l'aménagement conventionnel d'indemnisation.....	435
B. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit anglais et dans les instruments internationaux du droit uniforme.....	438
1. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation en droit anglais	438
2. La consécration du concept de l'aménagement conventionnel d'indemnisation dans les instruments internationaux du droit uniforme	439
PARAGRAPHE II. LES FORMES DES CLAUSES PORTANT SUR L'INDEMNISATION	441
A. Les clauses pénales	442
1. Conception et objectif des clauses pénales	443
a. Conception des clauses pénales.....	443
b. Objectif des clauses pénales : un aspect punitif	444
2. Une portée punitive indéterminée de la clause pénale en droit français	446
B. Les clauses limitatives ou évasives d'indemnisation	448
1. Objectif de la stipulation des clauses limitatives ou évasives d'indemnisation.....	449
2. Le champ d'application des clauses limitatives ou évasives d'indemnisation	451
SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES CONTRACTUELLES PORTANT SUR L'INDEMNISATION DU PREJUDICE.....	452
PARAGRAPHE I. LA MISE EN ŒUVRE EN DROIT INTERNATIONAL	452
A. La règle : la non contradiction des clauses portant sur l'indemnisation avec les normes de droit international	453
B. Les limites à la règle.....	454
1. Les limites incontestablement reconnues en droit international	454
2. Le cas de la faute lourde : une controverse sur sa portée indéterminée	456

a. L'interprétation de la faute lourde	456
b. Vision critique	458
PARAGRAPHE II. LA MISE EN ŒUVRE DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE	460
A. Le principe : le respect des clauses portant sur l'indemnisation par les arbitres internationaux.....	461
1. Une application rigoureuse par les arbitres des clauses portant sur l'indemnisation.....	461
2. La qualification des clauses portant sur l'indemnisation par des arbitres	464
B. Les restrictions envisagées par les arbitres internationaux quant à l'application des clauses portant sur l'indemnisation.....	466
1. L'exigence d'une parfaite connaissance des clauses par chacune des parties contractantes	466
2. Le contrôle effectué par les arbitres internationaux sur les clauses portant sur l'indemnisation.....	468
a. Le pouvoir de l'éviction des clauses limitatives ou élusives d'indemnisation par les arbitres internationaux : le cas de la faute lourde	468
b. Le pouvoir de la modification du montant de l'indemnisation précisé dans les clauses pénales ou limitatives d'indemnisation par les arbitres internationaux.....	470
CONCLUSION GENERALE	476
BIBLIOGRAPHIE.....	485
INDEX ALPHABETIQUE.....	539
TABLE DES MATIERES	543
ANNEXES.....	557

ANNEXES

ANNEXE 1 : Extrait de l'Avant projet de réforme du droit des obligations – Rapport CATALA du 22 septembre 2005, (Sous Titre III – De la responsabilité civile “ Articles 1340 à 1386 ”).

ANNEXE 2 : Extrait de la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 12045 en 2003.

ANNEXE 3 : Extrait de la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 13387 en 2005.

ANNEXE 4 : Extrait de la sentence arbitrale finale CIRDI (version anglaise), Tza Yap Shum c. La République du Pérou, dans l'affaire n° ARB/07/6, rendue le 7 juillet 2011.

ANNEXE 5 : Extrait de la sentence arbitrale finale CIRDI (version anglaise), Vanessa Ventures Ltd c. La République bolivarienne du Venezuela, dans l'affaire n° ARB(AF)/04/6, rendue le 16 janvier 2013.

Résumé

Le recours à l'arbitrage par les opérateurs du commerce international a une finalité très importante, qui est celle de l'indemnisation appropriée et efficiente du préjudice. En vue d'évaluer celle-ci, notre étude adopte une recherche juridique détaillée en matière de réparation pour aboutir à un résultat satisfaisant concernant le principe le plus adapté en tant que cadre commun de l'opération d'évaluation de l'indemnisation du préjudice par les arbitres internationaux, en mettant notamment la lumière sur l'arbitrage *CIRDI* et *CCI*. A cette fin, il était nécessaire de suivre une analyse juridique, tant sur les règles fondamentales que contingentes de l'indemnisation, dans le souci d'avoir une perspective entière du processus de l'évaluation du *quantum* du préjudice. Un passage transversal était ainsi inéluctable sur les règles juridiques relatives à la réparation en droit privé français ainsi qu'en système juridique de *common law*. Au demeurant, un examen sur la codification de ces règles a été suivi dans le cadre des instruments internationaux de droit uniforme. Toutes ces réglementations ont inspiré le droit de l'arbitrage et ont servi comme sources de celui-ci en matière de la réparation. Ces développements nous ont conduits à percevoir que l'indemnisation doit être adéquate, en prenant en compte non seulement les préjudices subis, conformément au principe général de l'indemnisation intégrale, mais aussi tous les intérêts lésés. Sachant que certains préjudices ne sont pas mathématiquement évaluables, une indemnisation arbitraire s'impose dans ce cas. Un nouveau concept d' « indemnisation adéquate » du préjudice pourrait alors, dans l'avenir, s'imposer dans le droit de l'arbitrage international.

Summary

Recourse to arbitration on the part of international business operators has a very important aim, which is the appropriate and efficient indemnisation of prejudice. In order to evaluate this, our study adopts a detailed legal study of reparations to arrive at a satisfactory result concerning the most appropriate principle to be applied as a common framework as a mode of evaluation of the indemnisation of prejudice in international arbitration, focusing the spotlight on ICC and ICSID arbitration. To this end, it is necessary to follow a legal analysis of both the fundamental and contingent rules of indemnisation in order to gain a complete perspective on the process of the evaluation of the quantum of prejudice. Thus an inevitably recurring feature throughout the thesis was the legal rules of compensation in French private law in addition to the common law legal system. Furthermore, a review of these rules' codification has been followed in the context of international uniform law instruments. All these regulations have inspired the arbitration law and served as its sources in reparation matters. These developments have led us to perceive that compensation must be adequate taking into account not only the damages suffered, in accordance with the general principle of full compensation, but also all the interests affected in the knowledge that certain harms are not mathematically evaluable, entailing the necessity in these cases of an arbitrary compensation. Therefore, a new concept of « adequate compensation » for the damage could impose itself in the future in the law of international arbitration.

MOTS-CLES :

Arbitrage international, préjudices, indemnisation adéquate, indemnisation intégrale, règles d'indemnisation, processus d'évaluation des dommages-intérêts, *lex mercatoria*, intérêts lésés, instruments internationaux de droit uniforme, *common law*, *civil law*, droit privé français.

AVANT-PROJET DE REFORME
DU DROIT DES OBLIGATIONS
(Articles 1101 à 1386 du Code civil)
ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION
(Articles 2234 à 2281 du Code civil)

Rapport à Monsieur Pascal Clément
Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice
22 Septembre 2005

Personnes ayant participé à la préparation
de l'avant-projet
(par ordre alphabétique)

- **Pascal ANCEL** – Professeur à l'Université de Saint-Etienne
- **Jean-Luc AUBERT** – Conseiller honoraire à la Cour de cassation. Agrégé des Facultés de droit
- **Laurent AYNES** – Professeur à l'Université de Paris 1
- **Alain BENABENT** – Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Agrégé des Facultés de droit
- **Philippe BRUN** – Professeur à l'Université de Savoie
- **Rémy CABRILLAC** – Professeur à l'Université de Montpellier 1
- **Pierre CATALA** – Professeur émérite de l'Université de Paris 2
- **Gérard CORNU** - Professeur émérite de l'Université de Paris 2
- **Philippe DELEBECQUE** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Jean-Pierre DUMAS** – Président de chambre honoraire à la Cour de cassation
- **Georges DURRY** – Professeur émérite de l'Université Paris 2
- **Jérôme FRANCOIS** – Professeur à l'Université de Paris 5
- **Alain GHOZI** - Professeur à l'Université de Paris 2
- **Jacques GHESTIN** - Professeur émérite de l'Université Paris 1
- **Jean HAUSER** – Professeur à l'Université de Bordeaux 4
- **Jérôme HUET** – Professeur à l'Université de Paris 2
- **Patrice JOURDAIN** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Pierre LECLERCQ** - Conseiller honoraire à la Cour de cassation
- **Hervé LECUYER** – Professeur à l'Université de Paris 2
- **Fabrice LEDUC** – Professeur à l'Université de Tours
- **Yves LEQUETTE** - Professeur à l'Université de Paris 2
- **Laurent LEVENEUR** - Professeur à l'Université de Paris 2
- **Rémy LIBCHABER** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Grégoire LOISEAU** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Philippe MALAURIE** – Professeur émérite de l'Université de Paris 2
- **Philippe MALINVAUD** - Professeur émérite de l'Université de Paris 2
- **Didier MARTIN** - Professeur à l'Université de Paris 11
- **Denis MAZEAUD** - Professeur à l'Université de Paris 2
- **Judith ROCHFELD** - Professeur à l'Université de Paris 11
- **Yves-Marie SERINET** - Professeur à l'Université de Cergy Pontoise
- **Philippe SIMLER** - Professeur à l'Université de Strasbourg 3
- **Philippe STOFFEL-MUNCK** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Hervé SYNDET** - Professeur à l'Université de Paris 2
- **Jean-Jacques TAISNE** – Professeur à l'Université de Lille
- **Geneviève VINEY** - Professeur à l'Université de Paris 1
- **Guillaume WICKER** - Professeur à l'Université de Bordeaux 4

SOUS-TITRE III – DE LA RESPONSABILITE CIVILE (ARTICLES 1340 A 1386)

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

Ce chapitre est particulièrement important car il prend parti sur des questions fondamentales et très controversées :

Il exige un fait illicite ou anormal pour fonder la responsabilité, mais précise que ce fait n'exige pas le discernement.

Il consacre la notion de responsabilité contractuelle ainsi que la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle qu'il écarte cependant en cas de dommage corporel.

Il permet à un tiers au contrat de demander réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle mais soumet alors le tiers aux règles de la responsabilité contractuelle à moins qu'il ne soit en mesure de démontrer l'existence d'un fait susceptible d'engager la responsabilité extra-contractuelle du défendeur. Dans cette dernière hypothèse, le tiers dispose d'un choix entre les deux régimes.

Art. 1340¹⁴ Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer.

De même¹⁵, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.

Art. 1341¹⁶ En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extra-contractuelle.

Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le co-contractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables.

¹⁴ Ce texte, qui se présente comme une annonce des textes ultérieurs, utilise la notion de "fait illicite ou anormal" pour introduire les dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle.

¹⁵ Cette formule vise à marquer l'identité des deux responsabilités en dépit de l'utilisation de deux mots différents (répondre, réparer) pour des raisons de style.

¹⁶ Le groupe a choisi d'intégrer cette disposition après le texte général d'annonce des différents cas de responsabilité plutôt que de modifier la définition de la faute donnée à l'article 1353. Cette solution permet d'éviter de dire que la personne privée de discernement peut commettre une faute. Par ailleurs, elle donne à la responsabilité de l'aliéné (et éventuellement de l'infans) une portée générale valant pour tous les faits générateurs de responsabilité extra-contractuelle et même pour la responsabilité contractuelle.

On remarquera que l'article 1351-1 écarte l'exonération pour faute de la victime lorsque celle-ci est privée de discernement. Les membres du groupe estiment en effet que l'exonération pour faute de la victime est une peine privée qui ne doit, par conséquent, s'appliquer qu'aux personnes conscientes des conséquences de leurs actes.

Art. 1342¹⁷ Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362.

CHAPITRE 2 - DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE

SECTION 1. DISPOSITIONS COMMUNES AUX RESPONSABILITES CONTRACTUELLE ET EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1 – Le préjudice réparable

La définition du préjudice réparable reste assez générale, mais l'allusion à la lésion d'un intérêt collectif paraît utile, notamment pour permettre la réparation du préjudice écologique.

Il semble également souhaitable de consacrer des dispositions spéciales aux dépenses effectuées pour minimiser les conséquences du fait dommageable et à la perte d'une chance.

Art. 1343¹⁸ Est réparable tout préjudice ¹⁹ certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif²⁰.

¹⁷ Ce texte est le résultat de longues réflexions. .../...

Suite à la communication des travaux du groupe 10 sur les effets du contrat à l'égard des tiers, la solution la plus équilibrée a semblé être d'ouvrir par principe aux tiers une action en réparation leur permettant de se prévaloir de l'inexécution du contrat lorsqu'elle leur a causé un préjudice (ce qui est actuellement admis par la Cour de cassation sous l'angle de l'assimilation des fautes), mais en soumettant alors le tiers à toutes les contraintes nées du contrat (clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, clauses de compétence, limite de la prévisibilité du dommage...). Cette solution répondrait à l'argument le plus souvent invoqué contre l'assimilation des fautes (qui, actuellement, permet au tiers à la fois de se fonder sur le contrat, et d'en éluder tous les inconvénients). Elle conduirait également à faire disparaître toutes les controverses et distinctions liées aux chaînes et aux groupes de contrats, ainsi que d'absorber la situation des victimes par ricochet. Cependant, le groupe maintient la possibilité pour le tiers qui souhaite échapper aux contraintes d'un contrat auquel il n'a pas été partie de se fonder sur la responsabilité extra-contractuelle, mais il doit alors prouver toutes les conditions nécessaires à la mise en jeu de cette responsabilité.

¹⁸ Une discussion s'est engagée sur l'opportunité de donner dans le Code une définition du dommage (ou du préjudice) réparable, qui fait actuellement défaut. En dépit de la difficulté de cette définition, le groupe décide de ne pas laisser passer l'occasion.

Le groupe décide, après discussion, de consacrer deux textes à deux points discutés : les dépenses effectuées pour prévenir la réalisation d'un dommage, et la perte d'une chance. En revanche, il n'apparaît pas utile de consacrer un article spécial aux pertes d'exploitation.

¹⁹ Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes "dommage" et "préjudice", le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte.

Art. 1344 Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Art. 1345 Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel²¹.

Lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement²².

Art. 1346 La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

§ 2 - Le lien de causalité

Il paraît illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale. En revanche, l'affirmation de la responsabilité solidaire des membres d'un groupe d'où émane le dommage, lorsque l'auteur n'est pas identifié, semble utile, cette solidarité étant susceptible de s'appliquer dans des circonstances diverses.

Art. 1347 La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.

Art. 1348 Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur²³.

§ 3 – Les causes d'exonération

Le texte consacre la notion de cause étrangère en se contentant d'énumérer les faits d'où elle provient. En revanche, il définit la force majeure en reprenant l'une des formulations mises au point par la Cour de cassation.

