



**HAL**  
open science

## La statutory adjudication : une nouvelle forme d'arbitrage ?

Valentina Capasso

► **To cite this version:**

Valentina Capasso. La statutory adjudication : une nouvelle forme d'arbitrage ?. Revue de l'arbitrage, 2019. hal-02275556

**HAL Id: hal-02275556**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02275556>**

Submitted on 31 Aug 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.

# REVUE DE L'ARBITRAGE

## BULLETIN DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

ANNÉE 2019 – N° 2 – AVRIL-JUIN

### SOMMAIRE

---

	Pages
DOCTRINE :	
— La détermination sommaire des demandes ou défenses manifestement infondées, par Samatha NATAF.....	363
— La <i>statutory adjudication</i> : une nouvelle forme d'arbitrage ?, par Valentina CAPASSO.....	391
— Les limites de l'autonomie de la volonté en droit de l'arbitrage commercial international dans les pays incorporant la Loi-type de la CNUDCI, par Stavroula ANGOURA et Athanasios KASTANIDIS.....	431
JURISPRUDENCE FRANÇAISE :	
— Retour sur l'exclusion de la distinction entre motifs et dispositif, note sous Paris, 15 janvier 2019, par Basile ZAJDELA.....	455
— Le contrôle de la compétence arbitrale en cas de transfert de siège social d'une société signataire d'une convention d'arbitrage et l'appréciation de la conformité de la sentence à l'ordre public international sous le double angle de la fraude procédurale et de la violation alléguée d'une loi de police étrangère, note sous Paris, 20 décembre 2018, par Jean-Baptiste RACINE.....	472

— Contrôle de la mission, autorité de la chose jugée et loi de police, note sous Paris, 23 octobre 2018, par Vincent CHANTEBOUT.....	508
— Les obligations respectives des arbitres et des parties en matière d'indépendance de l'arbitre, note sous Paris, 29 mai 2018 et Paris, 27 mars 2018, par Louis-Christophe DELANOY .....	522
CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE FRANÇAISE	
— Contrôle de la motivation, du délai de l'arbitrage et de la date de la sentence, par Paul GIRAUD.....	545
CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE ARBITRALE EN DROIT DES INVESTISSEMENTS :	
— Dirigée par Sophie LEMAIRE, avec la contribution de Malik LAZOUZI .....	553
SOMMAIRES DE JURISPRUDENCE .....	619
BIBLIOGRAPHIE :	
— SCHEFFER DA SILVEIRA (Gustavo), <i>Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction</i> , par Sylvain BOLLÉE .....	635
— ARNALDEZ (Jean-Jacques), DERAIS (Yves) et HASCHER (Dominique), <i>Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2012-2015</i> , par Charles JARROSSON.....	638
LIVRES REÇUS .....	639
INDEX ANALYTIQUE .....	641

# LA STATUTORY ADJUDICATION : UNE NOUVELLE FORME D'ARBITRAGE ?

par

**Valentina CAPASSO**

*Doctorante (Universités Federico II de Naples et Jean Moulin de Lyon III)*

## RÉSUMÉ

Depuis son introduction en 1998, la *Statutory Adjudication* britannique a rencontré un succès très important. En fait, l'article 108 du *Housing Grant, Construction and Regeneration Act 1996*, tout en donnant à chaque partie à un contrat de construction le « droit » de saisir un tiers (l'*adjudicator*) pour qu'il tranche tout différend survenant pendant l'exécution des travaux, a en même temps amélioré le fonctionnement de l'industrie de la construction, élargi la protection juridictionnelle des parties et résolu les problèmes d'encombrement de la *Technology and Construction Court*.

Cependant, cette institution demeure difficile à définir car la loi est muette à cet égard ; ainsi, c'est grâce à l'analyse des éléments caractéristiques de l'*adjudication* et de la comparaison avec les autres modes alternatifs de résolution des conflits dont on pourrait penser qu'ils lui sont proches, que cette étude vise à démontrer que l'*adjudication* pourrait bien être qualifiée d'arbitrage (provisoire).

## SUMMARY

*Since its introduction in 1998, the British Statutory Adjudication has registered an astonishing success.*

*In fact, section 108 Housing Grant, Construction and Regeneration Act 1996, while giving any party to a construction contract the « right » to seize a neutral third party (the adjudicator) in order to settle any dispute arising during the works, at the same time improved the performance of the construction industry, expanded the parties' jurisdictional protection and resolved the Technology and Construction Court's congestion problems.*

*However, the law being silent on this subject, this institution remains difficult to define; thus, it is through the analysis of the adjudication's characterizing features and the comparison with the other alternative dispute resolution methods that it would be tempting to bring it closer, that this article aims to demonstrate that adjudication could well be described as (temporary) arbitration.*

## INTRODUCTION

1. « *Cash flow is the very lifeblood of the enterprise* ». Ce principe, énoncé en 1971 dans l'affaire *Dawnays v. Minter* (1), assurément exact en général, et notamment dans le domaine de la construction, n'a pas toujours été reconnu, ni avant, ni après cet arrêt de la *Court of Appeal* anglaise. De ce fait, la position de l'entrepreneur et du sous-traitant, qui sont les maillons les plus faibles de la chaîne productive, a longtemps été précaire, en raison de l'absence soit d'un droit à des paiements périodiques, soit d'une méthode appropriée de résolution des différends avec le client, maître de l'ouvrage.

2. La situation a finalement changé, au Royaume-Uni, à la suite de l'introduction — en 1996 — de la *Statutory Adjudication*, qui, au terme d'une première approximation, pourrait être définie comme « *une procédure de résolution des litiges légalement reconnue à (et irrévocable pour) quiconque conclut un contrat de construction et vise à obtenir, dans un délai bref et prédéterminé, une décision provisoire, mais immédiatement contraignante* », selon la logique du « *pay now, argue later* » (2).

Si la réussite de cette institution ne fait aucun doute, au vu du succès extraordinaire qu'elle a enregistré (I), elle suscite toutefois d'importantes interrogations quant à son régime juridique (II).

---

(1) *Dawnays v. Minter* [1971] 1 WLR 1205.

(2) Expression — employée pendant les travaux parlementaires (v. *Hansard* 28.3.96, col. 1934 et *Hansard* 22.4.96, col. 990) — qui aurait été créée par M. Fenwick Elliott, lors d'une discussion avec Lord Howie of Troon, en paraphrasant le slogan publicitaire « *buy now, pay later* ». V. R. Fenwick Elliott, « *Pay now, argue later* », 26 janvier 2016, sur [www.designingbuildings.co.uk](http://www.designingbuildings.co.uk).

## I. – UN SUCCÈS PRATIQUE INDÉNIABLE

3. On ne peut comprendre pleinement le succès de l'*adjudication* (B) qu'en soulignant le fait qu'elle a répondu à des besoins réels, ressentis par la pratique (A).

### A) L'insatisfaction à l'égard des modes traditionnels de règlement des litiges

4. Le système de résolution des litiges dans le domaine de la construction s'est longtemps appuyé sur la figure ambiguë de l'Ingénieur (1°), dont les décisions ne pouvaient normalement être contestées dans le cadre d'une procédure arbitrale qu'une fois les travaux achevés ; de surcroît, la protection juridictionnelle réalisable par le biais de l'arbitrage se heurtait aux limites imposées à cette institution par rapport à la justice étatique (2°).

#### 1°) Le manque d'impartialité de l'Ingénieur

5. En raison du haut niveau de technicité des questions en jeu dans le contentieux de la construction, il est apparu naturel, au tout début, de confier la gestion des conflits à l'Ingénieur (3). Toutefois, son manque d'impartialité — d'abord présumée, ensuite réelle — en faisait un « juge » peu approprié (a) ; malgré cela, il lui était confié le pouvoir de trancher les litiges portant sur la seule source de subsistance de l'entrepreneur principal jusqu'à la fin des travaux : les paiements périodiques (b).

#### a) Un « juge » soupçonné de partialité

6. En tant que chef des opérations, l'Ingénieur était informé de tous les détails concernant l'avancement des travaux ; d'ailleurs, au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, l'entrepreneur se limitait souvent à la fourniture de main-d'œuvre, tandis que, en ce qui concernait les questions techniques, il restait « *entirely subservient to the exclusive expertise of the engineer* » (4). La fragmentation des tâches s'étant accrue après la Seconde Guerre mondiale, en raison d'un recours toujours plus fréquent aux

(3) Désigné familièrement « *capital E engineer* », pour le distinguer de l'ingénieur engagé par l'entrepreneur.

(4) J. Uff, « Are We All in the Wrong Job? Reflections on Construction Dispute Resolution », *SCL*, July 2001, p. 3.

accords de sous-traitance, l'Ingénieur était le seul à posséder une vue d'ensemble des travaux, et donc semblait le sujet le mieux à même de les diriger (5).

7. Ainsi, les différends étaient généralement réglé « *round a table, without the assistance of lawyers or quantity surveyors* » (6), en raison également des restrictions souvent prévues par les modèles contractuels en vigueur (7). Par exemple, les contrats-types élaborés par l'ICE (8) et la FIDIC (9) faisaient de la décision de l'Ingénieur une condition préalable à tout procès arbitral ou étatique (qui, d'ailleurs, ne pouvait être engagé avant l'achèvement des travaux) ; de ce fait, l'Ingénieur se voyait confier un rôle de contrôle absolu des flux de paiement pendant toute la durée du contrat (10).

8. Le système reposait donc sur la capacité de l'Ingénieur à jouer un double rôle, en tant que bras exécutif du client et « arbitre » impartial, idée dont la fausseté semble si évidente que tout commentaire devrait apparaître superflu. Pourtant, un tel système n'a pas toujours été si illogique : pendant les années 50 à 60, en raison des difficultés de transport et de communication, la distance physique qui séparait souvent le client du lieu d'exécution des travaux se traduisait par une séparation *psychologique* entre le client et l'Ingénieur, qui, partant, jouissait d'une ample discrétion dans la direction des travaux (11).

9. De toute évidence, cependant, un tel état de choses ne pouvait pas perdurer longtemps : bientôt « *the contractors began to jib at the role of the engineer. More and more he was seen as the employer's agent and was therefore suspect; and interestingly,*

---

(5) Conf. N. Royce, « *How Fair Are We in Dispute Resolution in the Construction Industry?* », *Arbitration*, 1992, p. 103-104.

(6) J. Uff, « *How Final Should Dispute Resolution Be?* », *SCL*, August 2010, p. 1.

(7) V. J. Uff, « *How Final Should Dispute Resolution Be?* », préc., pp. 1-2.

(8) *Institution of Civil Engineers*.

(9) Fédération internationale des ingénieurs-conseils.

(10) Ce qui est le plus étonnant, c'est le fait qu'une telle configuration ait survécu jusqu'à une époque relativement récente : des conditions semblables étaient encore prévues en 1985 par la *sub-clause* 66 des contrats type ICE, tandis que, dans le système FIDIC, la décision de l'Ingénieur a été maintenue en tant que première étape nécessaire du mécanisme de règlement des différends jusqu'en 1999.