²⁰ Le terme "collectif" a été introduit afin de permettre aux tribunaux d'admettre notamment l'indemnisation du préjudice écologique. Cependant le groupe n'a pas pris parti sur le point de savoir qui peut agir en réparation (individus lésés, associations regroupant ceux-ci...). Il a estimé que cette question relève plutôt de la procédure.

²¹ Cette formule est empruntée à certains arrêts de la Cour de cassation.

²² Cette solution, admise par la jurisprudence au profit des victimes séropositives menacées par le SIDA, paraît généralisable.

²³ Ce texte, qui évoque la jurisprudence bien connue sur les accidents de chasse, pourrait apporter une solution dans bien d'autres situations, en particulier en cas de dommages causés par un produit distribué par quelques entreprises, toutes identifiées, lorsqu'on ne peut établir laquelle d'entre elles a vendu le produit même qui est à l'origine des préjudices subis par les victimes.

Les modifications par rapport aux solutions actuelles concernent la faute la victime dont l'effet exonératoire est exclu lorsque l'auteur est privé de discernement et atténué lorsqu'elle subit un dommage corporel. En revanche, il est précisé que la faute intentionnelle de la victime la prive de toute réparation.

Art. 1349 La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers dont le défendeur n'a pas à répondre.

La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées.

Art. 1350 La victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage.

Art. 1351 L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage²⁴. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle²⁵.

Art. 1351-1 Les exonérations prévues aux deux articles précédents ne sont pas applicables aux personnes privées de discernement.

SECTION 2. DISPOSITIONS PROPRES A LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1 – Le fait personnel

Une définition de portée générale de la faute est proposée ainsi qu'une précision concernant la faute de la personne morale qui peut tenir à son organisation ou à son fonctionnement.

Art. 1352 Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé.

Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.

Il n'y a pas de faute lorsque l'auteur se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal²⁶.

²⁴ Des discussions ont eu lieu pour déterminer s'il convient d'écrire "de son propre dommage", ce qui aurait pour effet de condamner l'opposabilité de la faute de la victime initiale aux victimes par ricochet (solution admise par la Cour de cassation qui s'est prononcée sur ce point en assemblée plénière en 1981). La rédaction choisie présente l'avantage de laisser ouverte la possibilité d'une évolution.

²⁵ Cette solution n'est pas admise actuellement en droit positif. C'est une manifestation de faveur à l'égard des victimes de dommages corporels.

²⁶ Définissant les faits justificatifs.

Art. 1353 La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement²⁷.

§ 2 – Le fait des choses²⁸

Ce paragraphe vise à consacrer les solutions jurisprudentielles admises actuellement.

Art. 1354 On est responsable de plein droit²⁹ des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.

Art. 1354-1 Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état.

Art. 1354-2 Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable.

Le propriétaire est présumé gardien.

Art. 1354-3 Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.

Art. 1354-4 Les articles 1354 à 1354-3 sont applicables aux dommages causés par les animaux.

§ 3 – Le fait d'autrui

²⁷ La notion de "défaut d'organisation ou de fonctionnement", couramment admise par les juridictions administratives, paraît utilement transposable en droit privé.

²⁸ Une discussion a eu lieu au sein du groupe au sujet de l'utilité et de l'opportunité du maintien du régime de la responsabilité du fait des choses tel qu'il a été construit par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1384 al.1^{er} du code civil.

Cette construction a perdu une partie de son intérêt depuis la promulgation de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

En outre, aucun autre pays ne connaît un régime semblable et il apparaît, par comparaison avec les droits étrangers, d'une grande sévérité. Certains se demandent donc s'il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un principe de responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses, comme celui qu'admet la jurisprudence administrative. Cette solution rapprocherait le droit français de la plupart des autres droits européens.

Enfin, la majorité s'est prononcée pour le maintien, et la consécration législative, de l'acquis jurisprudentiel.

²⁹ Cette précision est apportée pour indiquer clairement qu'il n'y a pas d'exonération possible pour absence de faute.

La liste de cas de responsabilité pour autrui est assez profondément modifiée par rapport au droit actuel. Les régimes spéciaux de responsabilité de l'artisan pour le fait de ses apprentis et de l'instituteur par le fait de ses élèves sont supprimés.

Les cas retenus se rattachent à deux modèles différents. Certains sont fondés sur le contrôle du mode de vie des mineurs et des majeurs dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière. D'autres visent les personnes qui contrôlent l'activité d'autrui et profitent de celle-ci. Au second modèle sont rattachées non seulement la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé, mais aussi celle des personnes physiques ou morales qui encadrent l'activité des professionnels non préposés et sont intéressées à cette activité.

Ces responsabilités sont strictes. Elles ne sont pas subordonnées à la preuve de la faute du responsable, mais à celle d'un fait qui aurait été susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'auteur direct s'il n'avait pas agi sous le contrôle d'autrui.

La responsabilité personnelle du préposé ne peut être engagée qu'à la condition que la victime ne puisse obtenir réparation ni du commettant ni de son assureur. En revanche celle des professionnels non préposés dont répond autrui demeure soumise au droit commun.

Art. 1355³⁰ On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt³¹.

Cette responsabilité a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360. Elle suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

Art. 1356 Sont responsables des dommages causés par un enfant mineur :

- ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale;
- le tuteur en cas de décès de ceux-ci;
- la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie du mineur. Cette responsabilité peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur³².

Art. 1357 Est responsable des dommages causés par un majeur dont l'état ou la situation ³³ nécessite une surveillance particulière la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie.

³⁰ Cet article est un texte d'annonce des différents cas de responsabilité du fait d'autrui.

³¹ Une hésitation s'est manifestée au sujet du choix entre "profit", "avantage" et "intérêt". Ce dernier terme a été préféré parce que plus neutre que les autres et susceptible d'englober le cas de l'aide bénévole.

³² Cette possibilité de cumul est actuellement écartée par la Cour de cassation. Elle a fait l'objet de discussions au sein du groupe de travail.

³³ L'état désigne une déficience physique ou mentale, tandis que la situation vise, par exemple, le cas de l'incarcération ou du contrôle exercé par une autorité judiciaire ou une personne déléguée par celle-ci.

Art. 1358 Les autres personnes qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute³⁴.

Art. 1359 Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé³⁵.

Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions³⁶. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant³⁷.

Art. 1359-1 Le préposé qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage³⁸.

Art. 1360³⁹ En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les

³⁴ Ce texte vise, par exemple, l'assistance maternelle, le centre de loisirs ou l'école à laquelle un enfant a été confié temporairement par ses parents.

³⁵ Cette définition est plus étroite que celle qui est admise aujourd'hui par la jurisprudence. Cela s'explique par l'existence d'autres cas de "contrôle de l'activité d'autrui" (voir article 1360).

³⁶ Cette formule est celle qu'a utilisée l'assemblée plénière dans son arrêt du 19 mai 1988.

³⁷ Ce texte reprend une jurisprudence bien établie. Il procède de l'idée que si la victime est de mauvaise foi, le commettant doit être exonéré même s'il n'y a pas cumul des trois conditions qui, dans la première phrase, sont constitutives de l'abus de fonctions exonérant le commettant.

³⁸ Cette disposition propose de modifier la solution adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt Costedoat du 25 février 2000. Au lieu d'écarter la responsabilité personnelle du préposé, elle la rend subsidiaire par rapport à celle du commettant.

³⁹ Les hypothèses visées par les deux alinéas de cet article ne sont pas exactement les mêmes :

L'alinéa 1^{er} désigne les "salariés libres", c'est-à-dire ceux qui ne reçoivent pas "d'ordres ni d'instructions" (par exemple le médecin salarié).

L'alinéa 2 vise essentiellement les rapports franchiseurs-franchisés, sociétés mères-filiales (d'où la précision "bien qu'agissant pour son propre compte").

dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires.

§ 4 – Les troubles de voisinage

Le régime construit par la jurisprudence est maintenu. En revanche, son domaine est modifié car il est apparu que la responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages causés aux voisins du maître de l'ouvrage relève d'une autre logique.

Art. 1361 Le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, est de plein droit responsable des conséquences de ce trouble.

§ 5 – Les activités dangereuses ⁴⁰

Cette disposition est innovante. Elle est destinée à doter le droit français d'un régime de responsabilité adapté notamment aux catastrophes industrielles de grande ampleur.

Art. 1362 Sans préjudice de dispositions spéciales⁴¹, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément⁴².

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1.

⁴⁰ On a vu (supra note 15) qu'une discussion a eu lieu au sein du groupe au sujet de l'opportunité de maintenir la responsabilité du fait des choses ou d'adopter un modèle du type "responsabilité du fait des activités dangereuses" connu par beaucoup de droits étrangers. Pour certains, le fait d'avoir opté en faveur du maintien de la responsabilité du fait des choses ne laisserait d'utilité à l'admission d'une responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses que si ce régime est caractérisé par une limitation plus stricte des causes d'exonération (que prévoit l'alinéa 2). Pour d'autres, les dispositions des articles 1354 à 1354-4, d'une part, et 1362, d'autre part, ne s'appliqueraient pas aux mêmes situations : voir, à ce sujet, le rapport introductif, III, 5°.

⁴¹ Il s'agit des textes instituant une responsabilité de plein droit à la charge de certains exploitants, notamment les compagnies aériennes pour les dommages causés au sol par les appareils, les exploitants de téléphériques pour les dommages causés aux tiers, les exploitants de réacteurs nucléaires pour les accidents survenus sur le site, etc...

Le système proposé est très proche de celui qui inspire ces textes particuliers. A terme, on peut donc prévoir que certains d'entre eux pourraient disparaître, absorbés par la disposition générale.

⁴² L'hypothèse visée est celle des dommages de masse, par exemple ceux qui résultent d'un accident industriel comme celui qui a détruit l'usine AZF à Toulouse.

SECTION 3. DISPOSITIONS PROPRES A LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE⁴³

Le fait générateur de la responsabilité contractuelle est l'inexécution qui s'apprécie en fonction de la portée de l'engagement. Un renvoi à l'article 1149 qui définit les obligations de moyens et de résultat est donc apparu nécessaire. Toutefois une autre rédaction de ce texte est proposée afin d'éviter toute redondance⁴⁴.

Le rôle de la mise en demeure est, par ailleurs, précisé.

Après discussion, le refus de la réparation du dommage contractuel imprévisible a été consacré.

Art. 1363 Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution⁴⁵, demander au débiteur réparation de son préjudice sur le fondement des dispositions de la présente section.

Art. 1364 Dans le cas où le débiteur s'oblige à procurer un résultat au sens de l'article 1149, l'inexécution est établie du seul fait que le résultat n'est pas atteint, à moins que le débiteur ne justifie d'une cause étrangère au sens de l'article 1349.

Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s'il n'a pas effectué toutes les diligences nécessaires.

Art. 1365 La réparation du préjudice résultant du retard suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution⁴⁶.

Art. 1366 Sauf dol ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.

⁴³ Sur la place faite à la spécificité de la responsabilité contractuelle, voir le rapport introductif, II et III, 1°.

⁴⁴ Cette rédaction est la suivante :

"L'obligation est de résultat lorsque le débiteur s'engage à atteindre le but défini par le contrat.

L'obligation est de moyens lorsque le débiteur s'engage seulement à fournir les soins et diligences normalement nécessaires à la réalisation de ce but. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent" (Cette dernière phrase est reprise de l'article 1137 actuel du code civil).

⁴⁵ L'inexécution est ici entendue dans un sens général qui englobe l'exécution défectueuse ou tardive.

⁴⁶ La réglementation de la mise en demeure est renvoyée au groupe qui travaille sur l'exécution du contrat.

CHAPITRE III : DES EFFETS DE LA RESPONSABILITE

SECTION 1. PRINCIPES

Art. 1367 La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise.

Cette disposition est destinée à clarifier le droit positif qui, sur ce point, est ambigu.

Art. 1368 La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

La notion de "réparation en nature" est consacrée, y compris en matière contractuelle.

§ 1 – La réparation en nature

Ce paragraphe ne régleme que les mesures de réparation en nature stricto sensu. Celles qui sont prévues par les actuels articles 1143 et 1144 concernent l'exécution et ne relèvent donc pas du titre "De la responsabilité".

Art. 1369 Lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en nature, celle-ci doit être spécifiquement apte à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

Art. 1369-1 Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable.

Le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même ces mesures aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

§ 2 – Les dommages-intérêts

Les principales innovations prévues concernent les dommages-intérêts punitifs qui sont autorisés à certaines conditions (article 1371), la possibilité de réduire l'indemnisation lorsque la victime n'a pas fait preuve d'une diligence suffisante pour réduire le dommage ou en éviter l'aggravation (article 1373) ainsi que l'obligation pour le juge d'évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués (article 1374) et la possibilité qui lui est reconnue, dans des circonstances particulières, d'affecter les dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique (article 1377).

Art. 1370 Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit⁴⁷.

⁴⁷ La réserve des dispositions ou conventions contraires permet de rendre ce texte compatible avec ceux sur la clause d'indemnisation forfaitaire (article 1383) ainsi qu'avec les dispositions légales ou réglementaires

Art. 1371 L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.

Art. 1372 Le juge évalue le préjudice au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

Art. 1373 Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.

Art. 1374 Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision.

Art. 1375 Si la victime établit qu'un chef de préjudice n'a pas fait encore l'objet d'une demande de sa part ou que son dommage s'est aggravé, elle peut obtenir en tout état de cause une réparation complémentaire, le cas échéant par l'introduction d'une action nouvelle.

Art. 1376 L'indemnité peut être allouée au choix du juge sous forme d'un capital ou d'une rente, sous réserve des dispositions de l'article 1379-3.

Art. 1377 Sauf circonstances particulières justifiant l'affectation par le juge des dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique⁴⁸, la victime est libre de disposer comme elle l'entend des sommes qui lui sont allouées.

§ 3 – Incidence de la pluralité de responsables

Les solutions retenues sont très proches de celles qu'admet aujourd'hui la jurisprudence.

Art. 1378 Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement⁴⁹ à réparation.

Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion de la gravité de leurs fautes respectives.

limitant la réparation de certains dommages. Par ailleurs, elle devrait assurer la compatibilité avec l'article suivant concernant les dommages-intérêts punitifs.

⁴⁸ Le texte ne définit pas ces "circonstances particulières". L'un des cas où l'affectation des dommages-intérêts est le plus souvent préconisée est celui des atteintes à l'environnement.