(11) En témoigne M. Romano Allione, expert de *Dispute Boards* et ancien Président de la *DRB Foundation*, que je remercie pour l'entretien qu'il m'a accordé le 12 avril 2017.

*the attacks ultimately resulted in the precise situation that had been assumed when the attacks started to be made. Owners became aware that the engineer was indeed their agent in respect of a considerable part of his job; and they began to be readier to sue him for problems that they could not load onto the contractor. This in turn made the engineer less willing to embrace the role of independence* » (12). Ainsi, une sorte de cercle vicieux a fini par concrétiser les craintes que la désignation d'un « juge » si clairement affecté par une *appearance of bias* soulève naturellement.

### **b) Un « juge » source de contentieux ultérieurs**

10. Quoi que l'on puisse penser de son impartialité, l'Ingénieur était au cœur de la plupart des litiges entre les parties, puisqu'il était chargé de gérer les échéances des paiements dès lors que le contrat le prévoyait.

11. En effet, si l'assurance de disposer d'un *cash-flow* suffisant a toujours été un problème, même pendant les périodes de prospérité industrielle (13), au fil du temps, le niveau croissant de compétitivité du marché a entraîné une réduction du pouvoir contractuel des entrepreneurs principaux et, *a fortiori*, des sous-traitants ; dès lors, un paiement différé à la fin des travaux leur était souvent imposé par le client. D'autre part, même si parfois des paiements intermédiaires (*interim payments*) afin de couvrir les coûts du matériel et une marge de profit très limitée (14) étaient prévus, il n'était pas rare pour l'Ingénieur, au moment de l'évaluation, d'effectuer des déductions par compensation (*set-off*) (15), et sa décision ne pouvait être contestée que dans

---

(12) J. Tackaberry, « Adjudication and Arbitration: The When and Why in Construction Disputes », *Arbitration*, 2009,237.

(13) Par exemple, selon le rapport Banwell, publié et faisant référence à des données recueillies bien avant la crise des années 70, « [t]he operation of the [payment] system is not always smooth. Payments to the main contractor by the clients are often slow and uneven, with consequential delays in payments to suppliers and subcontractors. This has an adverse effect on the efficiency and stability of the whole industry... what is needed is an agreed procedure to ensure that payments are made regularly and promptly ». H. Banwell, *The Placing and Management of Contracts for Building and Civil Engineering Work*, HMSO, 1964, p. 28.

(14) R. Pettigrew, *Payment Under Construction Contracts Legislation*, Thomas Telford Ltd., 2004, p. 2-3.

(15) Aussi appelée *contra-charging*. Cf. S. Tolson, J. Glover, S. Sinclair, *Dictionary of Construction Terms*, Informa Law from Routledge, 2013, V<sup>o</sup> « Set off ».

le cadre d'une éventuelle procédure arbitrale. Si l'on rajoute à cela l'usage fréquent de « *pay-when-paid* » provisions (qui créent des contraintes en chaîne entre paiements, subordonnant l'exécution de chacun à la réalisation du précédent), on comprend bien la précarité immanente au système.

12. L'arbitrage ne semblait pas non plus en mesure de répondre efficacement aux besoins spécifiques du secteur, malgré les espoirs en ce sens initialement suscités par les caractéristiques originales de l'institution (16).

## 2°) *Le manque de rapidité de l'arbitrage*

13. Les développements de la pratique (a) et de la jurisprudence anglaise (b) ont de plus en plus révélé l'inadéquation de l'institution arbitrale pour répondre aux besoins spécifiques de l'industrie de la construction.

### **a) Le rapprochement des formes arbitrales de celles de la justice étatique**

14. Au XIX<sup>e</sup> siècle (17), l'arbitre était généralement issu des rangs des ingénieurs — ce qui assurait son expertise au regard de l'objet du litige — et, selon les souhaits des plaideurs (18), ses sentences étaient rapides et souvent peu ou pas motivées (19). Ces caractéristiques, qui en faisaient une attirante alternative au procès étatique, se sont malheureusement rapidement estompées : les règles et la procédure arbitrales commençant à s'inspirer de plus en plus des garanties procédurales en vigueur devant les juridictions, elles ont fini, inévitablement, par en reproduire les inconvénients en termes de coûts et de durée (20). Cependant, la dérive isomorphe ayant été un phénomène général, elle ne

---

(16) Pour de plus amples détails sur les raisons qui font que « *les parties à un projet de construction ont des besoins spécifiques pour le règlement des différends, besoins qui peuvent par ailleurs varier selon le stade de l'exécution du contrat* » et, donc, qu'elles préfèrent « un système échelonné » de méthodes de résolution des conflits, v. G. Scheffer da Silveira, *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, préf. Ch. Jarrosson, Larcier-Bruylant, 2018, spéc. p. 63 et s., p. 221 et s. n° 183 et s. et *passim*.

(17) J. Tackaberry, *op. cit.*, p. 236, note de bas de page n° 3.

(18) En ce sens, J. Tackaberry, *op. cit.*, p. 236.

(19) V., encore, J. Tackaberry, *op. cit.*, p. 236.

(20) « *Eventually, [...] the alternative was dead as an alternative* ». Cf. D. Yarn, « *The Death of ADR: A Cautionary Tale of Isomorphism Through Institutionalization* », *Penn. St. L. Rev.*, 2004, p. 929-930.

peut pas être considérée, à elle seule, comme la raison du déclin de l'arbitrage et de l'avènement de l'*adjudication* dans le secteur spécifique de la construction.

15. L'absence de recours à l'arbitrage ne s'expliquait pas seulement par les stipulations des contrats-types qui l'écartaient dans un premier temps (v. n° 7). Il y avait, en fait, des cas où le contrat permettait (exceptionnellement) de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs aux certificats de paiement dès qu'ils étaient délivrés par l'Ingénieur ; mais « *the proceedings were necessarily cumbersome and the number of such 'interim arbitrations' was very small* » (21). On entrevoit ici le motif réel d'insatisfaction au regard de l'arbitrage : la complexité de la procédure par rapport, non à l'ensemble de tous les litiges possibles, mais aux questions nécessitant une décision immédiate.

16. Nonobstant son ancienneté (22), l'arbitrage a toujours été conçu comme une alternative à la justice étatique, naturellement orientée vers la résolution définitive des conflits ; et, précisément en tant qu'alternative, il était logique et naturel que l'arbitrage se fixât cet objectif. Toutefois, le sentiment de concurrence ressenti par l'État à l'égard de l'arbitrage, s'il est aujourd'hui regardé comme un « mythe » (23), a longtemps maintenu (et maintient encore en Italie) la justice privée dans un rôle mineur, en lui refusant la possibilité d'ordonner des mesures urgentes et/ou provisoires (24) (*cautelari*) (25). Cette atteinte au potentiel de

---

(21) Cf. J. Uff, « How Final Should Dispute Resolution Be? », préc., p. 2.

(22) V. D. Roebuck, « The Prehistory of Dispute Resolution in England », *Arbitration*, 2006, p. 2 ; J. J. Dawson, *A History of Lay Judges*, Harvard University Press, 1960, p. 13 et s. ; F. D. Emerson, « History of Arbitration Practice and Law », *Clev. St. L. Rev.*, 1970.155 ; M. J. Mustill, « Arbitration: History and Background », *J. Int'l Arb.*, 1989.43.

(23) J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 2.

(24) V. l'art. 818 c.p.c., qui interdit aux arbitres d'ordonner de telles mesures, interdiction qui n'est pas écartée, contrairement à ce que soutient la majorité de la doctrine, par l'art. 35, al. 5, décret-loi du 17 janvier 2003 n. 5 : cf. F. Auletta, « Le decisioni cautelari e di merito degli arbitri nell'arbitrato societario italiano (per un ripensamento del potere di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata : art. 35, c. 5, d.lgs. n. 5/2003) », *Riv. arb.*, 2017.271 ; « Arbitrato e impresa societaria : il potere di sospensione delle delibere assembleari e la pronuncia di merito », *Le Società*, 2018, p. 1296 et s.

(25) Sur les difficultés de traduction en français de ce terme, et pour la proposition d'utiliser le mot « cautèle », v. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz, 2007, p. 47 et s., n° 40 et s. Dans le texte, on utilisera le mot *cautelari*, en italien, lorsqu'on voudra indiquer à la fois les mesures urgentes et provisoires, anticipatoires et conservatoires.

l'arbitrage apparaît encore plus sérieuse lorsqu'on considère que, bien que *interest reipublicae ut sit finis litium*, l'intérêt général de pacification sociale doit nécessairement s'équilibrer avec l'intérêt privé, qui vise à obtenir la forme de protection la plus appropriée à la préservation du droit litigieux (26).

17. En ce sens, l'inadéquation de la procédure arbitrale, calquée sur les formes et (donc) sur les délais de la procédure étatique, semble évidente lorsqu'il s'agit de litiges, tels que ceux relatifs aux paiements périodiques, dans lesquels ce qui importe n'est pas l'aptitude de la décision à acquérir la force de la chose jugée, mais la rapidité dans sa reddition. En d'autres termes, la pratique nécessitait des mesures urgentes ordonnées par l'arbitre ; mais, même dans un pays favorable à l'arbitrage tel que le Royaume-Uni, la loi elle-même (du moins, telle qu'interprétée par la jurisprudence) l'empêchait.

## **b) L'écart entre la protection arbitrale et la protection étatique**

18. L'article 14 de l'*Arbitration Act* 1950 (27) semblait exprimer une large faveur au regard du pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures *cautelari* ; en revanche, la jurisprudence, à commencer par l'affaire *Kostas Melas* (28), en a donné une interprétation restrictive.

19. En particulier, en s'appuyant sur l'idée que « *the jurisdiction of the arbitrator was to decide the dispute finally and that there was no inherent power to award sums on account* », sauf si un tel pouvoir lui avait été attribué par les parties, la Cour a interprété l'expression « *interim award* » comme désignant une sentence qui « *finally determine the claim or part of it and [that] state which part* » (en d'autres termes, plus familiers aux juristes de *civil law*, une sentence partielle), ainsi en limitant la reddition

---

(26) Ainsi, l'arbitre était incapable d'assurer une protection juridictionnelle équivalente, sous le profil qualitatif, à celle garantie par la justice étatique, comme il n'était pas en mesure de respecter le principe selon lequel « *la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione* » ; sur ce principe, énoncé par Chiovenda, v. C. Chainais, *op. cit.*, p. 10, n° 5.

(27) « *Unless a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall, where such a provision is applicable to the reference, be deemed to contain a provision that the arbitrator or umpire may, if he thinks fit, make an interim award, and any reference in this Part of this Act to an award includes a reference to an interim award* ».

(28) *SL Sethia Liners Ltd. v. Naviagro Maritime CO (The)* [1981] 1 Lloyd's Rep 18.

aux seuls cas où le droit du demandeur est « *indisputable* ». Ce qui, évidemment, néglige totalement le fait que, bien que la loi utilisât le mot « *award* » (au lieu d'« *order* »), ce dernier était qualifié de « *interim* » (et donc de « temporaire, provisoire »).