⁴⁹ Il a paru inutile de maintenir la distinction entre obligation in solidum et solidarité.

Si aucun des co-auteurs n'est dans ce cas, ils contribuent tous par parts égales.

Sinon, la contribution est, en fonction de la gravité des fautes respectives, à la charge des seuls co-auteurs dont la faute est prouvée, qu'elle l'ait été par la victime, ou qu'elle le soit seulement à l'occasion d'un recours⁵⁰.

Art. 1378-1⁵¹ Est irrecevable le recours en contribution contre un proche de la victime lorsqu'il n'est pas assuré et que le recours aurait pour effet de priver directement ou indirectement celle-ci, en raison de la communauté de vie qu'elle entretient avec le défendeur au recours, de la réparation à laquelle elle a droit.

Est également irrecevable le recours d'un débiteur d'indemnisation exercé contre la succession de la victime directe ou contre l'assureur de celle-ci.

SECTION 2. REGLES PARTICULIERES A LA REPARATION DE CERTAINES CATEGORIES DE DOMMAGES

§ 1 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique

Les dispositions qui suivent ont pour objet de donner un véritable cadre juridique à l'indemnisation du dommage corporel qui est aujourd'hui à peu près abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. Elles visent à restaurer dans ce domaine à la fois la sécurité juridique, l'égalité entre les justiciables et l'efficacité de la réparation.

Art. 1379 En cas d'atteinte à son intégrité physique, la victime a droit à la réparation de ses préjudices économiques et professionnels correspondant notamment aux dépenses exposées et aux frais futurs, aux pertes de revenus et aux gains manqués, ainsi qu'à la réparation de ses préjudices non économiques et personnels tels que le préjudice fonctionnel⁵², les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice spécifique d'agrément, le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement.

Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économiques consistant en des frais divers et pertes de revenus ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement.

Le juge doit distinguer dans sa décision chacun des préjudices économiques ou personnels qu'il indemnise⁵³.

⁵⁰ Sur ce dernier point, la solution proposée est différente de celle que consacre la jurisprudence actuelle.

⁵¹ Ce texte étend des solutions qui ont été admises par la jurisprudence en matière d'accidents de la circulation.

⁵² On pourrait désigner ce préjudice par d'autres expressions telles que "préjudice physiologique" ou "déficit fonctionnel".

⁵³ Cette énumération des chefs de préjudice est utile, non seulement pour obliger les juges du fond à motiver suffisamment leurs décisions sur la réparation, mais aussi pour permettre l'imputation du recours des tiers payeurs poste par poste, ainsi que le prévoit l'article 1379-6.

Art. 1379-1 L'ampleur du préjudice fonctionnel est déterminée selon le barème d'invalidité établi par décret.

Art. 1379-2 Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable⁵⁴.

Art. 1379-3 L'indemnité due au titre du gain professionnel manqué, de la perte de soutien matériel ou de l'assistance d'une tierce personne se fait, sauf décision contraire spécialement motivée, sous forme de rente indexée. Le juge a la liberté du choix de l'indice⁵⁵.

Le juge peut d'ores et déjà prévoir que la rente sera révisée en cas de diminution ou d'aggravation du dommage, à condition de préciser explicitement la périodicité et les conditions de la révision.

Art. 1379-4 Les tiers payeurs qui ont versé à la victime d'un préjudice résultant d'une atteinte à son intégrité physique les prestations énumérées limitativement ci-après disposent d'un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation ou son assureur par imputation sur les droits de la victime.

Art. 1379-5⁵⁶ Ouvrent droit à recours les prestations suivantes, lorsqu'elles ont un lien direct avec le fait dommageable :

1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale et par ceux qui sont mentionnés aux articles 1106-9, 1234-8 et 1234-20 du code rural ;
2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n°59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'Etat et de certaines autres personnes publiques ;
3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;
4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;
5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les

⁵⁴ Cette question de l'influence des prédispositions de la victime a donné lieu à une jurisprudence très complexe. La formule proposée exprime la position qui paraît adoptée aujourd'hui par la plupart des arrêts.

⁵⁵ Cette disposition devrait entraîner l'abrogation de l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1974 relative à la revalorisation des rentes indemnitaires en matière d'accidents de la circulation.

⁵⁶ Les articles 1379-5 et 1379-6 reproduisent l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 et l'article 131-2 du code des assurances. Ils pourraient être remplacés par un simple renvoi à ces textes (voir, à ce sujet, le rapport introductif, I, 2°), mais le groupe a préféré reproduire ceux-ci pour des raisons de commodité pratique et afin de consacrer la solution donnée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 2003 au sujet des prestations indemnitaires versées par les assureurs de personnes.

institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances.

Art. 1379-6 Lorsqu'il est prévu au contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre la personne tenue à réparation dans la limite du solde disponible après paiement des tiers visés à l'article précédent. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

Dans les contrats d'assurance garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations indemnitaires prévues au contrat. Les prestations sont réputées avoir un caractère indemnitaire, lorsque, même calculées en fonction d'éléments prédéterminés, elles se mesurent au préjudice subi et en dépendent dans leurs modalités de calcul et d'attribution.

Art. 1379-7⁵⁷ Les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste dans la limite de la part d'indemnité mise à la charge du responsable réparant les chefs de préjudices qu'ils ont contribué à indemniser par leurs prestations. Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions si le juge n'a réparé que la perte d'une chance.

Art. 1379-8 Hormis les prestations mentionnées à l'article 1379-5, aucun versement effectué au profit de la victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire, n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation ou son assureur⁵⁸.

Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1379 à 1379-8 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

§ 2 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte aux biens

Ces règles reproduisent des solutions admises par la jurisprudence et généralement approuvées par la doctrine.

Art. 1380 En cas de destruction ou de détérioration d'un bien, la victime a droit, sans déduction au titre de la vétusté, à une indemnité lui permettant le remplacement ou la remise en état du bien. Il n'est pas tenu compte de la plus value éventuellement inhérente à la réparation.

Si toutefois le coût de la réparation est plus élevé que celui du remplacement, la victime ne peut exiger que ce dernier.

⁵⁷ L'adoption de cette disposition entraînerait l'abrogation de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 et la modification des articles 736-1 alinéa 3 et 454-1 alinéa 3 du code de la sécurité sociale.

Il s'agit d'une innovation qui est réclamée par de nombreux auteurs.

⁵⁸ Cette disposition reprend l'article 33 de la loi du 5 juillet 1985.

Art. 1380-1 Lorsque le bien ne peut être ni réparé, ni remplacé, la victime a droit à la valeur de celui-ci dans son état antérieur au dommage, estimée au jour de la décision. Le responsable peut exiger que le bien lui soit remis dans son état actuel. Il en est de même lorsque celui-ci, destiné à la vente, n'est plus en état d'être vendu.

Art. 1380-2 Si, nonobstant les réparations, le bien a perdu une partie de sa valeur, la victime a droit à une indemnité de dépréciation.

Elle a droit, en outre, à l'indemnisation des dommages consécutifs à la privation de jouissance et, le cas échéant, des pertes d'exploitation.

§ 3 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent

Ces règles sont celles qu'énonce l'actuel article 1153. En revanche, celles qui figurent à l'article 1153-1 n'ont pas leur place dans le code civil, mais dans le code de procédure civile.

Art. 1381⁵⁹ L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal.

Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure⁶⁰, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

SECTION 3. LES CONVENTIONS PORTANT SUR LA REPARATION

§ 1 – Conventions excluant ou limitant la réparation

Il est proposé d'autoriser les clauses restrictives de responsabilité en matière extra-contractuelle dès lors que la responsabilité n'est pas fondée sur la faute. En revanche, les différentes limitations que la jurisprudence a introduites ou que la doctrine a proposées pour limiter la validité ou l'efficacité de ces clauses en matière contractuelle sont consacrées.

Des dispositions spéciales ont été prévues afin d'imposer l'acceptation de la clause par la personne qui doit en subir les conséquences.

⁵⁹ Ce texte reprend presque intégralement l'article 1153 actuel. Simplement, dans le dernier alinéa "indépendant du retard" a été remplacé par "supplémentaire" et la réserve, assez mystérieuse, des "règles particulières au commerce et au cautionnement" a été supprimée.

⁶⁰ La définition de la mise en demeure (sommation de payer...) n'est pas reprise. Elle devra être élaborée par le groupe chargé de l'exécution.

Art. 1382 Les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle⁶¹.

Art. 1382-1 Nul ne peut exclure ou limiter la réparation d'un dommage corporel dont il est responsable⁶².

Art. 1382-2 Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles⁶³.

En l'absence de contrepartie réelle, sérieuse et clairement stipulée, un professionnel ne peut exclure ou limiter son obligation de réparer le dommage contractuel causé à un non-professionnel ou consommateur⁶⁴.

Art. 1382-3 En matière contractuelle, la partie à laquelle est opposée une clause excluant ou limitant la réparation doit avoir pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Art. 1382-4 En matière extra-contractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage qu'on a causé par sa faute⁶⁵.

Dans les autres cas, la convention n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait acceptée de manière non équivoque.

§ 2 – Conventions de réparation forfaitaire et clauses pénales

Il a paru inutile de maintenir la distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire ainsi que les dispositions des actuels articles 1226 à 1230, 1232 et 1233 qui ne sont presque jamais appliquées et dont la signification est controversée. En revanche, les deux systèmes de révision judiciaire réglés actuellement par les articles 1152 et 1231 sont maintenus, à l'exception de la faculté de révision à la hausse d'une pénalité manifestement dérisoire qui ne semble guère utilisée.

Art. 1383 Lorsque les parties ont fixé à l'avance la réparation due, le juge peut, même d'office, modérer la sanction convenue si elle est manifestement excessive.

⁶¹ La reconnaissance de la validité des conventions restreignant une responsabilité de nature délictuelle est une innovation importante par rapport au droit actuel. Elle concerne principalement les relations entre voisins ou entre personnes qui exercent une activité en commun sans avoir conclu un contrat de société ou d'association. Cette validité est admise par de nombreux droits étrangers.

⁶² Cette solution n'a pas jusqu'à présent été affirmée explicitement par la jurisprudence, bien qu'elle soit prônée presque unanimement par la doctrine.

⁶³ Ces solutions sont aujourd'hui consacrées par la jurisprudence.

⁶⁴ Cette solution peut paraître nouvelle. En réalité, elle est tout à fait dans la ligne des positions adoptées par la Commission des clauses abusives.

⁶⁵ Cette disposition limite sérieusement la portée du principe posé par l'article 1382.

Le juge dispose du même pouvoir à l'égard des clauses dont l'objet est de contraindre le débiteur contractuel à l'exécution.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la sanction convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

SECTION 4. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

La disposition qui figure aujourd'hui à l'article 2270-1 est reprise à l'exception du mot "extra-contractuelle". Il est donc proposé de soumettre à la même prescription l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité extra-contractuelle.

Art. 1384 Les actions en responsabilité civile se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation, sans égard, en cas de dommage corporel, à la date de la consolidation⁶⁶.

⁶⁶ Cette précision n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a introduit, contrairement au texte, cette référence à la date de consolidation.

CHAPITRE IV - DES PRINCIPAUX REGIMES SPECIAUX DE RESPONSABILITE OU D'INDEMNISATION

SECTION 1. L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS DE LA CIRCULATION

Les dispositions qui suivent sont très proches des articles 1 à 6 de la loi du 5 juillet 1985. Elles s'en séparent cependant sur trois points :

Le conducteur est assimilé aux autres victimes;

Les accidents de chemin de fer et de tramway sont assimilés aux autres accidents dans lesquels un véhicule terrestre à moteur est impliqué;

La disposition concernant spécialement les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées est supprimée, toutes les victimes ne pouvant se voir opposer que leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Art. 1385 Les victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques sont indemnisées des dommages imputables à cet accident par le conducteur ou le gardien du véhicule impliqué, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat.

Ne constitue pas un accident de la circulation celui qui résulte de l'utilisation d'un véhicule immobile et dans une fonction étrangère au déplacement.

En cas d'accident complexe, chaque véhicule intervenu à quelque titre que ce soit dans la survenance de l'accident y est impliqué.

Même lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans un accident, toute victime peut demander réparation à l'un des débiteurs de l'indemnisation, y compris le gardien au conducteur ou le conducteur au gardien⁶⁷.

Art. 1385-1 Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

Art. 1385-2 Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Toutefois, dans le cas visé à l'alinéa précédent, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

Art. 1385-3 La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens ; l'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

⁶⁷ Ces trois derniers alinéas explicitent des solutions que la jurisprudence a dégagées depuis 1985.

Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages causés à son véhicule. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

Art. 1385-4 Les préjudices des victimes par ricochet sont réparés en tenant compte des limitations ou exclusions opposables à la victime directe.

La faute de la victime par ricochet lui est opposable dans les conditions visées aux articles 1385-2 et 1385-3⁶⁸.

Art. 1385-5 Les débiteurs d'indemnisation sont tenus solidairement envers la victime.

Lorsque des tiers sont responsables d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun, ils sont également tenus solidairement.

Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation dispose d'un recours subrogatoire contre d'autres conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués ou contre des tiers responsables de l'accident en vertu du droit commun. De même, le responsable d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun peut exercer un recours subrogatoire contre les conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués dans l'accident.

La contribution à la dette d'indemnisation se règle selon les dispositions des articles 1378 et 1378-1.

SECTION 2. LA RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS DEFECTUEUX

(Articles 1386-1 à 1386-18 actuels du code civil devenant 1386 à 1386-17, les termes "du présent titre", qui figurent dans plusieurs de ces articles, devant être remplacés par "de la présente section").

⁶⁸ Ce texte consacre et étend la jurisprudence qui admet l'opposabilité de la faute de la victime par ricochet conductrice.

Sentence finale rendue dans l'affaire n° 12045 en 2003 (original en langue française).

Droit applicable. — Choix des parties. — Dispositions du contrat. — Directive n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 concernant les agents commerciaux indépendants. — Remise en cause. — Loi belge du 13 avril 1995 sur l'agence commerciale.

Contrat d'agence commerciale. — Résiliation unilatérale avec effet immédiat. — Manquements contractuels graves. — Représentation de produits concurrents. — Obligation de loyauté et de bonne foi. — Principe général du droit commercial international.

La sentence rappelle le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable au fond. À l'argument que le choix de la directive européenne n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 sur l'agence commerciale n'implique pas une élection du droit applicable, le tribunal arbitral répond qu'il est lié par la volonté claire et expresse des parties en l'absence de toute fraude à la loi ou contrariété à l'ordre public international. La loi belge du 13 avril 1995 sur l'agence commerciale n'est pas applicable en l'espèce.

La sentence rappelle également le caractère *a-minima* de la directive de 1986 qui vise seulement certains aspects de la relation d'agence. S'agissant des clauses de non-QJ; concurrence, l'article 20 de la directive de 1986 couvre la question seulement dans le cadre d'une violation post-contractuelle. Cet article ne vise pas les cas où la violation de la clause de non-concurrence a lieu en cours d'exécution du contrat. Dans une telle hypothèse, il incombe au tribunal arbitral de caractériser les faits susceptibles de justifier une résiliation unilatérale avec effet immédiat en tenant compte du principe de bonne foi et de loyauté dans l'exécution du contrat en tant que principe général du droit.

L'arbitre unique siégeant à Paris était appelé à se prononcer sur la validité de la résiliation unilatérale d'un contrat d'agence commerciale conclu en décembre 1995 entre une société demanderesse X (Belgique) (ci-dénommée « l'agent » ou le demandeur) et une société défenderesse Y (Espagne) (ci-dénommée le « commettant » ou le défendeur). Aux termes du contrat qui était conclu pour un an renouvelable par tacite reconduction, l'agent devait promouvoir les ventes au Bénélux des vêtements de prêt-à-porter féminins produits par le commettant.

Le contrat avait été résilié en juillet 1999 par le défendeur avec effet immédiat pour manquement grave de l'agent. Celui-ci avait violé l'article 4 du contrat qui lui interdisait, sauf autorisation préalable écrite du commettant, de représenter, fabriquer ou distribuer directement ou à travers des tiers, des produits qui seraient concurrents à ceux du commettant pendant la durée du contrat.

L'agent avait contesté la validité de la résiliation pour les motifs indiqués devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI aux fins d'obtenir la réparation du préjudice subi. Il avait invoqué à cet effet l'application du droit belge ayant considéré que le fait pour les parties d'avoir stipulé l'application de la directive européenne n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 sur l'agence commerciale (la « directive de 1986 ») n'impliquait nullement une élection du droit applicable.

Le défendeur avait refusé l'application du droit belge au fond en s'appuyant sur l'article 21 du contrat qui excluait l'application des lois nationales au profit des dispositions du contrat et la directive de 1986.

« Tout désaccord dérivé ou en relation avec le présent contrat, sera tranché définitivement, conformément aux dispositions de conciliation et d'arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres nommés, conformément aux dites dispositions. Les arbitres appliqueront les dispositions obligatoires contenues dans la directive CEE 86/653 du 18/12/86. ».

Conformément aux dispositions de l'acte de mission signé par les parties, l'arbitre devait se prononcer sur les règles de droit applicable et sur le manquement contractuel grave allégué par le mandant à l'encontre de son agent.

S'agissant de la question du droit applicable, l'arbitre avait fait prévaloir la volonté claire des parties pour appliquer les dispositions du contrat et, à défaut celles de la directive de 1986. L'arbitre avait rejeté l'application de loi belge, sollicité par le demandeur, dans les termes suivants:

« 47. Les parties, aux termes de l'article 21 du contrat, ont clairement stipulé que les arbitres appliqueront les dispositions du présent contrat et, à défaut, les dispositions obligatoires contenues dans la directive CEE 86/653 du 18 décembre 1986.

48. Le Tribunal Arbitral constate qu'à la date de la signature du contrat, et donc de la clause d'arbitrage qui y trouve incluse, les législateurs belges et espagnols avaient transposé dans leur droit interne, les dispositions de la directive CEE 86/653, par une loi du 13 avril 1995 en Belgique et par une loi du 27 mai 1995 en Espagne.

49. Dès lors, le Tribunal Arbitral considère que les parties, en soumettant leur différend à la loi du contrat et, à défaut, aux dispositions obligatoires dans la directive CEE 86/653, ont souhaité écarter l'application des lois nationales auxquelles ils leur étaient loisible de se référer, si telle avait été leur volonté, préférant dépendre directement des règles de droit proposées par ladite directive.

50. Le Tribunal Arbitral qui puise ses pouvoirs dans la volonté des parties, doit donner le pas à cette volonté, dans la mesure où elle s'est clairement exprimée, notamment sur le choix des règles de droit applicables et dans la mesure où ce choix, comme en l'espèce, n'est pas contraire à l'ordre public international, qu'il permet la résolution du litige, et qu'il n'est pas constitutif d'une fraude à la loi, étant également rappelé qu'un arbitre n'a pas pour mission de sauvegarder les règles d'un for quel qu'il soit.

51. Le Tribunal Arbitral, relève par ailleurs, que l'article 27 de la loi belge du 13 avril 1995 ne stipule pas que celle-ci a vocation à s'appliquer nonobstant les textes internationaux auxquels la Belgique a adhéré, mais que bien au contraire si cet article stipule effectivement que toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges c'est « sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie ».

52. À cet égard, le Tribunal de commerce de Dendermonde — Division de Sint-Niklaas dans son jugement en date du 16 mars 2001, après avoir rappelé les dispositions de la Convention Européenne sur l'Arbitrage International, retient pour se déclarer incompétent, que l'article 27 de la loi sur les contrats d'agence commerciale belge ne déroge pas à l'application des traités internationaux que la Belgique a conclu, et juge d'une part que la directive CEE 86/653 ne s'oppose pas à la possibilité d'arbitrage du litige, et d'autre part que concernant le droit d'application, le législateur belge, ne s'oppose pas à ce que le conflit soit réglé conformément aux dispositions de la directive européenne 86/653. ».

S'agissant du deuxième point en litige, l'arbitre s'était appuyé sur les dispositions du contrat et avait analysé le comportement des parties pour conclure que l'agent avait commis effectivement une faute grave justifiant la résiliation immédiate du contrat par le commettant.

« 72. Conformément à l'article 1 du contrat, le Demandeur a été nommé agent commercial du Défendeur pour promouvoir les ventes au Bénélux de produits de prêt-à-porter féminin.

73. L'article 3 de ce même contrat stipule au titre des obligations du Demandeur que celui-ci s'engage à vendre les produits fabriqués par le Défendeur, en se conformant aux instructions raisonnables du demandeur et à Défendre ses intérêts avec diligence.

74. L'article 4 du contrat stipule une clause de non-concurrence, aux termes de laquelle, sauf accord préalable écrit du Défendeur, le Demandeur s'engage à ne pas représenter, fabriquer ou distribuer, directement ou à travers des tiers, quels qu'ils soient, des produits concurrents du Défendeur pendant la durée du contrat.

75. La lecture de ces articles fait ressortir que les parties, en soumettant à une autorisation préalable écrite du Défendeur, la possibilité pour le Demandeur de représenter des produits concurrents, ont entendu donner un relief tout particulier à l'obligation de non-concurrence durant le contrat, soulignant un des aspects de l'obligation de loyauté et de bonne foi, principe général du droit commercial international, qui doit colorer l'exécution des conventions.

76. Les parties au contrat ont également pris soin de définir à l'article 18 dudit contrat la notion de manquement grave justifiant une résiliation à effet immédiat, en retenant que toute inexécution par un des contractants de tout ou partie de ses obligations, qui cause à l'autre un préjudice, tel que ce dernier est privé de manière substantielle de ce qu'il était en droit d'attendre du présent contrat, sera considéré comme un manquement grave au regard des effets de la présente clause.

77. La combinaison des articles 1, 3, 4, et 18, du contrat, permet de considérer qu'une violation de la clause de non-concurrence stipulée par l'article 4 du contrat, si elle était avérée, constituerait incontestablement un manquement grave au sens de l'article 18 du contrat, puisqu'elle priverait le Défendeur d'une des attentes substantielles du contrat signé, à savoir l'assurance de voir les produits concurrents écartés des gammes de vêtements représentées par le demandeur.

78. Le Demandeur ne conteste d'ailleurs pas le principe suivant lequel la représentation de produits concurrents constituerait bien un manquement grave à ses obligations contractuelles justifiant une résiliation immédiate du contrat.

79. En revanche, le Demandeur conteste formellement que les produits de la marque C dont le Défendeur lui reproche d'avoir accepté la représentation, soient des produits concurrents des produits fabriqués par le Demandeur.

80. Le débat doit dès lors se concentrer autour du point de savoir si les produits de la marque C, que le Demandeur admet avoir distribués, peuvent être regardés ou non comme étant concurrents des produits fabriqués par le Défendeur.

81. Du point de vue juridique, les activités concurrentes sont celles qui satisfont des demandes de produits ou de services, identiques ou proches, c'est-à-dire qui s'adressent à une même clientèle, et qui susceptibles d'être préférés les uns par rapport aux autres, peuvent être considérés comme substituables.

(...)

104. De tout ce qui précède, et après analyse des éléments de fait et de droit, le Tribunal Arbitral considère que le simple fait d'avoir distribué des produits de prêt-à-porter féminins autres que ceux du Défendeur, aurait dû inciter le Demandeur, dans un esprit de loyauté et de bonne foi, et sans délai, à aviser le Défendeur de cette situation.

105. L'argument développé par le Demandeur et consistant à expliquer que de bonne foi il pensait ne pas contrevenir au contrat doit être considéré comme inopérant.

106. En effet, d'une part, les produits sont très proches les uns des autres, et les différences avancées par le Demandeur, pour la plupart inexactes, n'autorisent pas à considérer que la société Z et le Défendeur soient, s'agissant de leurs gammes de produits destinées aux femmes, autre chose que des concurrents.

107. D'autre part, l'attitude du Demandeur lui-même tend à démontrer qu'il avait une claire conscience des difficultés liées à la concurrence (...)

108. À cet égard, le Tribunal Arbitral ne peut retenir l'argument du Demandeur suivant lequel, la production du catalogue du salon (...) par le Défendeur serait la démonstration de la connaissance qu'il avait de la représentation par le Demandeur de la marque C, alors même, ainsi que l'établissent les pièces versées par le Défendeur (...), que le Demandeur lors de la rencontre de [lieu], le 23 juillet 1999, s'employait à distiller des informations contradictoires et erronées sur la réalité de cette représentation, et que le Défendeur indique, sans pouvoir être contredit sur ce point, avoir obtenu le catalogue (...) postérieurement aux déclarations contradictoires et inquiétantes du Demandeur lors de la réunion de [lieu].

109. Le Tribunal Arbitral retient également qu'il est avéré, à travers les attestations versées aux débats par les deux parties, que les produits concernés sont distribués, dans les mêmes magasins, et donc visent par définition une même clientèle fréquentant lesdits magasins, et que les fournisseurs des marques du Défendeur et de la société Z, soit prennent le soin de leur assurer une exclusivité absolue, soit s'emploient à leur fournir des dessins différents et des qualités différentes, afin d'éviter des difficultés précisément liées à la concurrence. (...)

116. Le Tribunal Arbitral considère donc que le Demandeur a manqué à une obligation contractuelle en représentant des produits concurrents de ceux du Défendeur, méconnaissant ainsi les dispositions de l'article 4 du contrat, et que ce manquement est grave au regard de la définition donnée par les parties elles-mêmes de la gravité dans l'article 18 du contrat, justifiant ainsi la résiliation immédiate du contrat par le Défendeur (...).

NOTE. — I. — Conformément à la volonté des parties, les règles de droit applicables en cas de litige étaient celles qui résultaient du contrat, et à défaut les dispositions impératives de la directive européenne n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (*Dir n° 86/653/CEE, 18 déc. 1986: JOCE n° L 382, 31 déc. 1986, p. 17*). L'arbitre devait néanmoins se prononcer sur la question des règles de droit applicables à la requête du demandeur dans le cadre de la réparation de son préjudice. Celui-ci avait sollicité l'application de la loi belge du 13 avril 1995 sur l'agence commerciale (« loi de 1995 ») ayant estimé que la référence à la directive de 1986 n'impliquait nullement une éléction du droit applicable. Elle reflétait simplement la volonté des parties de bénéficier au moins de la protection de la directive en cas de différend. Selon le demandeur, qui exerçait son activité sur le territoire belge, le droit belge était applicable en vertu des dispositions de l'article 27 de la loi de 1995 qui indiquent que « Sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges ». Il avait invoqué également l'article 4 (1) et (2) de la Convention de Rome 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Convention de Rome de 1980 ») pour affirmer l'application du droit belge. Le défendeur avait rejeté l'application du droit belge en se fondant sur la volonté des parties qui avaient « volontairement soumis les différends aux dispositions du contrat "loi INTERPARTES" et aux dispositions obligatoires de la directive précitée (...). À défaut et dans l'hypothèse où l'arbitre estime que la loi belge du contrat d'agence est applicable, éventualité niée par le Défendeur, elle devrait se limiter à compléter, en tant que de besoin, les concepts d'indemnité prévus au contrat et dans la directive ». L'arbitre avait

fait droit à cette argumentation en deux temps. Il avait affirmé tout d'abord la primauté de la volonté des parties qui avaient souhaité écarter l'application des lois nationales en soumettant leur différend à la loi du contrat et aux dispositions impératives de la directive de 1986. Il avait ensuite validé leur choix en l'absence de fraude ou de contrariété à l'ordre public pour conclure à la prééminence de la directive de 1986, l'arbitre n'ayant pas pour mission de sauvegarder les règles d'un *for* quel qu'il soit. Conformément à l'article 27 de la loi de 1995, celle-ci s'applique seulement « *sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie* ». La décision de l'arbitre est correcte et n'appelle pas de commentaires particuliers. Elle est toutefois intéressante car le droit applicable choisi par les parties n'est pas une loi étatique mais une directive européenne qui présente la particularité d'être une directive *a minima*.

Conçue pour remédier à la diversité des textes nationaux, la directive de 1986 a fixé seulement un régime de protection minimale de l'agent sur certains aspects essentiels de la relation d'agence. Elle a laissé une grande liberté aux États membres de la compléter pour renforcer la protection de l'agent lors de sa transposition dans leur législation nationale (V. J.-M. Leloup, *Agents commerciaux — Statuts juridiques — Stratégies professionnelles*, Dehnas 2005, 6 éd., n° 233, p. 34. — C. Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ 2000, n° 259, p. 221. — Th. Steinmann, Ph. Kenel et I. Bilione, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Bruylant, LGDJ, Schulthess 2005, p. 6 et p. 141).