20. En raison de la jurisprudence *Kostas Melas*, la partie nécessitant une mesure urgente ne pouvait la demander qu'à l'autorité judiciaire, avec toutes les conséquences que cela impliquait en termes d'allongement des délais et d'augmentation des coûts (29).

21. L'ingérence que les juridictions étatiques étaient ainsi en mesure d'exercer était fort critiquée (30) ; mais, peut-être en réponse aux critiques de la doctrine, la jurisprudence ultérieure est tombée dans l'excès inverse : en tournant le dos à la possibilité d'ordonner des mesures urgentes en présence d'une convention d'arbitrage, on s'est acheminé vers un total déni de justice. En effet, depuis les années 90, la *Official Referees Court* (devenue, par la suite, la *Technology and Construction Court* : ci-après TCC) s'est montrée de plus en plus réticente à accorder des mesures *cautelari*, en motivant son refus par la volonté de respecter (ou, peut-être, de sanctionner ?) la volonté exprimée par les parties dans leur choix de la méthode de résolution des litiges.

22. Compte tenu de cette attitude, il n'est pas surprenant que le nouvel *Arbitration Act* 1996 ait introduit, à l'article 39, la possibilité pour les parties de conférer à l'arbitre le pouvoir d'ordonner « *on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award* ».

23. En ce qui concerne le contentieux de la construction, la solution s'est toutefois révélée tardive : en réponse à cette situation insoutenable, les praticiens s'étaient, depuis quelque temps déjà, mis à la recherche d'un autre instrument, pouvant associer la rapidité de la décision de l'Ingénieur et l'impartialité de la procédure d'arbitrage : leurs efforts ont ainsi jeté les bases pour la création de l'*adjudication*. Cette dernière, introduite par

---

(29) Il suffit de penser que, selon l'Annexe 3 du *Woolf Report* du 1996, la durée moyenne d'un procès en matière de construction était de 30 mois, tandis que les coûts représentaient un pourcentage disproportionné par rapport à la valeur du litige. En effet, « *a typical claim for £10,000 would involve costs of £41,000* ». V. J. Redmond, *Adjudication in Construction Contracts*, Blackwell, 2001, p. 2.

(30) T. Øyre, « The Power of an Arbitrator to Grant Interim Relief under the Arbitration Act 1996 », *Arbitration*, 1999, p. 117-118.

la loi en même temps que l'*Arbitration Act* (31), a eu pour effet que la nouveauté de l'article 39 de l'*Arbitration Act* est passée inaperçue.

## B) Une solution satisfaisante

24. En fait, plusieurs formes d'*adjudication*, bien que sous des dénominations différentes, avaient déjà été introduites par voie contractuelle (32), en réaction à la jurisprudence inaugurée par l'affaire *Gilbert Ash* (33). Mais le problème ne trouva une solution générale qu'à la suite de l'entrée en vigueur du *Housing Grant, Construction and Regeneration Act 1996* (HGCRA).

25. Ce texte a introduit au Royaume-Uni la *Statutory Adjudication* qui, à l'origine conçue comme une alternative (temporaire) à la justice étatique et arbitrale (1°), est finalement devenue la justice ordinaire (et souvent définitive) du secteur de la construction (2°).

1°) *Du Latham Report au Housing Grant Construction and Regeneration Act 1996 (HGCRA)*

26. La paternité de l'*adjudication* peut être sans doute attribuée à Sir Michael Latham (a), dont les idées ont été presque entièrement reprises par le HGCRA (b).

---

(31) Soit l'*Arbitration Act*, soit le *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* (HGCRA, qui a introduit l'*adjudication*) ont reçu le *royal assent* en 1996, bien que leur entrée en vigueur respective ait été distante d'environ un an et demi (1<sup>er</sup> janvier 1997, pour le premier ; 1<sup>er</sup> mai 1998, pour le deuxième).

(32) V. les modifications apportées à la '*Green Form*' of *Nominated Sub-Contract* et à la '*Blue Form*' of *domestic sub-contract* en 1976 ; les *Supplementary Provision SI* du *Standard Form of Contract With Contractor's Design (JCT 81)* de 1988 ; le *1992 ICE Design and Construct Contract* ; l'édition 1993 du *New Engineering Contract (NEC)*.

(33) *Gilbert Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd.* [1974] AC 689, dans laquelle la *House of Lords* — infirmant le précédent constitué par *Dawnays v. Minter* [1971] 1 WLR 1205, qui avait considéré le montant reconnu par les *architect's certificates* comme un type spécial de dette, « *equivalent to cash* », comme tel soustrait aux règles de compensation ordinaires — avait rétabli la possibilité, pour l'employeur, de déduire des *set-off* des sommes certifiées par l'Ingénieur, sauf si le contrat l'excluait expressément. Ainsi, « *for the next 20 years or so, employers and main contractors would habitually raise set-offs and cross-claims in order to avoid payment of sums due to contractors and sub-contractors* » : cf. J. L. Riches, C. Dancaaster, *Construction Adjudication*, Blackwell Publishing, 2004, p. 2.

### a) Le *Latham Report*

27. Le 5 juillet 1993, la *House of Commons* a officiellement confié à Sir Michael Latham la tâche de mener une *Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements*, promue conjointement par le secteur public (*Department of the Environment*) et le secteur privé (quatre organisations industrielles et deux groupes représentatifs des principaux clients) (34).

28. Les résultats des études menées par Latham — anticipés par le *Interim Report « Trust and Money »*, publié en décembre de la même année — ont été insérés dans le rapport final (intitulé « *Constructing the Team* », mais généralement appelé « *Latham Report* »), publié en juillet 1994 (35). Il n'est pas possible ici de rendre compte de la multiplicité des aspects analysés par le rapport ; il suffit de souligner que Sir Latham proposait l'introduction d'un vrai droit aux paiements périodiques et l'interdiction légale de toute *pay-when-paid provision*, en étant convaincu qu'une bonne rédaction du contrat pouvait prévenir les différends entre les parties.

29. Malgré cela, il était conscient que « *disputes may arise, despite everyone's best efforts to avoid them* » (36) ; ainsi, le Chapitre 9 du Rapport passe en revue plusieurs procédures — *adjudication*, médiation / conciliation, *multi-tiered ADR* et arbitrage —, et identifie la première comme « *the key to settling disputes in the construction industry* » (37). Il en envisageait un emploi dans tout type de litige, sans aucune limitation objective (et quelle que soit l'importance du contrat) ou subjective (et donc aussi bien dans les relations entre maître de l'ouvrage et entrepreneur principal que dans celles entre entrepreneur principal et sous-traitant) ; la procédure aurait dû être utilisable à tout moment. En outre, l'exécution immédiate des décisions

---

(34) La circonstance de l'attribution d'un mandat commun ne doit pas surprendre, non seulement pour l'existence évidente d'un intérêt gouvernemental au bon fonctionnement de l'industrie, mais surtout parce que dans les Pays de *common law* la réglementation du droit de la construction s'applique également aux contrats conclus entre personnes privées ou avec une partie publique. Sur ce point, v. A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et outre-mer*, Tome II, Bruylant, 1996, p. 53 et s.

(35) M. Latham, *Constructing the Team: Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry: Final Report*, H.M. Stationery Office, 1994.

(36) M. Latham, *op. cit.*, p. 87.

(37) M. Latham, *op. cit.*, p. 87.

rendues par l'*adjudicator* aurait dû non seulement être garantie par la loi, mais également facilitée par les juridictions, par le biais d'une procédure d'exécution spécifique et rapide, à activer en cas de refus de la partie perdante à exécuter la décision. A l'exception de cette dernière hypothèse, en revanche, « [a]ny appeals to arbitration or the courts » aurait dû être exclu jusqu'à la fin des travaux (38).

30. Son projet est devenu réalité : après de longs débats parlementaires, le *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1998, en reconnaissant un vrai droit à l'*adjudication* (39).

## b) Le HGCRA

31. Le Parlement aurait pu modeler l'*adjudication* comme une condition préalable aux autres méthodes de résolution des litiges, ou limiter l'accès à la procédure aux seuls maillons faibles de la chaîne, ou en restreindre l'objet aux seuls litiges concernant les paiements périodiques. Au contraire, l'article 108 HGCRA définit l'*adjudication* comme un *droit*, le reconnaît à *toutes* les parties au contrat et ne pose pas de limites à son *objet*.

32. Le même article, aux alinéas 2, 3 et 4, prévoit les « *eight compliance points* », c'est-à-dire les stipulations que le contrat de construction doit *nécessairement* contenir : à défaut, le *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998* (40) s'appliquera d'office. Plus précisément, le contrat doit prévoir :

---

(38) M. Latham, *op. cit.*, p. 91-92.

(39) Suivant l'exemple anglais, beaucoup d'autres Pays ont introduit le même mécanisme : v. le *Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999* (NSW) ; le *Construction Contracts Act 2002* (NZ) ; le *Building and Construction Industry Security of Payment Act 2002* (Vic) ; le *Building and Construction Industry Payments Act 2004* (Qld) ; le *Construction Contracts Act 2004* (WA) ; le *Construction Contracts (Security of Payments) Act 2004* (NT) ; le *Construction Contracts Act 2004* (Isle of Man) ; le *Building and Construction Industry Security of Payment Act 2004* (Singapore) ; le *Building and Construction Industry Security of Payment Bill 2009* (SA) ; le *Building and Construction Industry Security of Payment Act 2009* (Tas) ; le *Construction Industry Payment and Adjudication Act 2012* (Malaysia) ; le *Construction Contracts Act 2013* (Ireland) ; le *Construction Lien Amendment Act 2017* (Ontario).