La Belgique qui ne connaissait pas de réglementations particulières en ce domaine a usé de la faculté laissée par la directive de 1986 pour adopter la loi de 1995 accordant ainsi à l'agent commercial un véritable statut protecteur en considération de sa position de faiblesse économique (V. Th. Steinmann et Ph. Kenel, I. Billotte, *op. cit.*, p. 9. — P. Crahay, *La loi relative au contrat d'agence commerciale: résiliation et indemnité d'éviction*, *Revue de droit commercial belge* 1995, p. 825. — P. Kileste, *La loi belge du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale transposant en droit interne la directive européenne 86/653, RDAI/IBLJ* 1995, n° 7, p. 801). À cette occasion, le législateur a affirmé le caractère impératif de la loi de 1995 sauf dispositions expresses contraires (Th. Steinmann, Ph. Kenel et I. Billette, *op. cit.*, p. 10 et le rapport parlementaire, *Sénat*, SE 1991-1992, n° 355-3, p. 14: « *Le ministre confirme une fois de plus que toutes les dispositions ont un caractère impératif, à moins qu'il n'en soit expressément stipulé autrement. Le groupe de travail conclut donc que toutes les dispositions sont de droit impératif sauf celles où il est expressément mentionné que les dérogations sont possibles* »). Le champ d'application de la loi de 1995 étant plus large et plus important que celui de la directive de 1986, le législateur belge a voulu favoriser l'application du droit belge en adoptant l'article 27 qui indique que « *Sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges* ». La formulation est maladroite car l'application impérative du droit belge est faite en réalité « *sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie* ». La loi de 1995 est donc plutôt une loi d'ordre public interne, comme semble le reconnaître d'ailleurs les juges belges eux-mêmes (V. le jugement du 16 mars 2001 du Tribunal de Dendermonde cité par l'arbitre). Elle ne prime pas sur la directive de 1986 qui est assimilable à une loi de police communautaire en raison de l'objectif poursuivi: le renforcement de l'ordre public européen de protection de l'agent.

Le caractère impératif de la directive de 1986 s'impose aux États membres car bien qu'elle laisse aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, elle lie tout État membre destinataire quant aux résultats à atteindre (V. *Traité CE*, art. 249 (3)). Plus généralement, la directive de 1986 s'impose sur tout le territoire de la Communauté européenne. Elle est ainsi opposable à un commettant non communautaire quel que soit le droit applicable au fond dès lors que l'agent commercial « *exerce son activité à l'intérieur de la Communauté* ». L'agent a normalement droit à une

indemnisation à l'issu de la cessation de son contrat par application des dispositions impératives de la directive de 1986 (art. 17 à 19) (V. en ce sens CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc.*: *Ree. CJCE 2000, I, p. 8035*; *Rev. crit. DIP 2001, p. 90, note L. Idot*. — K.J. Hopt, *L'entreprise et le droit européen: Rev. sociétés 2001, p. 301*. — J.-M. Leloup, *op. cit.*, n° 1806, p. 305 — dans un sens inverse, V. *Cass. com.*, 28 nov. 2000, n° 98-11.335, *Allium SA vs Alfin Inc et Groupe Inter Parfums: Juris-Data n° 2000-007123; JCP E 2001, p. 997, note L. Bernardeau; Cah. dr. entr. 2001 n° 2, p. 12, note J. Raynard*). La Cour de cassation française a refusé l'application de la loi du 25 juin 1991 transposant la directive n° 86/653/CEE à un contrat, soumis au droit américain, conclu entre un commettant américain et un agent établi en France et exerçant son activité en Europe et en Israël. Selon la Cour de cassation, « la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1^{er} janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ». La portée de la décision française reste encore à confirmer si on veut bien se rappeler les coïncidences malheureuses des calendriers. L'arrêt *Ingmar* du 9 novembre 2000 était rendu par la Cour de justice entre le délibéré et le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation française. Voir en ce sens les critiques de J.-M. Leloup (*op. cit.*, n° 1806, p. 306) qui a estimé le motif erroné. Selon cet auteur, pour toute l'exécution du contrat sur le territoire de l'Union européenne, le rapport de droit en cause n'était pas dans l'ordre international mais dans l'ordre communautaire et il appartenait à la Cour de cassation d'interpréter la loi nationale conformément au texte et à la finalité de la directive. On devrait alors admettre le droit à indemnité pour la partie du contrat exécutée sur le territoire des États membres et à le rejeter pour le surplus (~~dans un sens opposé, V. J. Eraw, *The Law Applicable to Distribution Agreements in Arbitration and Commercial Distribution: Reports on the Colloquium of CEPANI, November 17, 2005, p. 61*~~).

Les dispositions de la directive de 1986 doivent d'autant plus s'appliquer si elle a été désignée comme droit applicable par les parties. Ce choix est d'ailleurs validé par l'article 3 de la Convention de Rome de 1980 à laquelle la Belgique fait partie et le Règlement d'arbitrage CCI (art. 17). L'agent peut donc décider de bénéficier de la protection minimale préconisée par la directive n° 86/653/CEE en renonçant à la protection plus importante que lui offrirait la loi de 1995 (V. F. Bortolotti, *Le contrat international d'agent commercial dans l'arbitrage de la CCI: Bull. CCI, vol. 12, n° 1, 1^{er} semestre, p. 52 et p. 59* — V. également l'affaire CCI n° 8817 selon laquelle l'application de la directive de 1986 par le tribunal arbitral qui a considéré que les « dispositions communes au Danemark et à l'Espagne, sont celles de la directive (...) » et l'affaire CCI n° 9032 où le tribunal arbitral a affirmé le principe selon lequel « les parties privées restent libres de choisir une directive ». — V. également J.-M. Leloup, *op. cit.*, n° 233, p. 34. — Th. Steinmann, Ph. Kenel et I. Billotte, *op. cit.*, p. 149. — C. Diloy, *op. cit.*, n° 332 et 337, p. 282 et 284. — C. Ferry, *Contrat international d'agent commercial et lois de police: JDI 1993, p. 299*).

De ce qui précède, on peut constater les limites de la directive de 1986. L'harmonisation est partielle au sein des États membres car la réglementation est partielle dans la directive de 1986 elle-même qui, dans certains cas, propose seulement des options. De ce fait, les divergences nationales demeurent en raison des choix laissés aux États membres dans la transposition de la directive de 1986 et en fonction de leur tradition juridique (V. par ex. l'article 17 en matière de compensation financière. — plus généralement, V. C. Diloy, *op. cit.*, n° 268, p. 227).

II. — D'une manière générale, l'agent a pour mission principale de promouvoir les affaires du commettant, de veiller à ses intérêts et de s'abstenir de promouvoir des produits concurrents. La représentation de produits concurrents est une question délicate car le mandant risque de voir son agent donner la préférence à d'autres produits dans le cadre de son activité. Ce risque est d'autant plus important s'il a accordé à son agent le bénéfice

d'une exclusivité territoriale. Comme indiqué par J.-M. Leloup dans son ouvrage (*op. cit.*, n° 312, p. 46), « Le fait de concurrence est précisément délicat à cerner: l'identité physique des produits peut s'effacer devant les différences de prix, de présentation et de mise en marché. Il en résulte des appréciations délicates et changeantes ». C'était précisément le problème posé à l'arbitre. Le demandeur avait estimé que les produits vestimentaires de la marque C étaient différents de ceux fabriqués par son commettant compte tenu de leur style, de la coupe, des couleurs, du prix et de la clientèle. Le défendeur, quant à lui, avait fait valoir que les deux produits étaient bien des produits concurrents. Il s'agissait de types de vêtements très similaires, qui couvraient la même partie du marché et dirigés vers une clientèle de femmes qui s'identifiaient aux deux produits.

L'arbitre avait analysé minutieusement les éléments de fait et de droit pour reconnaître le manquement du demandeur et valider la résiliation faite par le défendeur. Sur le plan matériel, l'arbitre s'était fondé sur les attestations des deux parties, les catalogues, et en particulier sur un tableau comparatif des produits visés établi par un expert pour conclure que « les produits concernés sont distribués, dans les mêmes magasins, et donc visent pas définition une même clientèle fréquentant lesdits magasins, et que les fournisseurs des marques du défendeur et de la société C prennent le soin de leur assurer une exclusivité absolue, soit s'emploient à leur fournir des dessins différents et des qualités différentes, afin d'éviter des difficultés précisément liées à la concurrence ». L'effort fait par l'arbitre de rechercher si les produits matériellement étaient ou non concurrents mérite d'être souligné car son approche s'aligne sur la conception restrictive adoptée par la jurisprudence, notamment française, donnant ainsi une base légale à sa décision (sur la nécessité de comparer les produits concurrents, V. par ex. *Cass. com.*, 6 juill. 1982: <http://www.legifrance.gouv.fr>: « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les blocs portes coupe-feu des établissements Placal pouvait être assimilés aux blocs portes équipés d'une porte coupe-feu fabriqués par la Sami, alors qu'elle avait relevé que la société Métalbois ne pouvait, sans accord de son mandant, commercialiser pour le compte de tiers des produits similaires du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » — V. également *Cass. com.*, 16 mars 1993, n° 91-11.194: *Juris-Data* n° 1993-000495; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 109, p. 75).

Toute faute du mandataire ne justifiant pas une résiliation du contrat, l'arbitre avait pris soin de s'appuyer sur les dispositions contractuelles et de rappeler la nécessité d'un comportement loyal des parties lors de l'exécution des contrats. En l'espèce, les parties avaient précisé dans leur contrat plusieurs points importants: le champ d'activité de l'agent (la distribution de produits de prêt-à-porter au Bénélux, article 1), ses obligations (l'engagement de vendre les produits fabriqués selon les instructions du commettant, article 3), le respect de la clause de non-concurrence, sauf dérogation expresse acceptée par le commettant (article 4), et la sanction de la faute grave (résiliation à effet immédiat, article 18). De ce fait, l'arbitre avait pu constater que « La combinaison des articles 1, 3, 4, et 18, du contrat, permet de considérer qu'une violation de la clause de non-concurrence stipulée par l'article 4 du contrat, si elle était avérée, constituerait incontestablement un manquement grave au sens de l'article 18 du contrat, puisqu'elle priverait le défendeur d'une des attentes substantielles du contrat signé, à savoir l'assurance de voir les produits concurrents écartés des gammes de vêtements représentées par le demandeur (...) le simple fait d'avoir distribué des produits de prêt-à-porter féminins autres que ceux du défendeur, aurait dû inciter le demandeur, dans un esprit de loyauté et de bonne foi, et sans délai, à aviser le défendeur de cette situation (...) ».

La précision contractuelle faite par les parties est particulièrement utile à plusieurs égards. Elle comble le silence de la directive de 1986 sur les clauses de non-concurrence « pendant » la durée du contrat. L'article 20 de la directive de 1986 vise uniquement les clauses de non-concurrence « après » la cessation du contrat contrairement à certaines législations nationales qui interdisent expressément l'exercice par l'agent d'activités concurrentes pendant la durée du contrat (V. notamment l'article 3 de la loi française de 1991,

l'article 1743 du Code civil italien, l'article 4 du décret-loi portugais du 3 juillet 1986). Même en l'absence d'une interdiction contractuelle expresse, on peut toutefois soutenir raisonnablement que l'agent est tenu d'une obligation de loyauté ou de bonne foi vis-à-vis du commettant en raison des intérêts qui les lient. En effet, le fait pour un agent de nouer des relations avec un concurrent du commettant risque de créer une confusion pour la clientèle à propos des deux marques concurrentes. L'article 3 (1) de la directive de 1986 rappelle d'ailleurs que « l'agent commercial, doit, dans l'exercice de ses activités, veiller aux intérêts du commettant et agir loyalement et de bonne foi ». Affirmé au niveau européen, le principe de bonne foi ou de coopération est également reconnu dans la pratique arbitrale en tant que principe général du commerce international (*V. les nombreuses références citées dans l'affaire CCI n° 6673 (1992) in Recueil des sentences arbitrales de la CCI de 1991-1995, vol. III: Kluwer/ICC n° 533, p. 434, note D. H. — Th. Steinmann, Ph. Kenel et I. Bilhite, op. cit., p. 228. — C. Diloy, op. cit., n° 90, p. 85. — plus généralement V. S. Jarvin, L'Obligation de coopérer de bonne foi in L'apport de la jurisprudence arbitrale: ICC 1986, n° 1434, p. 168. — C. Truong, Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales-CCI: Litec, 2002, n° 279, p. 238*). L'arbitre a fort justement sanctionné le comportement déloyal du demandeur qui n'avait pas hésité à distiller des informations contradictoires et erronées en cours d'exécution du contrat (*V. notamment Cass. com., 30 nov. 2004, n° 02-17.414, Sté Sorimer vs Sté Condensa conducciones y derivados: Juris-Data n° 2004-025988. — Cass. com., 22 janv. 2002, n° 99-14.150, GmbH Bultel Bekleidungswerke vs M. Marc Malka. — Cass. com., 16 oct. 2001, n° 99-11.932, Sté Rifobois vs Sté Belipa: RJDA 2002, n° 149*).

S. J.
C. T.-N.

I. – Contrats de distribution – Droit français – Résiliation – Conditions de Bonne foi
II. – Contrat de Distribution – Résiliation illicite – Effet
III. – Dommages – Quantification – *Damnum emergens et lucrum cessans* – « Gross Profit »
IV. – Procédure arbitrale – Frais de l'arbitrage

Sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 13387 en 2005 (original en langue anglaise)

Un Tribunal arbitral se prononce sur la résiliation d'un contrat de distribution et, la jugeant fautive, sur la réparation du dommage souffert par le distributeur.

Un tribunal arbitral de trois membres, siégeant à Paris, était saisi d'un litige opposant une société chypriote [X] à une société française [Y] et résultant de la résiliation par la seconde du contrat de distribution exclusive la liant à la première.

Aux termes de ce contrat, [X] était le distributeur exclusif des produits de [Y] sur le territoire chypriote et s'interdisait d'y distribuer des produits identiques ou similaires. Le contrat, conclu depuis plus de 9 ans au moment de la résiliation, était d'une durée d'un an tacitement reconductible par période d'une année sauf dénonciation donnée au moins 3 mois avant la date d'échéance. Le contrat était soumis au droit français.

Reprochant à [X] d'avoir renouvelé en 2004, aux frais de [X], une campagne promotionnelle initialement décidée d'un commun accord par les parties pour l'année 2003 mais qu'elle lui avait donné instruction de ne pas poursuivre, [Y] lui a notifié qu'elle résiliait le contrat avec un préavis de quelques jours. [X] considérait pour sa part qu'elle avait reçu l'accord de [Y] et lui avait vainement demandé de revenir sur la résiliation avant de lui notifier formellement une demande d'indemnisation pour résiliation anticipée.

Devant le tribunal arbitral [X] soutenait que la résiliation soudaine, sans préavis, du contrat violait l'article L. 442.6.5° du Code de commerce et qu'au regard de la durée de la relation des parties – environ dix ans – un préavis d'au moins douze mois aurait dû lui être consenti. Elle ajoutait que [Y] lui avait donné préalablement son accord pour poursuivre la campagne à ses frais par e-mail et qu'en tout état de cause, la résiliation n'était pas conforme à l'article 14.1 du contrat qui n'autorisait la résiliation que dans l'hypothèse suivante : « any failure of the Distributor to perform its obligations thereunder which failure persists for thirty (30) days after written notice of it by [Y] », puisqu'elle n'avait reçu aucune mise en demeure. En outre [Y] aurait résilié de mauvaise foi, invoquant un motif futile mais en fait parce qu'elle était en cours de négociation avec un autre distributeur, alors que [X] avait toute raison de penser que son contrat serait renouvelé pour un an.

Contestant le sens donné par [X] à son e-mail [Y] soutenait qu'il avait pour seul objet d'autoriser le prolongement de la campagne précédente de quelques mois, aux frais de [X], pas son renouvellement. Selon [X], il ne pouvait être

interprété par [X] en ce sens alors qu'elle lui avait clairement fait savoir et ce à plusieurs reprises qu'elle s'opposait à ce qu'une nouvelle campagne soit lancée. Son renouvellement violait donc les dispositions contractuelles relatives à l'approbation en commun de la politique marketing et à la prohibition de l'usage par [X] des marques et autres droits de propriété intellectuelle de [Y] sans son accord préalable écrit. Il constituait donc une faute grave exemptant du délai de prévenance contractuel de trente jours. Au demeurant, [X] connaissant depuis longtemps la position de [Y], son refus de s'y soumettre avait duré plus de trente jours.

Dans un premier temps de sa décision, le tribunal arbitral se penche sur la validité de la résiliation dans les termes suivants :

« Le Tribunal arbitral est d'avis qu'au préalable, il doit statuer sur la licéité de la résiliation de la Convention. Le caractère soudain de la résiliation ne justifie une demande à part entière que si la résiliation est jugée légitime. [X] a implicitement admis une telle analyse, en incluant des dommages-intérêts pour résiliation soudaine dans sa demande de dommages-intérêts au titre de la résiliation abusive du contrat (...).

La Convention de Distribution est un contrat d'un an, renouvelable automatiquement pour une période de douze mois, à moins que les parties aient manifesté leur intention de ne pas renouveler la Convention, quatre-vingt-dix jours avant la date de résiliation (le 31 décembre de chaque année) (art. 13). De plus, cette Convention peut être résiliée plus tôt par [Y] dans certaines circonstances, parmi lesquelles :

any failure of the Distributor to perform its obligations thereunder which failure persists for thirty (30) days after written notice of it by [X]. Dans [la lettre de résiliation], [Y] a invoqué la violation par [X] de l'article 12-2 et 8-1 de la Convention de Distribution, en lançant une campagne promotionnelle le 1^{er} avril 2004, contrairement à la politique des ventes et de marketing de [Y] (qui avait été portée à la connaissance de [X] à plusieurs reprises) et sans l'approbation préalable de [Y].

Les parties ont discuté en détail le caractère matériel d'une telle infraction. [X] a prétendu qu'il avait été autorisé à monter une telle campagne à ses propres coûts et se base sur le message électronique, envoyé par [A], un représentant de [Y] à [B], le responsable de l'agence de publicité en charge de la campagne, en réponse à un e-mail de la même date mais envoyé plus tôt.

Selon le Tribunal, il est parfaitement possible que [X] ait compris le message de [A] comme un accord pour engager une nouvelle campagne de promotion, financée par [X], bien que [Y], en la personne de [A], n'ait pas réellement l'intention d'approuver une telle campagne. Mais, ayant à faire à une prétendue inexécution de la convention par [X], le tribunal considère que les termes du message de [A], le fait qu'il ait été envoyé peu de temps après le message de [B] demandant une réponse rapide, le fait qu'un accord ait été donné à l'agence de publicité en charge de la campagne, et le fait qu'il traitait de la question du financement de la campagne pouvait raisonnablement laisser penser à [X] que [Y] approuvait la poursuite de la campagne de promotion. Dans ce contexte, [X] était en droit d'interpréter ce message comme un accord de la nouvelle campagne de promotion ; et elle a pu le faire de bonne foi.

Le tribunal arrive aussi à cette conclusion en se fondant sur le comportement de [A] lorsqu'il a découvert que la campagne a été mise en place. À l'audience, [A] a expliqué qu'il avait découvert cette prétendue inexécution manifeste de la

convention durant sa visite à Chypre début avril 2004, ..., et qu'il avait soulevé avec les représentants de [X] la question de savoir pourquoi la campagne avait été mise en place alors qu'elle n'avait pas été approuvée par [Y].

Il n'a, cependant, pas indiqué oralement ou par écrit à [C], représentant de [X], que [Y] considérait que [X] violait la Convention en poursuivant la campagne promotionnelle. La seule et première réaction de [Y] est la lettre de résiliation du 3 mai 2004. Ainsi, [Y] n'a pas permis des échanges de bonne foi qui doivent intervenir entre les parties afin de résoudre ce malentendu.

De plus, le comportement de [Y] est en violation directe avec l'article 14.1.(b) de la Convention. Rien n'empêchait [Y] d'envoyer une note à [X] lui demandant de mettre immédiatement fin à la campagne de promotion et lui notifiant la résiliation de la Convention au cas où la prétendue inexécution se poursuivrait au-delà de trente jours.

Il est vrai que dans le système juridique français, il a été établi, sur le fondement de l'article 1145 du Code civil, qu'un préavis n'est pas nécessaire quand le débiteur est en violation d'une obligation de ne pas faire – en opposition à une obligation de faire. Mais cette règle n'est pas impérative. Elle ne s'applique pas au vu de la disposition contractuelle claire de l'article 14.1.(b) de la Convention, selon laquelle chaque manquement à l'exécution d'une obligation ne peut être invoqué comme motif de résiliation anticipée que si elle perdure au-delà de trente jours après notification écrite du manquement à l'exécution par [Y].

Le tribunal arbitral conclut que [Y] n'était pas en droit de résilier prématurément la Convention en vertu de l'article 14 de celle-ci.

[Y] compte alternativement sur le droit pour le créancier de résilier unilatéralement un contrat, à ses propres risques, du fait d'un comportement grave de la part du débiteur. Il est vrai qu'en droit français, ce droit a largement été reconnu par les tribunaux, en plus des dispositions contractuelles (clauses de résiliation). Mais le tribunal arbitral est d'avis, au vu des circonstances décrites supra (...), que le comportement de [X] ne peut être qualifié de « comportement grave », en violation des devoirs fondamentaux d'une partie à la Convention de Distribution.

[...]

Le tribunal arbitral est parvenu à la conclusion que la résiliation de la convention par [Y], devenue effective le (...), est illicite ».

Ayant conclu à l'illicéité de la résiliation, le tribunal arbitral décide que « [Y] devrait être condamné à indemniser le dommage souffert par [X] du fait de la résiliation anticipée du contrat, y inclus les dommages nés de sa résiliation brutale, sans préavis suffisant ».

Il écarte l'application d'une clause stipulant que « upon termination or expiration of this Agreement, for whatever reason neither party shall be liable for compensation or consequential damages of any kind... » au motif suivant :

« Le tribunal arbitral est d'avis que cette disposition fait uniquement référence à une résiliation licite fondée sur les articles 13-2 (a) ou 14 de la Convention. Elle ne s'applique pas à une résiliation illicite, comme en l'espèce. Le tribunal arbitral est conduit à cette conclusion par les principes d'interprétation des contrats en droit français, particulièrement le principe d'interprétation pro validitatem (art. 1157 du Code civil) : au cas où les dispositions de l'article 15, en particulier les mots « quelqu'en soit la raison », se réfèreraient aussi à une résiliation illicite, cette clause devrait être qualifiée de clause de non-responsabilité, qui ne s'applique pas en cas de faute lourde. Le tribunal arbitral est d'avis que le comportement de [Y], dans sa lettre du 3 mai 2004 est de cette nature ».

Quant au quantum, [X] soutenait que par application de l'article L. 442.6.5 du Code de commerce, [Y] ne pouvait résilier le contrat sans respecter un préavis minimum d'un an, et cela indépendamment du préavis contractuel de trois mois stipulé au contrat. Si [Y] avait notifié sa décision de ne pas renouveler le contrat à son échéance, au lieu de le résilier à tort, il aurait donc pris fin un an après ladite échéance. Elle demandait une somme équivalente en bénéfice brut (« gross profit ») qu'elle aurait réalisée jusqu'à cette date, plus le remboursement du coût de la campagne promotionnelle, le remboursement des frais de voyage de ses représentants liés à la résiliation et une indemnité pour atteinte à son image.

[Y] répondait qu'un préavis de trois mois, pour un contrat annuel, est conforme aux exigences de l'article L. 442.6.5°. Elle ajoutait qu'en admettant que la résiliation d'avril était infondée et n'avait pas d'effet immédiat, le contrat devrait prendre fin au plus tard à son échéance, le 31 décembre. Elle contestait également l'évaluation du dommage de [X] sur la base de son bénéfice brut, sans en déduire les charges supportées par [X] dans le cadre de ses opérations commerciales normales ainsi que le calcul de la marge commerciale retenue par les experts de [X]. Elle soutenait par ailleurs que les autres demandes de [X] n'étaient pas établies.

Le tribunal arbitral tranche dans les termes suivants :

« Conformément aux déterminations du tribunal, [X] doit dédommager [Y] pour les dommages subis par la résiliation illicite de la convention par [Y]. Conformément à l'article 1149 du Code civil, les dommages sont calculés sur la base des bénéfices dont il a été privé (« *lucrum cessans* ») et des pertes subies (« *damnum emergens* ») en conséquence directe de la résiliation de la Convention. Sur le premier point, le tribunal doit déterminer quels auraient été les bénéfices de [X] si la Convention n'avait pas été résiliée à tort par [Y]. La première question concerne la durée habituelle de la Convention. Selon l'article 13 de la Convention de Distribution, le contrat aurait pu ne pas être renouvelé après le 31 décembre 2004. Contrairement à ce que prétend [X], le tribunal est d'avis que [X] ne pouvait compter sur la promesse de [Y] de renouveler le contrat après le 31 décembre 2004, le fait que le contrat a été à maintes reprises renouvelé par le passé, et la satisfaction présumée de [Y], ne sont pas des raisons suffisantes pour appuyer cette croyance. [X] affirme que le préavis de 3 mois stipulé à l'article 13.2.(a) de la Convention n'est pas conforme avec l'article L. 442-6-5° du Code de Commerce, une disposition obligatoire qui devrait s'appliquer en dépit des dispositions contractuelles. Mais le tribunal observe que [Y] ne se fondait pas sur l'article 13.2.(a). L'argument de [X] n'est pas pertinent pour la résolution du litige. Le tribunal est d'avis, au vu de la notification de résiliation adressée par [Y] le 3 mai 2004, que [X] n'était pas en droit de renouveler le contrat après le 31 décembre 2004. Cette notification, bien qu'illicite pour une résiliation immédiate, est néanmoins valide pour notifier l'intention de ne pas renouveler la Convention à la date d'expiration de la période en cours, i.e. le 31 décembre 2004. Un préavis de sept mois et demi est conforme aux exigences de l'article L. 442-6-5° du Code de commerce. Aussi, le tribunal arbitral décide que [X] est autorisé à demander les bénéfices qu'elle aurait réalisés en exécutant la Convention du 14 mai au 31 décembre 2004.

Ces bénéfices sont égaux au bénéfice brut du Distributeur en cas d'exécution de la Convention de Distribution. Le tribunal arbitral est d'avis que, afin de calculer le bénéfice brut qu'un distributeur aurait pu réaliser si le contrat n'avait pas été résilié, il faut se référer au bénéfice moyen brut sur 2 ans avant la résiliation ».

Invoquant ses résultats en croissance au moment de la résiliation, [X] soutenait cependant que sa marge annuelle aurait été nettement supérieure à celle réalisée les années précédentes.

Estimant que [X] ne prouvait pas que ces bons résultats perdureraient tout au long de l'année, le tribunal refuse de se fonder uniquement sur la marge prévisionnelle de l'année de résiliation mais en tient néanmoins compte en calculant la marge commerciale mensuelle de [X] comme la moyenne de sa marge sur les deux ans précédant la résiliation, plus sa marge prévisionnelle l'année de la résiliation. Il condamne [Y] à lui payer une indemnité égale à cette moyenne mensuelle sur les sept mois et demi courant depuis la résiliation effective jusqu'à l'échéance du contrat.

Il rejette la demande tendant au remboursement de la campagne promotionnelle, [X] étant indemnisé sur la base de sa marge brute et ayant accepté de financer la campagne. Il rejette également la demande relative à l'atteinte de l'image commerciale dont il juge qu'elle n'est pas établie.

Enfin, le tribunal condamne [Y] à rembourser à [X] les frais de voyage de ses représentants liés à la résiliation ainsi que l'intégralité de ses frais de conseil dans la procédure arbitrale dont il écrit qu'ils sont « la conséquence directe de la résiliation du contrat par [Y] ». Il en va de même des frais d'arbitrage ; le tribunal estime cependant que leur montant dépend pour une part de celui des demandes de [X] qu'il a jugées partiellement excessives. Il n'en met donc que deux tiers à la charge de [Y] et le solde à celle de [X].

NOTE. — I. — Dans la présente sentence, le tribunal arbitral décide que la résiliation d'un contrat de distribution est illicite après une analyse minutieuse des faits de l'espèce qui ne peut qu'être approuvée. Le tribunal constate en effet non seulement que les circonstances factuelles invoquées par le fournisseur le renouvellement par le distributeur d'une campagne promotionnelle en dépit de son opposition ne sont pas établies de manière définitive, le distributeur pouvant avoir mal interprété sa position, mais encore que le fournisseur, lorsqu'il a découvert cette prétendue faute contractuelle, n'a pas pris les mesures nécessaires pour tenter de résoudre les difficultés en engageant une discussion de bonne foi avec le distributeur. Implicitement, ce que le tribunal reproche au fournisseur est donc de ne pas s'être concerté avec le distributeur quand il a constaté le désaccord qui les opposait. L'existence d'une obligation de coopération ou de concertation de bonne foi n'est pas nouvelle dans l'arbitrage commercial international. (à titre d'exemple, V. Sentence CCI n° 11776, JDI 2006, p. 1460, note Y. Derains) et se rapproche de l'exigence d'exécution de bonne foi de ses obligations (Sentence n° 6317, JDI 2003, p. 1156, note S. Jarvin).