(40) Art. 108(5) HGCRA : « [i]f the contract does not comply with the requirements of subsections (1) to (4), the adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts apply ».

i) le droit de chacune des parties de commencer l'*adjudication* à tout moment, sous réserve de la notification à l'autre partie d'une *notice of adjudication* ; il faut néanmoins que le litige soit cristallisé, c'est-à-dire qu'une réclamation ait été élevée par l'une des parties et n'ait pas été acceptée par l'autre. On ajoutera que le droit à l'*adjudication* n'existe qu'en présence d'un contrat de construction valable ; en ce sens, contrairement à la clause d'arbitrage, celle d'*adjudication* ne jouit pas de l'autonomie dont dispose la clause compromissoire (41) ;

ii) un calendrier strict garantissant la désignation de l'*adjudicator* dans un délai de 7 jours à compter de la *notice of adjudication* : les parties peuvent ou bien indiquer dans le contrat le tiers qu'elles souhaitent désigner, voire l'organisme de désignation vers lequel le demandeur devra se tourner, ou bien ne rien prévoir. Dans ce dernier cas, il appartiendra à la *referring party* de choisir une *Adjudicator Nominating Body* (ANB) ;

iii) l'obligation pour l'*adjudicator* de rendre sa décision dans les 28 jours de sa désignation ou dans tout autre délai convenu par les parties ;

iv) la faculté, pour l'*adjudicator*, de prolonger la période de 28 jours à 42, avec l'accord du (seul) demandeur ;

v) le devoir d'impartialité de l'*adjudicator*, que la jurisprudence a calqué sur celui de l'arbitre, ce dernier étant, à son tour, repris de celui du juge étatique ;

---

(41) Ce qui s'explique aisément, lorsqu'on pense qu'il n'y a pas ici « deux conventions » (H. Motulsky, *Ecrits II, Ecrits et notes sur l'arbitrage*, préf. Cl. Reymond, Dalloz, 2010, p. 345), la clause d'*adjudication* étant une conséquence (que les parties le veuillent ou non) de la conclusion du contrat principal. En effet, bien que la question soit désormais tranchée, en France comme en Italie, par la loi (v., respectivement, les articles 1447, al. 1, CPC et 808, al. 2, c.p.c.), on dirait que la théorie de M. Motulsky demeure toujours d'actualité par rapport à l'*adjudication*, dont le régime juridique est muet sur ce point. C'est d'ailleurs cette même perspective qui est adoptée, en matière d'arbitrage, par l'*Arbitration Act 1996*, dont l'art. 8 dispose que : « *Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement* ». Dès lors, il semble que l'absence d'une telle disposition — dans le HGCRA comme dans le *Scheme* — puisse être interprété comme un rejet implicite du principe de l'autonomie de clause d'*adjudication*.

vi) le pouvoir de l'*adjudicator* de mener des enquêtes de fait et de droit de sa propre initiative (42) ; cela est d'autant plus important que le tiers peut trancher des différends qui portent aussi bien sur des droits (l'exemple typique étant le droit aux paiements périodiques) que sur des faits (par exemple, la qualité des matériaux utilisés). Ce qui explique qu'il soit souvent choisi pour être un expert (ingénieur, architecte, etc.) plutôt qu'un juriste (43) ;

vii) le caractère contraignant de la décision de l'*adjudicator*, jusqu'au moment où une nouvelle décision définitive sera émise par le juge étatique ou l'arbitre, ou que le différend sera réglé par les parties par le biais d'une transaction : ce qui implique, *a contrario*, que la décision lie tout autre *adjudicator* en cas de *serial adjudications* ;

viii) l'immunité de l'*adjudicator*, au regard de toute action ou omission liée à l'exercice de ses fonctions, sauf s'il a agi ou a omis d'agir de mauvaise foi.

33. Les huit conditions essentielles dictées par l'article 108(2-4) HGCRA opèrent donc comme des « *implied terms of the contract concerned* » (44), soit dans le cas où les parties n'ont rien prévu dans leur clause de résolution des différends, soit dans celui où elles avaient stipulé des dispositions contraires à celles posées par l'article 108 HGCRA précité ; et, quand bien même l'irrégularité serait limitée à un seul des *eight compliance points*, le *Scheme* se substituerait en bloc (« *lock, stock and barrel* ») (45) à la clause souscrite par les parties. On pourrait en tirer la conclusion que l'*adjudication* est imposée aux parties ; mais la situation réelle est bien plus complexe.

---

(42) L'art. 13 *Scheme*, applicable par défaut, détaille ces pouvoirs, qui sont — en substance — les mêmes que ceux que l'article 34(2) de l'*Arbitration Act* reconnaît à l'arbitre.

(43) Ce dernier ne représente qu'environ 30 % du total des *adjudicators* désignés (même s'ils ont tendance à augmenter au fil des années) ; v. les statistiques publiées (sous le nom de *Research analysis of the development of Adjudication based on returned questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies*) par la Glasgow Caledonian University sur les sites [www.gcu.ac.uk](http://www.gcu.ac.uk) et [www.adjudication.org](http://www.adjudication.org).

(44) Sur la notion d'*implied term*, v. *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd.* [2009] UKPC 10.

(45) *Yuanda (UK) Co Ltd. v. WW Gear Construction Ltd.* [2010] EWHC 720 (TCC).

34. En effet, ce à quoi les parties sont contraintes, c'est de se reconnaître mutuellement la *faculté* d'engager l'*adjudication*, sans possibilité de *opt-out* (46) ; en revanche, une fois le litige né, elles ne sont pas obligées de le déférer à l'*adjudicator*. La saisine de l'*adjudicator* n'empêche pas l'autre partie (voire, le demandeur-même) de saisir le juge étatique ou (si une convention d'arbitrage avait été signée) le tribunal arbitral ; et, vice-versa, l'*adjudicator* peut être librement saisi même si un autre procès est déjà en place.

35. En d'autres termes, *adjudication* et arbitrage ou procès étatique peuvent coexister, bien qu'il soit possible pour chaque partie de demander la suspension de la procédure d'*adjudication* à la TCC, suspension que, pourtant, le juge n'accorde presque jamais (47).

## 2°) D'une fonction alternative à une alternative plus satisfaisante

36. Le choix de considérer l'*adjudication* comme étant un droit, et non pas une obligation, s'est révélé des plus heureux, puisqu'il a permis à l'*adjudication* de supplanter la justice étatique dans le domaine de la construction, tout en élargissant la protection juridictionnelle des parties (a) ; ce qui est aussi, à la fois, la cause et l'effet de la coopération dont la TCC fait preuve au profit de cette institution (b).

### a) La supplantation de la TCC

37. Bien que le but premier poursuivi par Sir Latham ait sans doute été que l'industrie de la construction fût performante, l'*adjudication* a en outre produit un effet indirect, celui de soulager la gestion publique d'une partie importante du contentieux y relatif. En effet, comme « *the legislature has in effect left the resolution of disputes under construction contracts to experts in the private sector, at that sector's expense, rather than requiring them to be resolved by judicial officers or public administrators at the State's expense* » (48), le mécanisme peut

(46) Encore une fois, selon le souhait de Sir Latham : v. M. Latham, *op. cit.* p. 84.

(47) Pour de plus amples détails, v. V. Capasso, *L'Adjudication. Contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Giappichelli, 2019, spéc. p. 27 et s.

(48) J. Bailey, « Public Law and Statutory Adjudication », *SCL*, June 2008, p. 1 et s., spéc. p. 5. Ainsi, le rapport — qui a toujours été ambigu : cf. Centre français de droit comparé, *Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ?*, coll. « Centre français de droit comparé », vol. 12, 2009 — entre juge et expert est résolu, l'*adjudicator* étant à la fois juge et expert.

être considéré comme une *méthode d'externalisation de la résolution des conflits* (MERC).

38. De surcroît, lorsque l'on considère que, selon les statistiques, les procédures d'*adjudication* sont chaque année de 2 à 5 fois plus nombreuses que les saisines de la TCC (49), il est clair que l'introduction de l'*adjudication* a permis l'émergence d'un nombre important de litiges qui, à défaut, auraient probablement été négligés au cours des travaux (en raison, soit des limites contractuelles relatives au déclenchement d'une action en justice, soit du caractère excessivement onéreux, en termes de temps et de coût, de son traitement devant la Cour), sauf à ce que ces litiges soient inclus vraisemblablement dans le contentieux (compliqué et probablement chronophage) portant, en aval, sur le *final account*.

39. Par conséquent, on peut affirmer que le mécanisme a simultanément permis — d'un point de vue systématique — un double effet positif : élargir les possibilités de protection des parties et simplifier les procès qui finalement aboutissaient devant l'autorité judiciaire.

40. Cette dernière conclusion semble d'ailleurs confirmée par d'autres données.

Le contentieux devant la TCC a en fait changé de nature : si les différends relatifs au fond sont de moins en moins portés devant la Cour, elle s'est chargée d'une nouvelle compétence, à savoir fournir une assistance — avant tout, mais pas seulement — à l'exécution des décisions de l'*adjudicator*. Il est vrai que cela a partiellement compensé la diminution des affaires traitées en première instance par la Cour ; néanmoins, il semble même superflu de souligner que le degré d'engagement demandé au juge dans le traitement d'un procès ordinaire est quantitativement et qualitativement différent que celui demandé par une simple procédure d'*exequatour*.

---

(49) Qu'on peut repérer en confrontant celles reportées par R. Gaitskell, « Trends in Construction Dispute Resolution », *SCL*, December 2005, p. 1 et s., spéc. p. 2 ; par Judiciary of England and Wales, *Annual Report of the Technology and Construction Court 2011-2012*, p. 7, et *Annual Report of the Technology and Construction Court 2013-2014*, p. 8, publiés sur [www.judiciary.gov.uk](http://www.judiciary.gov.uk) ; par Adjudication Reporting Centre, *Report n° 15. Research analysis of the development of Adjudication based on returned questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs)*, sur [www.adjudication.org](http://www.adjudication.org).

41. Par ailleurs, l'assistance de la Cour est très peu sollicitée : il suffit de dire que, pendant la période 1998-2005, environ 15 000 *adjudication* ont été réalisées ; mais « *only about 300 ha[d] reached the courts, and of these about 200 reported decisions ha[d] resulted* » (50). En 2006, la TCC a traité 83 cas liés à l'*adjudication*, soit 21 % des litiges soumis à la Cour, mais moins de 6 % des saisines en *adjudication* proposées au cours de l'année (51).

42. Cela s'explique par la capacité prédictive de la décision de l'*adjudicator* : comme la procédure se traduit par un véritable procès concentré, dans lequel, malgré les délais très stricts, les parties s'affrontent dans le respect du principe de la contradiction, la décision de l'*adjudicator* anticipe avec une bonne approximation le résultat de l'éventuel jugement au fond. Ainsi, la partie gagnante n'a pas intérêt à engager la procédure au fond. La partie perdante, de son côté, et hormis les cas où elle est raisonnablement convaincue d'avoir été victime d'une erreur de jugement flagrante, ou d'avoir subi un procès inéquitable, ne s'exposera guère à une nouvelle défaite et à ses conséquences (tel que le remboursement des frais engagés par l'autre partie, qui sont notoirement très élevés au Royaume-Uni). D'où le taux élevé d'exécution spontanée démontré par les chiffres mentionnés ci-dessus (52), ce qui fait que la décision de l'*adjudicator*, bien que provisoire en droit, devient, *de facto*, définitive (53).

43. En outre, dans les cas où la Cour est sollicitée pour juger le fond du litige, le jugement est souvent conforme à la décision de l'*adjudicator*, au point que, dans *Imperial Chemical v.*

---

(50) Cf. R. Gaitskell, *op. cit.*, p. 12.

(51) The Technology and Construction Court, *Annual Report for The Year Ending 30th September 2006*, p. 5, sur [www.judiciary.gov.uk](http://www.judiciary.gov.uk).

(52) Ce qui est arrivé, en Italie, par rapport à l'*Arbitro Bancario Finanziario*, dont les décisions ne sont pas contraignantes (mais, lorsqu'elles condamnent l'intermédiaire financier, elles sont accompagnées d'une sanction de nature réputationnelle) : d'où le parallèle, dessiné par la doctrine, entre ce procédé et la *Early Neutral Evaluation*. V. C. Consolo, M. Stella, « Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria », *Corr. giur.*, 2011, p. 1653 et s. ; « L'"arbitro bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice" », *Le Società*, 2013.185 ; G. Finocchiaro, *L'Arbitro Bancario Finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, 2012, p. 297 et s.

(53) Une considération qui s'avère familière tant pour le juriste italien que français : en effet, on sait que le même phénomène se vérifie par rapport aux mesures provisoires anticipatoires accordées, respectivement, aux termes de l'art. 700 c.p.c. et 809 CPC (v. à cet égard, C. Chainais, *op. cit.*, *passim*).

*Merit* (54), Fraser J a affirmé que « *litigation [...] stands as something of an advertisement for adjudication* ». En l'espèce, l'*adjudicator* avait reconnu au demandeur environ 8,7 millions, et le montant final déterminé par la Cour n'était supérieur que de 1 % (soit 87000 livres) ; et, bien que les dépenses réellement engagées par les parties au cours des 18 mois sur lesquels s'est étalé le procès ne soient pas connues, on peut penser que... cela n'en valait pas la peine.

## b) Le soutien de la TCC

44. Le faible taux d'opposition aux décisions de l'*adjudicator* s'explique aussi en raison du soutien que la TCC a toujours apporté à l'institution. En fait, tant le HGCRA que le *Scheme* sont muets quant à la procédure pour obtenir l'exécution du verdict du professionnel ; mais la Cour a voulu combler le vide législatif en modélisant progressivement la voie à suivre pour obtenir l'assistance étatique à l'exécution de la décision, qui, autrement, n'aurait été que contractuellement contraignante. Ce faisant, cependant, la TCC a été poussée par un objectif éminemment pratique (celui de garder l'efficacité du mécanisme) ; l'interprète qui veut essayer d'encadrer l'instrument est donc poussé à un effort de rationalisation, ne pouvant tirer d'éléments utiles à l'analyse que de l'application jurisprudentielle.

45. En premier lieu, on peut remarquer que, si l'exécution est évidemment demandée par la partie gagnante, son contradicteur ne peut pas saisir la Cour d'un recours en annulation (mais, éventuellement, demander un jugement *afresh*, c'est-à-dire un nouveau jugement sur le fond de l'affaire, comme si la décision de l'*adjudicator* n'avait jamais été rendue). Toutefois, au cours du même processus visant à l'*exequatur* (qui est contradictoire) (55), elle peut opposer deux catégories de vices : le défaut de compétence (*lack of jurisdiction*) et la violation des règles du procès équitable (*breach of natural justice*). Par conséquent, s'il lui est empêché d'agir directement, elle peut néanmoins déposer une sorte de recours en annulation incidente (56).

---

(54) *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Merit Merrell Technology Ltd.* [2018] EWHC 1577 (TCC).

(55) A la différence de ce que prévoient les art. 1487, al. 2, CPC et 825 c.p.c.

(56) En ce sens, le mécanisme juridique mis en œuvre par la TCC se rapproche du droit allemand, qui, à côté du recours en annulation prévu par le § 1059 ZPO, permet aussi à la partie perdante d'opposer les motifs de nullité de la sentence pendant le jugement visant à l'obtention de l'*exequatur* (*ex* § 1060 ZPO) : v. M. L. Serra, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Jovene, 2016, p. 310-311.

46. Deuxièmement, il faut souligner que la TCC, qui voit son rôle de soutien à l'*adjudication* comme une mission (57), est très généreuse lorsqu'il s'agit de donner force exécutoire aux décisions issues de cette procédure. Mais, bien que cette approche ait pu paraître critiquable (58), la jurisprudence de la Cour assure toujours le respect des principes fondamentaux du procès (et, par conséquent, de l'article 6 § 1 CEDH) ; d'autre part, la décision de l'*adjudicator* n'étant pas définitive *de jure*, toute erreur peut être corrigée lors d'une éventuelle saisine du juge du fond (qu'il soit étatique ou arbitral). Cela explique pourquoi la TCC ne reconnaît pas la possibilité de proposer un « *appeal on point of law* », tel qu'il est admis par l'article 69 AA.

47. Concernant les motifs d'annulation qui sont, au contraire, admis, il n'est pas sans intérêt de souligner que, dans l'interprétation de la Cour, ils se rapprochent énormément de ceux qu'on peut opposer à la sentence arbitrale, aussi bien au Royaume-Uni, qu'en Italie et en France. Le défaut de compétence, en effet, a été reconnu lorsque l'*adjudicator* s'est déclaré à tort compétent (59), ou a été irrégulièrement désigné (60), ou, encore, a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée (61), ou n'a pas respecté le délai imparti pour rendre sa décision (62). La

---

(57) V., par ex., *Outwing Construction Ltd. v. H. Randell & Son Ltd.* [1999] BLR 156 ; *Joinery Plus Ltd. (In Administration) v. Laing Ltd.* [2003] EWHC 3513 (TCC) ; *Carillion Construction Ltd. v. Devonport Royal Dockyard Ltd.* [2005] EWCA Civ 1358.

(58) A. Sheppard – S. Barret-White, « Le règlement des litiges dans le domaine de la construction par voie d'«adjudication» au Royaume-Uni », *RDI*, 2001.129, spéc. p. 131-132.

(59) Parce que le contrat n'était pas un contrat de construction et/ou le litige n'était pas encore « cristallisé » au moment de la notification de renvoi : dans les deux hypothèses, en fait, le droit à l'*adjudication* n'existait pas (ce qui peut être renvoyé à la « *convention d'arbitrage [...] invalide* » : art. 829, al. 1, n° 1, c.p.c.) ; mais aussi lorsqu'il a statué en dehors des limites du différend, ce qui comprend les hypothèses visées par les art. 829, al. 1, nn° 4 et 12, c.p.c. ; 67, 68(2)(b) et 68(2)(d) *Arbitration Act* ; 1492-1° CPC (en ce qui concerne l'arbitre qui se serait jugé à tort compétent) et celles où l'*adjudicator* a statué sur une question qui avait déjà été tranchée par un autre *adjudicator* (dont la décision, bien qu'elle n'empêche pas un nouvel examen de la part du juge étatique ou arbitral, a la force de la chose jugée pour tout autre *adjudicator* : ce qui rapproche ce cas de l'art. 829, al. 1, n° 8, c.p.c.).

(60) Cf. l'art. 829, al. 1, n° 2, c.p.c et art. 1492, indice 2°, CPC.

(61) N'ayant pas suivi, pendant la procédure, d'éventuelles prévisions supplémentaires rajouté au contrat par les parties : un parallèle est possible avec l'art. 829, al. 1, n° 7, c.p.c. ; l'art. 68 (2)(c) AA ; l'art. 1492, indice 3°, CPC.

(62) Comme prévu pour l'arbitre italien, aux termes de l'art. 829, al. 1, n° 6, c.p.c.

violation des règles du procès équitable, de son côté, est reconnue lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté (63) ou lorsque l'*adjudicator* s'est montré partial (64). S'agissant de la contrariété à l'ordre public (65), la jurisprudence ne semble pas encore avoir dû trancher la question, mais il n'y a pas de raison de croire qu'elle — en l'espèce — adopterait une solution différente de la règle visée à l'article 68(2)(g) de l'*Arbitration Act*. Quant aux conditions de forme énoncées par l'article 1492-6° CPC (66), elles ne sont requises, ni par le HGCRA, ni par le *Scheme* ; ainsi, sauf accord contraire des parties, la décision dans laquelle manqueraient ces indications ne saurait être annulée. Pourtant, l'indication des conditions posées par l'article 1492-6° CPC n'est également pas requise — en droit français — en matière d'arbitrage international, dont le régime est notoirement destiné à faciliter l'arbitrage ; ce qui démontre non seulement que le respect des caractères formels n'est pas *vraiment* nécessaire pour la reconnaissance d'une sentence, mais qu'une telle prescription peut être vue comme un obstacle à la diffusion de la justice privée.

## II. – UNE THÉORISATION PROBLÉMATIQUE

48. Des doutes sur le bon encadrement de l'*adjudication* — et en particulier sur son altérité par rapport à l'arbitrage — ont déjà fait surface pendant les débats parlementaires (67) ; en fait, on peut supposer que c'est précisément dans ces incertitudes qu'il faut rechercher la cause de l'absence, dans le HGCRA comme dans le *Scheme*, de toute définition du procédé et du professionnel chargé de son déroulement.

49. Ainsi, pour éviter la tautologie consistant à considérer l'*adjudication* comme « *a system of dispute resolution that complies with the requirements of the Act* », certains auteurs cherchent à en tirer une définition par exclusion (en d'autres termes, en précisant ce que l'*adjudication* ne serait pas : procès étatique, arbitrage, détermination d'expert, médiation), pour en conclure

(63) Cf. art. 1492, indice 4°, CPC et 819, al. 1, n° 9, c.p.c.

(64) V. l'art. 68(2)(a) AA, qui renvoie à l'art. 33 AA (qui prévoit le devoir d'impartialité).

(65) Cf. art. 1492-5° CPC et 829, al. 3, c.p.c.

(66) Et aux art. 68(2)(h) *Arbitration Act* et 829, al. 1, n° 5, c.p.c.

(67) V. *Hansard* 28.3.96, col. 1911 et *Hansard*, 22.4.96, col. 989-990.

que « *in adjudication we have an entirely new dispute resolution system [that] has little in common with any of the conventional systems with which we have worked before* » (68).

50. Si la démarche apparaît correcte, cette définition reste insatisfaisante, bien qu'il faille admettre que la tâche n'est pas aisée, en raison également de la polysémie du terme. En fait, le mot *adjudication* est souvent employé en guise de synonyme de procès étatique, voire d'arbitrage, mais elle peut indiquer aussi le résultat de la procédure (le jugement) (69) ; elle est également présente dans d'autres branches du droit, britannique (70) et étranger (71).

51. Compte tenu de ces difficultés, il est nécessaire de s'appuyer sur la réglementation légale et jurisprudentielle de l'*adjudication*, telle qu'on l'a déjà exposée, pour en tirer une définition qui soit à la fois capable de la distinguer des autres méthodes de règlement des litiges qui pourraient s'en rapprocher (A) et la ramener dans le cadre de l'arbitrage, pourvu qu'on puisse en donner une notion élargie (B).

## A) La délimitation de la notion d'*adjudication*

52. Suivant l'exemple de M. Jarrosson (72) et de M. Born (73), la première étape pour l'encadrement de l'*adjudication* doit viser à l'individuation des frontières qui la séparent des autres méthodes de règlement des litiges, notamment de ceux liés (voire censés être liés) à l'urgence (1°) ou à l'expertise du juge privé (2°).

(68) J. Redmond, *op. cit.*, p. 6-11.

(69) Dans le même sens, R. Rana, « Is adjudication killing arbitration? », *Arbitration*, 2009.223, spéc. p. 223-224.

(70) En droit de l'immigration, par ex., l'agent chargé de la révision des décisions adoptées par les autorités de l'immigration est désigné par le nom de *adjudicator*.