II. — Pour autant, la résiliation, si elle est illicite, n'est pas sans effet. Simplement, elle prend effet à la date d'échéance contractuelle et non à la date

pour laquelle elle a été notifiée, sous réserve que le préavis ainsi donné au cocontractant soit suffisant au regard de l'article L. 442-6-5° qui dispose qu'est engagée la responsabilité du commerçant qui rompt « *brutalement... une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale...* ». En l'espèce, un préavis de sept mois pour une relation contractuelle s'étant prolongée sur une période de neuf ans apparaît suffisant au tribunal arbitral.

III. — Le tribunal rappelle que le dommage indemnisé consiste dans les gains dont le créancier a été privé et dans sa perte de profits. Il se fonde sur l'article 1149 du Code civil, le droit français étant applicable au contrat litigieux. La solution — qui repose sur le principe de réparation intégrale des dommages — est traditionnelle (V. sur la question J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international* : *Dalloz* 2001, p. 61 et s.) et trouve de nombreuses applications dans l'arbitrage commercial international, notamment sur le fondement des Principes UNIDROIT (*Sentence rendue dans l'affaire n° 11849* : *Yearbook Commercial Arbitration XXXII* (2007), p. 60. — *Sentence rendue dans l'affaire n° 10422* : *JDI* 2003, p. 1142, note E. Jolivet) aussi bien que dans l'arbitrage d'investissements (*Sentence CIRDI Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie*, 20 nov. 1984 : *JDI* 1987, p. 145, obs. E. Gaillard).

Le principe n'est toutefois pas d'ordre public et les tribunaux arbitraux n'hésitent pas à faire application des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité que les parties peuvent avoir insérées dans leurs contrats (V. *Sentence dans l'affaire n° 7139 rendue en 1995* : *JDI* 2004, p. 1272, note Y. Derains et B. Derains et la jurisprudence arbitrale citée). Il est donc intéressant que le tribunal arbitral, dans la présente affaire, refuse de faire application d'une clause stipulant que « *upon termination... of this Agreement, for whatever reason neither party shall be liable for compensation or consequential damages of any kind* ». En effet, exonérer le fournisseur de toute responsabilité en l'espèce, alors qu'il pouvait sauver le contrat en exigeant l'arrêt de la campagne litigieuse, serait revenu à admettre qu'il puisse mettre fin au contrat à tout moment et aurait retiré toute portée au choix des parties de s'engager dans ce contrat à durée indéterminée, rendant l'obligation du fournisseur simplement potestative. Le raisonnement par lequel le tribunal y parvient semble cependant discutable. Il rappelle que les clauses de non responsabilité sont écartées en cas de faute lourde. La solution ne fait aucun doute en droit français qui assimile à cet égard la faute lourde à la faute dolosive (F. Terré, Ph. Simler et Y. Léquette, *Droit civil, les obligations* : *Dalloz* 2009, § 615) et trouve un écho dans certaines sentences commerciales internationales (*Sentence n° 7139 rendue dans l'affaire précitée*). Le tribunal ajoute que la résiliation abusive du Contrat constitue en l'espèce une faute lourde. Toutefois, on peut regretter qu'il ne motive pas cette qualification. Il est vrai qu'il n'était pas nécessaire de le faire puisque le tribunal n'écarte pas la clause parce qu'elle serait inapplicable en présence d'une faute lourde mais au moyen d'une interprétation de la volonté des parties : la clause ne viserait que les résiliations justifiées du contrat parce qu'à défaut elle serait nulle puisque susceptible d'exonérer le fournisseur en cas de faute lourde. Mais on peut se

proportion où la sentence donne raison à la partie adverse ») et même parfois à l'écartier simplement (Sentence rendue dans l'affaire n° 12551 : JDI 2007, p. 1301 note B. Derains ; où le tribunal arbitral, après avoir noté qu'une partie « n'ayant pas gain de cause, il n'eut pas été inhabituel de mettre tout ou la majorité [des frais de l'arbitrage] à sa charge », condamne son adversaire au paiement de l'intégralité de ces frais en raison de son comportement lors de la naissance du litige).

La présente sentence se range manifestement dans cette catégorie, avec cependant une double originalité. Alors qu'il est courant, sans pour autant qu'une règle puisse être établie, que les arbitres répartissent les frais de l'arbitrage en fonction des sommes allouées et non refusées à chaque partie, le tribunal arbitral se fonde sur la responsabilité de la défenderesse dans la naissance du litige et la condamne à indemniser la demanderesse à hauteur de ses frais d'avocat. Il est d'ailleurs remarquable qu'il traite la question avec celle des dommages-intérêts et non pas dans le cadre de la répartition des frais d'arbitrage. Quant à ces derniers (qu'il limite aux frais administratifs et honoraires des arbitres), le tribunal arbitral les répartit entre les parties, à hauteur de deux tiers seulement pour la partie qui succombe, au motif que la demanderesse n'a pas obtenu le plein de ses demandes. Cette solution apparaît en effet équitable dès lors que ces coûts augmentent avec le montant des demandes des parties.

laudit el sup bleqst mmmmpdft res li agendv b zist xua n... B, D.

Mots-Clés : Arbitrage international - Chambre de commerce internationale - Contrats de distribution



International Arbitration Case Law

Directors: Ignacio Torterola

Loukas Mistelis

TZA YAP SHUM V. REPUBLIC OF PERU (ICSID CASE NO. ARB/07/6) AWARD

Case Report by Kenneth Juan Figueroa*
Not Yet Edited

Final Award on Merits rendered on 7 July 2011, under the Agreement between the Government of the Republic of Peru and the Government of the People's Republic of China for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment (the "BIT") and in accordance with the ICSID Convention.

Tribunal: Judd Kessler (President), Hernando Otero, and Prof. Juan Fernández-Armesto.

Claimant's counsel: Orlando Siu, Carlos Paitán and Christian Carbajal of Estudio Paitán y Abogados.

Defendant's Counsel: Carlos Valderrama of the Ministry of Economy and Finance of Peru and Louis B. Kimmelman, Stephen Jagusch, Nicole R. Duclos, and Anthony Sinclair of Allen & Overy LLP.

* Kenneth Juan Figueroa is a senior associate in the International Litigation and Arbitration Group of Foley Hoag LLP, with substantial experience in international commercial and investment treaty arbitration matters, particularly in Latin America. He is a graduate of Yale University and Columbia Law School and has studied at the Universidad Autónoma de Madrid and the Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. He has been published in *Global Arbitration Review* and has presented in regional arbitration conferences, including the III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión in Mexico City.

INDEX OF MATTERS DISCUSSED

1.	<u>Facts of the Case</u>	3
2.	<u>Legal Issues Discussed in the Decision</u>	5
	(a) <u>Whether SUNAT's audit constituted an indirect expropriation of Tza's investment (para. 95, 103, 113)</u>	5
	(b) <u>Whether SUNAT's imposition of interim measures constituted an indirect expropriation of Tza's investment (para. 48-50)</u>	5
	(i) <u>The Interim measures struck at the heart of TSG's operations. (para. 152-170)</u>	5
	(ii) <u>SUNAT's imposition of interim measures was arbitrary (para. 171-217)</u>	6
	(iii) <u>SUNAT's interim measures were ineffective (para. 219-222)</u>	7
	(iv) <u>TSG did not have recourse to effective due process (para. 223-240)</u>	7
	(v) <u>TSG did not act in bad faith and did not fail to mitigate its damages. (para. 241-251)</u>	7
	(c) <u>What is the appropriate compensation for expropriation? (para. 252-292)</u>	8
	(d) <u>Which party should bare the costs of arbitration (293-302)</u>	9
3.	<u>Decision</u>	9

1. *Facts of the Case*

Tza Yap Shum (“Tza”), a Chinese national commenced this arbitration against the Republic of Peru (“Peru”), claiming violations of the BIT that affected his investment in TSG del Perú S.A.C. (“TSG”), a Peruvian company involved in the purchase and exportation of fishmeal, primarily for Asian markets. Tza is a 90% indirect shareholder of TSG, having made an investment of US\$ 400,000. (para. 59-60, 74, 98)

TSG commenced its operations in 2002 and between 2002 and 2004 was among the 12 largest exporters of fishmeal in Peru, with sales greater than US\$ 20 million per year. TSG’s business model consisted of contracting with, and financing, fishing vessels for the purchase of raw materials. Such raw material would be delivered directly by fishing vessels to third-party transforming plants, with which TSG contracted for the production of fishmeal. The produced fishmeal was warehoused at the third-party plants until ready for export. Thus, TSG never handled any products directly and served primarily as a coordinating and financing agent. TSG’s comparative advantage in the industry consisted of access to financing from Tza’s network of personal relationships with businesses and individuals. While TSG did not obtain financing from Peruvian banks, it used Peruvian banks to conduct its transactions, including the receipt of loans from abroad, the execution letters of credits from buyers abroad, and generally keeping track of its payments, costs, and accounts receivables. (para. 74-76, 98-102).

In 2004, Peru’s taxing authority, the *Superintendencia Nacional de Administración Tributaria* (“SUNAT”), commenced an audit of TSG, which was conducted with the company’s cooperation. The audit appeared to be routine in nature and stemmed from TSG’s requests in the prior two years of refunds of certain amounts paid in connection with sales taxes. During the audit, SUNAT concluded that TSG’s books did not adequately reflect values for the raw material used in the production of fishmeal. SUNAT therefore, pursuant to the Peruvian tax code, utilized a “presumed basis” in its analysis rather than a basis based on TSG’s books and records. Based upon the presumed basis, SUNAT concluded that TSG had underreported sales volumes. SUNAT, therefore, imposed back taxes and fines totaling approximately 10 million Peruvian soles (“S/.”). (para. 78-81, 103-107)

Shortly after the audit, SUNAT also imposed interim measures which had the effect of attaching certain limited assets of TSG and directing all Peruvian banks to retain any funds passing through them in connection with TSG’s transactions. SUNAT is permitted under Peruvian law to impose interim measures to ensure the payment of tax debts in “exceptional circumstances”,

namely when the debtor has been uncooperative (by for example, failing to disclose material information) or when efforts to obtain payment of the tax debt would otherwise be unsuccessful. The report prepared by TSG's SUNAT auditor in support of the request for interim measures premised the request on TSG's "irregular behavior." The only behavior cited was SUNAT's determination that TSG's books had failed to accurately reflect the company's total sales volume. A second report was subsequently submitted by TSG's SUNAT auditor, which also premised the request on the failure to accurately reflect sales volumes and only modified the specific subsection of the Tax Code upon which the auditor based the request. Neither report provided specific support for the auditor's conclusions. Furthermore, SUNAT's executing division in charge of imposing interim measures (*la División de Control de la Deuda y Cobranza*) did not make any requests for additional information from the auditor before imposing the requested measures. (para. 108-124)

TSG challenged both SUNAT's audit determinations and its imposition of interim measures via administrative and judicial procedures available under Peruvian law. TSG commenced an administrative procedure requesting SUNAT to lift the interim measures on the basis that SUNAT had not adequately justified such measures. SUNAT rejected TSG's application, but reduced its calculation of back taxes. TSG also challenged SUNAT's decision before the Fiscal Tribunal, which affirmed the interim measures but further reduced the amount of back taxes to approximately S/. 3.1 million and ordered SUNAT to recalculate certain additional amounts. (para. 109-113).

Following the imposition of SUNAT's interim measures, TSG was unable to utilize Peruvian banks for its transactions. TSG's sales subsequently decreased dramatically and ultimately, TSG commenced a debt restructuring proceeding in March 2005, which had the effect of suspending the interim measures and permitted TSG to continue operating. (para. 83, 112, 164-170)

The Claimant Tza, the 90% shareholder of TSG, thereafter commenced an ICSID arbitration claiming that SUNAT's audit determinations and interim measures constituted an unjustified indirect expropriation of its investment, in violation of the BIT. Tza sought over S/. 57 million based on the projected cash flow of TSG, in addition to S/. 15 million for moral damages, plus interest (at a rate of 11%) and fees and costs. Total damages demanded therefore approximated US\$ 25 million. (para. 59-60, 85)

On 19 June 2009, the Arbitral Tribunal issued a Decision on Jurisdiction and Competence in which it determined that Tza's interest in TSG constituted an investment for purposes of the BIT and that the Tribunal was competent to determine Claimant's expropriation claims. (para. 28, 98)

In its Final Award on the Merits, the Tribunal found that SUNAT's imposition of interim measures constituted an arbitrary taking and thus an indirect expropriation of Tza's investment. However, the Tribunal declined to adopt Tza's measure of damages, instead basing its calculation of compensation on the adjusted book value of TSG and awarding US\$ 786,306.24, plus interest (at U.S. Treasury Bond rates). The Tribunal further ordered each party to split costs evenly. (para. 170, 218, 240, 252, 261-268, 279-280, 282-285, 292, 302)

2. *Legal Issues Discussed in the Decision*

(a) *Whether SUNAT's audit constituted an indirect expropriation of Tza's investment. (para. 95, 103, 113)*

The Tribunal found that the audit of TSG appeared to have been routine in light of TSG's request in prior years for large refunds on sales taxes. In light of the deference given to a State's regulatory and administrative powers, nothing in the conduct of SUNAT in conducting the audit constituted an expropriation. At the same time, the Tribunal also noted that TSG's challenges of SUNAT's determinations were not frivolous. (para. 95, 103, 113)

(b) *Whether SUNAT's imposition of interim measures constituted an indirect expropriation of Tza's investment. (para. 48-50)*

The Tribunal determined that the interim measures imposed by SUNAT were arbitrary in nature and constituted an expropriation for the following reasons:

(i) *The Interim measures significantly interfered with TSG's operations. (para. 152-170)*

The Tribunal found that the interim measures, which were legally binding on all affected banks, prevented TSG from continuing to transact with such banks. Given that TSG's business model used Peruvian banks to conduct its transactions, the interim measures presented a severe and substantial impact on TSG's business. The Tribunal found that, based on the information SUNAT obtained during its audit concerning how TSG was financed and operated, SUNAT should have known that interim measures were a "strike at the heart of the operative capacity of TSG." The Tribunal also noted that as a result of the interim measures, TSG's sales fell from an average of S/. 80 million for the 2005-2006 period to S/. 3.4 million for 2005-2006. Thus, the Tribunal distinguished the present case from the

circumstances in *LG&E Energy Corp. v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/I), where it was held that the decrease in an investment's capacity and income generation, by itself, does not constitute expropriation.