(71) En Inde, par ex., on le retrouve dans le droit du travail, en matière de grève : v. O. P. Malhotra, *The Law of Industrial Disputes*, Universal Law Publishing Co., 1998, p. 16 ; aux Etats-Unis en revanche, l'*Administrative Procedure Act*, en matière de *Authorities*, définit l'*adjudication* comme l'« *agency process for the formulation of an order* », tout en le distinguant du *rule making*, c'est-à-dire l'« *agency process for formulating, amending, or repealing a rule* » (v. 5 U.S.C. § 551).

(72) Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.5, spéc. p. 8 et s.

(73) G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 256 et s.

1°) *La distinction entre adjudication, Dispute Boards (DBs) et arbitrage d'urgence*

53. Si les DBs peuvent aisément être différenciés de l'*adjudication* en raison de leur but (a), ce qui sépare cette dernière de l'arbitrage d'urgence est surtout l'encadrement normatif de l'*adjudicator*, qui se reflète dans le régime de sa décision (b). Vu l'étendue des sujets abordés, il n'est pas possible d'en donner une description complète ; on se limitera à souligner les points de démarcation.

**a) Le *Dispute Board* : un instrument de prévention des litiges et de pacification des parties**

54. Si les mêmes développements historiques du secteur de la construction mentionnés en début d'article ont eu lieu aux Etats-Unis comme au Royaume-Uni, la solution élaborée par la pratique a été très différente : au lieu d'envisager une procédure de résolution des différends, les praticiens ont ici montré une tendance à prévenir les litiges autant que possible (74). C'est ainsi que sont nés les *Dispute Boards*, que l'on met en place dès le début des travaux, afin que les *Board members* puissent intervenir dès les premiers symptômes d'un potentiel conflit et éviter qu'il se cristallise (75).

55. Cela fait déjà comprendre qu'ils ne sont pas des tribunaux arbitraux, ni leur verdict une sentence. C'est, du moins, ce que les parties (ou plus exactement les formulaires types qu'elles utilisent) (76) prévoient expressément ; c'est aussi ce que reconnaît la jurisprudence qui, ayant finalement établi que le recours au DB est une condition préalable à l'arbitrage (77), a en même temps marqué la distinction entre les deux et exclu que la décision

---

(74) Pour une description exhaustive de l'idée initiale qui sous-tend les DBs, v. The Technical Committee on Contracting Practices of the Underground Technology Research Council, *Avoiding and Resolving Disputes During Construction. Successful Practices and Guidelines*, ASCE, 1991.

(75) On a vu en revanche que l'existence d'un différend cristallisé est l'une des conditions pour que l'*adjudicator* soit saisi.

(76) Par exemple, l'art. 1.2 ICC Dispute Board Rules prévoit que « [l]es *dispute boards* ne sont pas des tribunaux arbitraux et leurs conclusions n'ont pas force exécutoire comme les sentences arbitrales » ; également, aux termes de la *sub-clause* 21.4.3 du 2017 FIDIC *Red Book*, « [t]he DAAB proceeding shall not be deemed to be arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s) ».

(77) *Swiss Supreme Court*, 7 juillet 2014, 4A\_124/2014 ; *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd.* [2014] EWHC 3193 (TCC).

du *Board* puisse en elle-même être exécutée comme une sentence arbitrale. C'est aussi ce que confirme la doctrine (78). En effet, si le prononcé d'une sentence est l'aboutissement naturel d'une procédure arbitrale (*adjudication* y comprise), qui vise, par définition, à *trancher* un litige, le simple fait que le DB prenne une décision formelle peut être considéré comme un échec par rapport à son objectif premier : *éviter la naissance-même du litige* (79).

56. En deuxième lieu, bien que provisoire, la décision du *Board* ne vise pas *vraiment* l'urgence : nonobstant, dans le secteur de la construction, que le besoin de rapidité soit implicite (80), compte tenu de l'effet perturbateur de toute hypothèse de « *'pay up or we'll stop work' scenario* » (81), le *Board* a toujours disposé de 84 jours pour rendre sa décision. A première vue, une telle durée, associée au fait que les membres du DB sont déjà pleinement informés de l'évolution du projet, semble bizarre, surtout si on la compare à l'*adjudicator*, qui, n'ayant jamais connu les parties et leur projet, doit parvenir à rendre sa décision dans les 28 (ou 42) jours. Cela semble toutefois correspondre à la philosophie des DB : la décision du *Board* devrait s'inscrire dans une relation contractuelle durable, au cours de laquelle le même comité sera en place. L'autorité personnelle de ses membres et leur capacité à persuader les parties de se conformer à la décision sont donc primordiales pour le succès du mécanisme ; et cela requiert que le verdict soit, mais apparaisse également, comme ayant été pris de manière réfléchie.

Ce qui n'est pas essentiel, au contraire, pour l'arbitre d'urgence.

---

(78) En réalité, du point de vue du droit italien, on pourrait bien le considérer comme un arbitrage *irrituale* ; mais, ce dernier étant une anomalie propre à cet ordre juridique (v. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit : LGDJ 1987, p. 350 et s., n° 735 et s.), la même solution ne saurait être étendue en dehors des frontières italiennes.

(79) C'est pourquoi on ne peut pas souscrire à l'idée de S. Ribac, « The development of international construction contracts and international construction arbitration principles under French and English law: a comparative perspective », *Cah. arb.*, 2018.53, qui parle de l'*adjudication* anglaise comme d'une « *statutory Dispute Adjudication Board* ».

(80) Comme le montre la comparaison entre les anciens contrats-type FIDIC (1999) et les nouveaux (2017), dans lesquels presque tous les délais ont été réduits de moitié.

(81) C. Chern, *Chern on Dispute Boards*, Informa Law from Routledge, 2015, p. 28.

## b) L'arbitre d'urgence : un instrument dépourvu de soutien législatif

57. A la différence de l'*adjudication*, qui est réglementé par la loi, l'arbitre d'urgence (82) est issu des règlements arbitraux, pour combler un inconvénient bien connu : le tribunal arbitral étant un organe éphémère, il a toujours besoin d'être constitué avant d'être saisi. Par conséquent, pendant la période qui va de la constitution du tribunal arbitral à sa prise de fonction, la partie nécessitant une mesure d'urgence n'a d'autre choix que de se référer à une juridiction étatique.

58. Si cela montre déjà une première différence avec l'*adjudication* (qui intéresse surtout, *mais pas seulement*, la période précédant le début du procès portant sur le fond), il y en a bien d'autres. Prenant comme exemple l'arbitre d'urgence introduit par la Chambre de commerce internationale : il ne peut être saisi que par les parties ayant souscrit à un arbitrage administré par la CCI (83), pourvu que le président de la Cour d'arbitrage de la CCI accepte que la situation du demandeur est urgente (84), et requiert inévitablement le dépôt d'une demande d'arbitrage dans les 10 jours de la réception, par le Secrétariat, de la requête aux fins de mesures d'urgence (85). Son champ d'application est donc bien plus restreint que celui de l'*adjudication*. En effet, ce qui se rapproche le plus de cette institution est plutôt le référé

---

(82) Sur lequel, entre autres, B. Baigel, « The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: a juridical analysis », *Journal Int. Arb.*, 2014.1 ; L. Fumagalli, « Le *emergency arbitration rules* nel nuovo regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale », *Riv. arb.*, 2013.651 ; F. Mazza, « Il nuovo regolamento di arbitrato della ICC », *Riv. arb.*, 2013.43 ; K.C. Goller, « The 2012 ICC Rules of Arbitration – An Accelerated Procedure and Substantial Changes », *Journal Int. Arb.*, 2012.323 ; E. Castineira, « The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration », *Cah. arb.*, 2012.65 et s. ; N. Voser, C. Boog, « ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview », *ICC Bulletin*, 2011, Suppl., p. 81 et s. ; S. R. Mayer, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international », *Rev. arb.*, 2011.897 et s. ; N. Voser, « Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules », in *ASA Bulletin*, 2011.783.

(83) Art. 29.5 Règlement d'arbitrage de la CCI.

(84) Art. 1.5 Appendice V – Règles relatives à l'arbitre d'urgence du Règlement d'arbitrage de la CCI.

(85) Art. 1.6 Appendice V – Règles relatives à l'arbitre d'urgence du Règlement d'arbitrage de la CCI.

pré-arbitral de la CCI (86), puisqu'il est utilisable même en dehors de l'urgence (87), indépendamment du juge compétent au fond (qui peut être aussi bien le juge étatique qu'arbitral) (88). De surcroît, l'absence de saisine du juge du fond n'emporte pas nécessairement la cessation des effets de la décision du tiers (89). Mais, comme la survivance de l'ordonnance du tiers statuant en référé ne constitue qu'une possibilité, tandis que l'*adjudicator's decision* a toujours une existence autonome, et comme le référé pré-arbitral ne peut être saisi qu'*avant* le début du procès sur le fond (90), le champ d'application de l'*adjudication* demeure plus étendu.

59. Pourtant, c'est la source de l'institution qui marque la différence la plus importante : un règlement arbitral ne saurait en effet obliger les juridictions étatiques à reconnaître d'abord et, par conséquent, à assurer l'exécution de la décision du tiers, si cela n'est pas reconnu par le droit interne (ou par le juge étatique lui-même, par le biais d'une interprétation de la Convention de New York qui met l'accent sur le fait que l'article V(e) ne requiert pas que la sentence arbitrale soit définitive, mais se contente de son caractère obligatoire). L'*adjudication*, l'on a vu, au niveau national se soustrait à tout doute concernant son *enforcement*, qui lui est généreusement garanti par la TCC ; tandis que, sur le plan international, le problème de sa force exécutoire se mêle à celui des *interim*

---

(86) Qui, très peu pratiqué, a suscité un débat doctrinal à la suite de la décision de la Cour d'appel de Paris citée en note de bas de page n° 142, *infra* ; v. Ch. Jarrosson, « Le référé pré-arbitral CCI n'est pas un arbitrage », *Rev. arb.*, 2003.1229 ; E. Loquin, « De la nature juridique du référé pré-arbitral de la CCI », *RTD com.*, 2003.482 ; P. Mayer, note in *JDI*, 2004.511 ; A. Mourre, « Référé pré-arbitral de la CCI : to be or not to be a judge... », *Gaz. Pal.*, 2003.5 ; P.R.G. Muniz, « A Tutela Antecipatória no Procedimento Pre-Arbitral », *RBAR*, 2005.58 ; Th. Clay, « La première application du référé pré-arbitral de la CCI », *D.*, 2003.2478 ; L.R.R. Lima, « O Procedimento Cautelar Pré-Arbitral da CCI », *RBAR*, 2008.18, 60 ss. ; A. Carlevaris, « Tutela cautelare « pre-arbitrale » : natura del procedimento e della decisione », *Riv. arb.*, 2003.259.

(87) Le caractère d'urgence n'étant mentionné qu'à propos des mesures conservatoires ou de remise en état — cf. art. 2.1(a) Règlement de référé pré-arbitral de la CCI (par la suite : Règlement de référé) — il est logique de présumer qu'elle ne soit pas nécessaire dans les autres cas.

(88) Art. 1.1 Règlement de référé.

(89) Art. 6.4.3 Règlement de référé : « L'ordonnance reste en vigueur aussi longtemps qu'il n'en a pas été décidé autrement par le tiers statuant en référé ou la juridiction compétente ».

(90) V. art. 2.4 et 2.4.1 Règlement de référé.

*awards*. Destin commun aux décisions du tiers statuant en référé et de l'arbitre d'urgence, d'ailleurs (91).

## 2°) *La distinction entre adjudication et expertise*

60. On a vu que, en raison de la technicité des questions traitées, l'*adjudicator* est souvent un expert issu du domaine de la construction, plutôt qu'un juriste ; d'où la nécessité de tracer la frontière entre *adjudication* et expertise. Mais, comme l'idée qui sous-tend le présent article — et qu'on essaiera de démontrer par la suite — est celle qui permet de qualifier l'*adjudication* d'arbitrage provisoire (92), le discours ne pourra que porter sur les critères distinctifs entre arbitrage et expertise (a), dont il faudra souligner les limites (b), aussi bien sur le plan national qu'international.

### **a) Les critères distinctifs identifiés par la doctrine et la jurisprudence**

61. Bien que plusieurs juridictions étrangères aient récemment adopté une notion d'arbitrage extensive, englobant des mécanismes tels que ceux que l'on pourrait qualifier de détermination d'experts (93), il est largement admis au niveau international qu'il existe une nette différence entre l'arbitrage et d'autres méthodes de résolution des différends qui, à des degrés divers, peuvent être assimilées à l'expertise arbitrale. En particulier, à partir de l'analyse comparative de la doctrine et de la jurisprudence qui,

---

(91) Sur ce point, v. J. J. Caicedo Demoulin, « L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence », *Rev. arb.*, 2017.445 ; A.A. Santens, J. Kudrna, « The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions », *Journal Int. Arb.*, 2017.1 ; W.G., Bassler, « The enforceability of emergency awards in the United States: or when interim means final », in *Arb. Int.*, 2016.559 ; D. Horodyski, M. Kierska, « Enforcement of emergency arbitrator's decisions — legal problems and global trends », *Kwartalnik ADR*, 2016, p. 27 et s. ; F.G. Santacroce, « The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? », *Arb. Int.*, 2015.283.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner par ailleurs, le panorama international montre une tendance à la reconnaissance des décisions d'urgence : cf. V. Capasso, « Adjudication: may arbitration be only interim final? », *Riv. arb.*, 2018, p. 597 et s., spéc. p. 610. Aux Pays y indiqués, il faut maintenant ajouter les Emirats Arabes Unis : v. art. 39 *Federal Law No. 6 of 2018 on Arbitration (the Arbitration Law)*.

(92) Il est défini intérimaire dans la version française du *Construction Lien Amendment Act 2017* (Ontario).

(93) G. B. Born, *op. cit.*, p. 270-271.

dans différents Pays, a traité de la *valuation* (appelée *appraisal* aux États-Unis), de l'expertise-arbitrage (en France), du *Schiedsgutachten* (en Allemagne) et du *bindend advies* (aux Pays-Bas) et de l'*expert determination* en général (qui est si répandue qu'on ne peut la remonter à un système juridique unique), M. Born déduit — au-delà de quelques nuances compréhensibles — deux critères distinctifs principaux entre ces procédés et l'arbitrage (94) (v. n° 62). De là découle (évidemment) l'impossibilité d'appliquer aux premiers tous les « *statutorily-mandated provisions for judicial assistance to, non-interference in, and enforcement of the arbitral process, and statutory or other provisions for arbitrator immunity* » (95).

62. Plus précisément, la ligne de démarcation serait dessinée :

i) par l'objet qui, pour l'*expert determination* (96), serait de trancher de simples questions de fait qui nécessitent, pour leur évaluation, une expertise particulière ; l'arbitre, en revanche, serait appelé à se prononcer sur des questions factuelles et juridiques plus vastes. Ce critère est d'ailleurs souvent retenu en France (97) comme en Italie (98) ;

ii) par la procédure, plus protectrice en cas d'arbitrage. En particulier, l'arbitre serait lié par les demandes des parties — et de même obligé de s'en tenir aux éléments de preuve qui lui sont fournis, sans pouvoir utiliser par lui-même d'autres éléments, même s'il en dispose en raison de ses compétences spécifiques — et par la nécessité de donner aux parties la possibilité de présenter leur défense. En revanche, la décision de l'expert se caractériserait par l'absence d'une vraie mise en état et par une extrême limitation du principe de la contradiction, compte tenu de la procédure inquisitoire qui se déroule devant lui.

(94) V. G. B. Born, *op. cit.* p. 259 et s., également pour les références bibliographiques ; M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale*. préc., p. 38 et s. ; M. Bove, *La perizia arbitrale*, préc., p. 39 et s.

(95) G. B. Born, *op. cit.*, p. 269.

(96) L'expression est utilisée ici comme synecdoque, pour indiquer génériquement tous les MARC mentionnés dans le texte.

(97) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 décembre 2010, *Rev. arb.*, 2011.435, note J. Billumont ; *RTD civ.*, 2011.385, obs. Ph. Théry.

(98) Cass., Sez. III, 16 febbraio 2016, n. 2996, *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 965 ; *Rep. Foro it.* 2016, V° Assicurazione (contratto) [0570], n. 99.

Quant à la jurisprudence anglaise, dans l'affaire *Wilky Property v. LSI* (99), il a été affirmé que l'arbitrage se caractérise, par rapport à la décision de l'expert :

*iii)* par les différentes mesures procédurales imposées par la loi sur l'arbitrage et non remises, comme dans le second cas, à la volonté des parties ;

*iv)* par la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, prévue par l'article 66 de l'*Arbitration Act* (100), alors que l'exécution de l'*expert determination* ne peut être demandée que dans le cadre d'une action pour rupture de contrat ;

*v)* par la plus grande étendue des moyens de recours, compte tenu des dispositions de l'article 68 de l'*Arbitration Act*, qui permet l'annulation de la sentence pour irrégularité de procédure — alors qu'au contraire, « *it is rare for what might be perceived as procedural unfairness in an arbitration to give rise to a ground for challenge to the procedure adopted by an expert* » (101) — et de l'article 69 de l'*Arbitration Act*, qui admet l'*appeal on point of law* (ce qui n'est pas possible en cas d'expertise).

63. C'est à la lumière de ces critères qu'il faut apprécier la place occupée par l'*adjudication*, entre arbitrage et décision d'expert (comme dans celle entre arbitrage *rituale* et *irrituale*), et l'on peut conclure qu'elle doit être considérée comme relevant de la première qualification.

## **b) La relativité des critères distinctifs**

64. Tout d'abord, s'agissant des critères énoncés aux points *i)* et *ii)* ci-dessus, s'il est vrai que, souvent, l'*adjudicator* n'est pas un juriste mais un expert et qu'il est formellement libre d'engager une procédure aussi accusatoire qu'inquisitoire, l'auteur qui a identifié ces « *distinguishing features* » reconnaît qu'en plus d'être plutôt nébuleuses, elles sont « *to an extent overgeneralizations* » (102) souvent démenties par les faits. Il est en effet possible d'imaginer par exemple un arbitrage portant sur des questions techniques

---

(99) *Wilky Property v. LSI* [2011] EWHC 2226 (Ch).

(100) Aux termes duquel la sentence « *may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect* ».

(101) *Barclays Bank Plc v. Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826.

(102) G. B. Born, *op. cit.*, p. 265.

— et donc confié à des arbitres choisis parmi les experts de la matière — ou conduit, selon le souhait des parties, sur une base inquisitoire (103).

65. De même, si « *la césure entre le fait et le droit est floue* » (104), il faut souligner que l'*adjudicator* peut être saisi tant d'une question de fait que de droit ; et, comme il n'apparaît pas possible de changer la qualification d'une même institution selon les caractéristiques du litige à trancher, on peut s'appuyer sur l'étendue maximale du pouvoir du tiers, qui correspond à celle de l'arbitre. Cela est assurément vrai en droit italien, puisque, après la réforme de 2006 (105), l'arbitre peut n'être saisi que d'une question de fait (106) : partant, à défaut d'écart théorique en raison de l'objet du litige, la seule distinction entre arbitre et *perito arbitrale* réside dans le fait qu'au second les parties ne demandent de trancher qu'une partie seulement du litige qui les oppose (107). Quant au droit français, d'ailleurs, l'*adjudicator* — dans le cas où il ne tranche pas de litiges de pur droit — peut être qualifié d'arbitre de qualité (108), qui, « *ayant à statuer sur la qualité ne se contente pas de constatations concernant les faits* », mais « *exerce une mission juridictionnelle consistant à trancher le litige* » (109).

---

(103) En ce sens, D.A. Stephenson, *Arbitration Practice in Construction Contracts*, Blackwell, 2001, p. 5, qui rappelle les articles 34(2)(g) e 37 qui — à moins que les parties n'en soient convenues autrement — consentent aux arbitres de décider « *whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law* » et de « *appoint experts or legal advisers to report to it and the parties or to appoint assessors to assist it on technical matters* ».

(104) J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 6.

(105) D. lgs. 4 février 2006, n° 40.

(106) F. Auletta, « *Oggetti nuovi di arbitrato ? Prime note sopra un emergente « diritto processuale privato »* », *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 35 s., spéc. p. 41.

(107) C'est ainsi que le *perito arbitrale* peut être défini comme un « arbitre partiel » : cf. M. Bove, *La perizia arbitrale*, Giappichelli, 2001, *passim*.

(108) E. Loquin, « *Normalisation agricole et arbitrage de qualité, la gestion des ressources naturelles d'origine agricole* », in *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Litec, 1983, p. 397 et s. ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, p. 135 et s., n° 251 et s. ; « *Les frontières de l'arbitrage* », art. préc., p. 27, n° 40 ; Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 20, n° 29.

(109) Ce qui marque la frontière avec l'expertise irrévocable, où le tiers « *est investi de la mission d'évaluer l'état de la qualité des marchandises, sans avoir pour mission de trancher le litige* ». B. Moreau, A. Beregoi, R. Descours-Karmitz, P. E. Mallet, A. Leleu, « *Arbitrage en droit interne* », *Rép. proc. civ.*, n° 9. En ce sens également E. Loquin, « *Arbitrage* », *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 1005, n° 33.

66. Enfin, le choix du modèle procédural par l'*adjudicator* n'est qu'apparemment libre, car il est en tout état de cause tenu de respecter les principes de *natural justice* ; par conséquent, il ne lui est pas permis (sous peine de prendre une décision qui serait déclarée inexécutable par la TCC) d'écarter de manière déraisonnable les demandes des parties ou de mener des enquêtes *ex officio* sans leur permettre de discuter contradictoirement les résultats obtenus. Sans parler du fait que, même dans les textes, les pouvoirs que le *Scheme* confère au professionnel ne diffèrent pas, du point de vue du contenu, de ceux que l'*Arbitration Act* attribue par défaut à l'arbitre (110).