The Tribunal dismissed Peru's argument that the interim measures could not constitute an expropriation because they were ultimately suspended by TSG's restructuring proceedings. The Tribunal noted that SUNAT's interim measures were imposed for a period of one year and subsequently extended to be in effect for an additional two years. While the restructuring proceeding had the effect, under Peruvian law of suspending SUNAT's interim measures and allowing TSG to continue to operate through Peruvian banks, the Tribunal noted that the TSG could only resume normal operations once the restructuring proceedings concluded in June 2006. The Tribunal further noted that the restructuring proceedings were commenced at TSG's own initiative and were a reasonable and necessary response by TSG under the circumstances to mitigate its damages. The Tribunal determined that Peru could not rely on TSG's own efforts to justify or minimize the impact of SUNAT's actions. (para. 152-170, 222).

(ii) *SUNAT's imposition of interim measures was arbitrary.* (para. 171-217)

The Tribunal recognized the deference given to a State's regulatory and administrative powers and noted the general rule that a State is not liable for any losses resulting from the good faith application of general taxes and regulations. However, the Tribunal also noted that this deference is bound by the principle of reasonableness and non-arbitrariness reflected in public international law, as well as Peruvian law and treaty practice.

Here, the Tribunal determined that SUNAT failed to comply with its own internal guidelines and procedures which required *inter alia* (i) a more precise identification of assets to be attached via interim measures, (ii) a reasoned basis for the "exceptional" remedy of interim measures accompanied by detailed evidentiary support, and (iii) efforts to avoid interfering with the debtor's business operations. The Tribunal also noted that SUNAT's executing division failed to make relevant inquiries or requests for additional information

from the auditor before imposing interim measures. As a result, the Tribunal found that SUNAT's actions were arbitrary in nature, resulting in unjustified losses on the part of TSG. (para. 117-217).

(iii) SUNAT's interim measures were ineffective. (para. 219-222)

The Tribunal determined that while SUNAT's interim measures had a severe impact on the continued operations of TSG, they ultimately failed to be effective. The Tribunal noted that due in large part to the lack of precise identification of assets, such interim measures secured assets worth only US\$ 172 out of the approximately US\$ 4 million tax debt that resulted from the audit. (para. 219-222).

(iv) TSG did not have recourse to effective due process. (para. 223-240)

The Tribunal recognized that TSG availed itself of administrative and judicial procedures to challenge the imposition of SUNAT's interim measures. However, the Tribunal held that such procedures did not amount to an adequate and effective legal recourse to SUNAT's decision. The administrative and judicial bodies that reviewed the interim measures failed to address and analyze sufficiently TSG's claims and, instead, adopted SUNAT's positions without a reasoned basis. The Tribunal found that TSG therefore had access only to formal, rather than substantive, legal recourse. (para. 223-240).

(v) TSG did not act in bad faith and did not fail to mitigate its damages. (para. 241-251)

Finally, the Tribunal rejected respondent's arguments that Tza had conducted himself in bad faith because of the manner in which he organized his investment in TSG and TSG's failure to use funds reimbursed by SUNAT to pay his tax debt rather than TSG's business loans. The Tribunal noted that neither the structure of Tza's investment (and his delegation of authority to others) nor TSG's decision to pay off its business debts (and thereby mitigate its damages) evidenced bad faith.

The Tribunal also rejected the argument that TSG failed to mitigate its damages by failing to request certain other

measures available to it under Peruvian law (e.g. requesting the executing division of SUNAT to substitute the interim measures or requesting waivers to make certain payments for the continued operation of TSG). The Tribunal found that it was doubtful that these additional measures would have been effective. It would therefore be unreasonable to expect TSG to exhaust these remedies. The Tribunal noted that TSG had mitigated its damages with the commencement of restructuring proceedings and that TSG's efforts to mitigate damages would be taken into account in the determination of damages. (para. 241-251)

- (c) *What is the appropriate compensation for expropriation? (para. 252-292)*

With respect to compensation, the Tribunal noted that standard that the measure of damages is the amount needed to place the Claimant in the same position he would have been without the expropriatory act. Both parties were in agreement that this amount should be based upon the value of TSG. However each party had different methods as to how to calculate the value of the company: Tza based his requested damages on the discounted cash flow of TSG, while Peru argued that the appropriate standard was the company's adjusted book value.

The Tribunal rejected Tza's requested damages, which were based on the discounted cash flow of TSG. The Tribunal noted that TSG had been in operation for only two years during which its cash flow was negative. TSG was highly leveraged, operated in the high risk fishing industry and had already begun to lose market share in the industry when SUNAT imposed its interim measures. In light of this, the Tribunal adopted Respondent's position that proper compensation should be based on TSG's adjusted book value, resulting in awarded compensation of US\$786,306.24. (para. 261-273).

The Tribunal rejected wholesale Claimant's request for moral damages. Relying on *Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/06/18), the Tribunal found that none of the conduct outlined in that case as justify moral damages (i.e. (i) physical harm or threat of harm to the investor, (ii) State action resulting in a deterioration of physical or mental health or

harm to reputation, and (iii) severe and substantial causes and effects of expropriation) existed here. (para. 274-285)

Finally, the Tribunal also rejected Claimant's requested interest rate of 11%. This rate was based on the rates used by TSG for its financing, and thus incorporated a risk factor that the Tribunal determined was no longer applicable post-expropriation. Instead, the Tribunal adopted respondent's position that the appropriate interest rate should approximate the rate of return had the damages awarded been re-invested for a favorable return. The Tribunal therefore ruled that the interest rate on damages would be tied to the average monthly rate on 10-year U.S. treasury bonds. At the date of the Award, the interest awarded was US\$227,201.30. (para. 286-292).

(d) *Which party should bare the costs of arbitration? (293-302)*

The Tribunal observed the different perspectives of certain arbitral tribunals with respect to awards on costs, including the principle that the losing party pays (citing *Methanex* and *EDF*) and the more generally accepted public international law principle that costs should be borne equally by the parties, absent egregious conduct by one of the parties during the arbitration (citing *Waste Management II*).

The Tribunal lauded the parties' conduct during the arbitration and concluded that it would not depart from the generally accepted practice of splitting costs equally between the parties. (para 296-301).

3. Decision

SUNAT's imposition of interim measures constituted an indirect expropriation of Tza's investment. With respect to damages, the adjusted future cash flow of TSG was an inappropriate basis for compensation. Instead compensation was based upon the adjusted book value of TSG. Thus Tza was awarded US\$ 786,306.24 in compensation, plus interest (at U.S. Treasury Bond rates). No moral damages were awarded and costs were to be paid equally by each party. (para. 170, 218, 240, 252, 261-268, 279-280, 282-285, 292, 302)



International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

VANNESSA VENTURES LTD.

V.

**THE BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA
(ICSID CASE NO ARB(AF)/04/6)**

AWARD

Case Report by Georgios Soumalevris**
Edited by Natasha Dupont ***

In its Award of January 16, 2013, the Tribunal dismissed all claims of a Canadian company concerning an investment in a mining project in Venezuela, under a bilateral investment treaty between Canada and Venezuela.

Tribunal: Professor Vaughan Lowe QC, Hon. Charles N. Brower and Professor Brigitte Stern.

Claimant's counsel: Mr. John B. Laskin and Mr. John A. Terry of Torys LLP.

Defendant's Counsel: Dr. Cilia Flores from Procuradora General de la República; and Mr. Ronald E.M. Goodman, Ms. Janis H. Brennan, Mr. Alberto Wray, and Ms. Mélida Hodgson of Foley Hoag LLP.

* Directors can be reached by email at ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com and loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Georgios Soumalevris is an associate with EUTRADEDEFENCE. He advises multinational clients and States on international trade and policy, including anti-dumping and anti-subsidy proceedings and foreign investment law.

*** Natasha Dupont is a Senior Associate with The Brattle Group focusing on the estimation of damages and other economic questions arising in international arbitrations. She was previously a litigation attorney.

INDEX OF THE MATTERS DISCUSSED

1. Facts of the Case.....	2
2. Legal Issues Discussed in the Award.....	3
(a) Jurisdiction.....	3
(i) "Substantial" Investment.....	3
(ii) Investment "in accordance with host State's law".....	3
(iii) Compatibility of the Transfer with Venezuelan Contract Law and Law 2095.....	3
(iv) Compatibility of the Transfer with the Law on Public Procurement and Administrative Contracts.....	3
(v) Compatibility with Good Faith and Public Policy.....	4
(b) Merits.....	4
(i) Expropriation.....	4
(ii) Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security.....	4
3. Decision.....	4

Digest

1. Facts of the Case

In early 1990s, a Canadian mining company, Placer Dome Inc. (*PDI*), was awarded a contract to explore and exploit gold deposits at Las Cristinas, located in the Guayana region of Venezuela. *PDI* structured its investment through a local subsidiary, *PDV*, which together with *CVG*, a Venezuelan Government Agency, owned the shares of the company, *MINCA*, which was to undertake all exploratory and mining activities in Las Cristinas.

The Shareholder's Agreement (and a subsequent 1997 amendment to it) between *PDI* and *CVG* on *MINCA*'s incorporation, as well as the Work Contract between *CVG* and *MINCA* on the exploitation of the mine, prohibited the assignment of rights without the prior consent of the other party. Further, *MINCA*'s by-laws provided that the *MINCA* shareholders would have a preferential right to purchase the shares that other shareholders wished to sell for a consideration.

Following deteriorating gold market conditions around 1999, *PDI*, which controlled *MINCA*, decided to suspend the project despite *CVG*'s disagreement. *CVG* had the right to rescind the Work Contract after a year from such a suspension, but *CVG* agreed to an extension of the one-year period, to July 2001, to give *PDI* and it time to identify an investor to take *PDI*'s place in developing the Las Cristinas mine. Deteriorating market conditions made it difficult for *PDI* to find investors to take over the project, however, *PDI* then unilaterally went forward with selling its shares in *PDV*, and thereby its ownership interest in *MINCA* to *Vannessa Ventures Ltd. (Vannessa)* for US\$ 50 without informing *CVG* first or obtaining its consent. *CVG* protested against the acquisition and finally rescinded the Work Contract with *MINCA*, alleging that *MINCA* had breached the contract in a number of fashions. *CVG* later took physical control of the site and awarded the mining project to another Canadian company.

Following numerous unsuccessful legal proceedings and requests to local authorities to protect its claimed rights to the Las Cristinas project, in 2004, *Vannessa* filed a Request for Arbitration (under the Additional Facility Rules) seeking damages of approximately US\$ 1 billion, claiming that Venezuela had breached the Canada-Venezuela BIT (*BIT*). In its 2008 Decision on Jurisdiction, the Tribunal decided to join to the merits the question as to whether *Vannessa*'s investment was protected under the BIT. (¶110).

2. *Legal Issues Discussed in the Award*

(a) *Jurisdiction*

(i) *"Substantial" Investment*

The Tribunal held that the existence of an investment should be read in light of the BIT and debated whether Vanessa made a "real" investment or merely bought a legal claim against Venezuela. (¶¶ 119-124). While the nominal price and Vanessa's interest in MINCA's loans pointed to the second, the Tribunal concluded that the BIT did not require that an investment be "substantial" in order to be protected. (¶ 126).

(ii) *Investment "in accordance with host State's law"*

Notwithstanding Vanessa's arguments, the Tribunal held that the BIT's MFN provision could not apply to the issue of the definition of an "investment" in order to expand such definition. (¶ 133). Further, the Tribunal ruled that the host State's laws refer only to laws and regulation made by a public authority and does not include any contractual obligations. (¶¶ 134-135).

(iii) *Compatibility of the Transfer with Venezuelan Contract Law and Law 2095*

While the Tribunal agreed with Venezuela that PDI's identity was a key element in the conclusion of the contracts, it held that the *intuitu personae* character of the contracts did not preclude the protection of Vanessa's investment under the BIT. (¶¶ 147-151, 154).

Further, the Tribunal dismissed Venezuela's objection that Vanessa failed to give notice of the transfer of the shares and register the investment because "reporting obligations concerning the registration of foreign investments" were not relevant to the issue of jurisdiction. (¶¶ 165, 167).

(iv) *Compatibility of the Transfer with the Law on Public Procurement and Administrative Contracts*

The Tribunal dismissed Venezuela's argument that the transfer violated Venezuelan public procurement and administrative law which limits a private party's ability to transfer rights and obligations under a contract awarded in a bid process because the public procurement law was irrelevant for jurisdictional purposes. (¶¶ 155, 160).

(v) Compatibility with Good Faith and Public Policy

While Venezuela claimed that Vannessa made a bad-faith investment which was not protected by the BIT, the majority of the Tribunal held that public policy and good faith did not matter for jurisdictional purposes. (¶¶ 161, 164). However, one of the arbitrators disagreed with the Tribunal's assumption of jurisdiction over the matter because Vannessa's investment was made in bad faith and the BIT did not cover such investments. (¶¶ 110, 164, 169).

Having dismissed all jurisdictional objections, the Tribunal moved on to the merits of the case. (¶¶ 168-169).

(b) Merits

(i) Expropriation

The Tribunal dismissed Vannessa's expropriation claim, agreeing with Venezuela that CVG had rightfully terminated the Work Contract because (a) PDI failed to work with CVG to find a mutually-acceptable new investor, and (b) PDI was not entitled to bring a new investor into the project without CVG's consent. (¶¶ 172, 181, 196).

(ii) Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security

Vannessa claimed that Venezuela violated the BIT provisions of: (a) fair and equitable treatment (*FET*), because it unilaterally terminated the Work Contract without resorting first to arbitration, as provided for in the Work Contract; and, (b) full protection and security (*FPS*), because it failed to exercise due diligence in protecting Vannessa from injurious acts of Venezuelan officials and agencies. (¶¶ 217-218).

The Tribunal found that the treatment of Vannessa's investment and any delays in the local legal proceedings did not amount to conduct that fell below the minimum standard demanded by the BIT. (¶¶ 222, 227). Further, it concluded that even the most demanding formulation of the FPS standard had not been violated in the circumstances of the case. (¶ 223).

3. Decision

The Tribunal dismissed Vannessa's claims on the merits and decided that each side should bear its own costs and one-half of the Tribunal's and ICSID's costs. (¶¶ 236-237).