67. Le critère *sub iii)* semblerait donner raison à l'opinion de ceux qui ont vu, dans les différents MARC impliquant le jugement d'experts, une forme d'arbitrage *irrituale*, selon la conception traditionnelle — mais désormais à considérer comme dépassée, au vu du nouvel article 808-ter c.p.c. — qui le voit comme le mécanisme par lequel les parties « *écart[ent] complètement la voie de l'arbitrage prévu par la loi (y compris ses procédures), par le biais d'un procédé strictement contractuel, qui résulte d'un acte de définition purement contractuelle du litige civil* » (111). En tout cas, même si l'on voulait admettre cette reconstruction, il est clair que l'*adjudication* ne peut pas être incluse dans la définition qui vient d'être donnée, en tant que procédure prescrite et réglementée par le HGCRA.

68. D'un point de vue différent, s'il est vrai que l'arbitrage au Royaume-Uni trouve une réglementation généralisée dans l'*Arbitration Act*, la majorité des dispositions qui y sont contenues fonctionnent comme des *fallback provisions* (règles supplétives), exactement comme les dispositions du *Scheme*. Et si les « *Mandatory provisions of Part I* » figurant dans la *Schedule 1* de l'*Arbitration Act* constituent des exceptions (car elles s'imposent aux plaideurs), le parallèle avec l'*adjudication* se retrouve dans les *eight compliance points* visés à l'article 108 HGCRA.

69. Quant aux critères visés aux points *iv)* et *v)*, au vu de l'exposé déjà consacré à ces questions (v. n° 44 et s.) il suffira ici de rappeler, s'agissant des motifs du recours, que les possibilités offertes aux parties perdantes en arbitrage par les articles 67 et 68

---

(110) On a déjà observé que les pouvoirs listés à l'art. 13 *Scheme* sont substantiellement équivalents à ceux prévus à l'art. 34(2) AA.

(111) M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, 2002, p. 98.

de l'*Arbitration Act* sont pour l'essentiel identiques à celles disponibles en *adjudication*, tandis que l'absence d'une disposition semblable à celle de l'article 69 de l'*Arbitration Act* ne constitue pas une atteinte aux capacités de défense des plaideurs, qui disposent de l'outil beaucoup plus puissant constitué par la possibilité d'obtenir un nouveau jugement sur le fond (*afresh*). Enfin, en ce qui concerne l'exécution de la décision, on a déjà souligné que, malgré les lacunes du HGCR et du *Scheme*, la jurisprudence utilise pour l'*adjudicator's decision* un mécanisme d'*exequatur* clairement calqué sur celui prévu pour la sentence arbitrale (112).

Si l'exclusion de toute alternative ramène l'*adjudication* à l'arbitrage, il faut néanmoins vérifier que ses particularités ne l'empêchent de partager la qualification de ce dernier.

## B) L'élargissement de la notion d'arbitrage

70. Selon la technique du faisceau d'indices (113), l'*adjudication* pourrait être qualifiée d'arbitrage en droit français : en effet, on a vu que l'*adjudicator* n'est compétent que s'il y a un litige et qu'on lui demande de trancher avec une décision qui s'impose aux parties. Quant au critère fondé sur la distinction entre question de fait et de droit, il a déjà été évoqué (v. n° 62 et 65).

---

(112) De manière plus générale, par ailleurs, et pour revenir à ce qui a été observé concernant l'impossibilité d'étendre les règles établies pour l'arbitrage à différentes figures, il convient de souligner que ce régime ne porte pas que sur la force exécutoire de la décision : il suffit de penser que l'*adjudicator*, tout comme l'arbitre, jouit également de l'immunité et que, si la jurisprudence montre une volonté de s'immiscer le moins possible dans la procédure, l'assistance de l'autorité judiciaire dans certains cas ne semble pas nécessaire. Par exemple, l'accord des parties sur la désignation du juge n'étant pas indispensable — sauf dispositions contractuelles différentes — il n'aurait aucun sens de prévoir un pouvoir d'intervention du juge (sur la base de celui qui lui est attribué par les art. 17 et s. de l'*Arbitration Act*). Une confirmation peut au contraire être tirée du fait que, lorsque la règle est inversée, un mécanisme est prévu pour assurer l'*appointment* en tout état de cause : il suffit de lire à cet égard l'art. 6(3)(4) de la loi irlandaise : « (3) *The parties may [...] agree to appoint an adjudicator of their own choice or from the panel appointed by the Minister under section 8. | (4) Failing agreement between the parties under subsection (3), the adjudicator shall be appointed by the chair of the panel selected by the Minister under section 8* ».

(113) J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 4 et s.; v. aussi Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., p. 251 et s., n° 519 et s.

71. Il en va de même en droit italien où, à l'issue d'une revue de la doctrine italienne, on peut dégager trois critères cumulatifs pour discerner ce qui est arbitrage de ce qui ne l'est pas (114) : que la décision du tiers soit obligatoire pour les parties ; qu'elle soit émise à la fin d'un procès (et qu'il ne s'agisse pas d'un acte isolé) (115) ; que l'activité confiée au tiers puisse également être demandée à l'autorité judiciaire.

72. Tous ces critères sont évidemment respectés par l'*adjudication*, sauf qu'elle présente des particularités par rapport au paradigme traditionnel de l'arbitrage, à savoir le caractère obligatoire de la clause (1°) et le caractère provisoire de la décision (2°). Mais, la notion d'arbitrage étant floue et évolutive, on dira que ces spécificités ne sauraient cependant empêcher la qualification proposée.

### 1°) *Un arbitrage para-consensuel*

73. Si, dans le cadre de l'arbitrage du commerce international, il est de plus en plus discuté que le consentement des parties soit une condition nécessaire (116), le discours varie nécessairement selon les systèmes étatiques. A cet égard, à côté de pays qui admettent l'arbitrage forcé (et c'est le cas du Royaume-Uni), il y en a d'autres où il est interdit (tel qu'en Italie) (117) ou dans lesquels — s'il est permis — la doctrine exclut que l'on puisse parler d'un véritable arbitrage lorsqu'il est imposé aux parties (118). Mais, d'une part, l'*adjudication* n'est pas un arbitrage forcé (a) ; d'autre part, l'absence d'un véritable consentement est contrebalancée par la possibilité toujours offerte aux parties de recourir au juge étatique ou à l'arbitre (b).

(114) V. Capasso, « Referee vs Emergency Arbitrator : chi è il vero arbitro ? », *Riv. arb.*, 2018.21, spéc. p. 37.

(115) Ce qui exclut l'*arbitraggio* prévu à l'art. 1049 c.c. — qui se rapproche à l'évaluation irrévocable à dire d'expert *ex art.* 1592 C. civ. : Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., p. 348 et s., n° 731 et s. — de la notion d'arbitrage.

(116) V., à cet égard, G. Cuniberti, *Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration*, Edward Elgar, 2017 ; S. Brekoulakis, « Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories », *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, p. 610 et s.

(117) Ainsi, à partir de C. Cost., 2 maggio 1958, n. 35, *Giur. cost.*, 1958.481 et s., note C. Esposito ; C. Cost., 12 febbraio 1963, n. 2, *Giur. cost.*, 1963, p. 20 et s., note P. Barile, et *Mass. Giur. lav.*, 1963, p. 95 et s., note V. Andrioli ; plus récemment, C. Cost., 13 giugno 2018, n. 123, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2577.

(118) Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., p. 13 et s., n° 14 et s., spéc. n° 25 ; « Arbitrage », *J.-Cl. Not. For.*, fasc. 10, n° 32.

### a) L'absence de contraintes à la saisine de l'*adjudicator*

74. On a déjà souligné que la loi anglaise, tout en définissant l'*adjudication* comme un droit, impose aux parties sa *prévision* (à défaut de laquelle, le *Scheme* s'intègre automatiquement au contrat principal), mais pas son *utilisation*. De ce fait, elle ne peut pas être considérée comme un arbitrage forcé.

75. D'ailleurs, la technique utilisée par le législateur britannique n'est pas non plus une vraie nouveauté : bien que la doctrine et la jurisprudence n'aient jamais mentionné ce point, une vision systématique plus large leur aurait peut-être permis de repérer les similitudes entre la procédure en question et au moins un exemple de *Statutory Arbitration*. Il suffit de se référer à l'*Agricultural Holdings Act* 1986 qui, à côté d'hypothèses d'arbitrage forcé tout court (comme ceux prévus aux articles 2 et 12), inclut des cas dans lesquels l'arbitrage est ouvert à la demande d'une seule partie, dont le choix s'impose à l'autre : par exemple, selon l'article 6(1), « [w]here in respect of a tenancy of an agricultural holding —

(a) *there is not in force an agreement in writing embodying all the terms of the tenancy (including any model clauses incorporated in the contract of tenancy by virtue of section 7 below), or*

(b) *such an agreement in writing is in force but the terms of the tenancy do not make provision for one or more of the matters specified in Schedule 1 to this Act,*

*the landlord or tenant of the holding may, if he has requested the other to enter into an agreement in writing embodying all the terms of the tenancy and containing provision for all of the said matters but no such agreement has been concluded, refer the terms of the tenancy to arbitration under this Act ».*

76. Dès lors, on dirait que le droit anglais n'oppose pas d'obstacles à la qualification d'arbitrage de l'*adjudication*, tout au moins sous le profil du manque de consentement exprès à la clause qui la prévoit.

77. Quant au juriste *civilian*, il peut également reconnaître un parallèle entre cette institution et plus d'une figure d'arbitrage : on pense, tout d'abord, à l'arbitrage *ex necessitate statuti* des siècles XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup>, dans lequel il ne fallait que la volonté expresse d'une des parties pour que l'arbitrage s'impose à l'autre (119).

---

(119) L. Martone, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Jovene, 1984, p. 133 et s.

Mais, comme M. Diallo nous l'a rappelé, il y a plusieurs cas où « *la volonté réelle de l'une des parties concernant le recours à l'arbitrage [est] d'emblée ignorée* » parce que « *l'adoption de la convention d'arbitrage est posée comme une condition d'accès à un certain service ou avantage, ou qu'elle est associée à une sanction* » (120), et qui ne sont pourtant des vrais arbitrages forcés : tel est le cas, en Allemagne, pour l'obligation d'arbitrage contenue dans un testament (art. 1066 ZPO) ; c'est également le cas en Italie, pour celle qui étend la clause compromissoire éventuellement insérée dans le statut de la société aux administrateurs, commissaires et liquidateurs (art. 34, al. 4, d. lgs. 17 janv. 2003, n° 5) (121).

78. Ainsi, si de telles solutions ont été justifiées parce que « *[b]ien que la partie concernée soit privée d'une réelle possibilité de choix, ce consentement apparaît réfléchi, et il intervient loin de toute contrainte étatique* » (122), des doutes peuvent subsister (123). Mais, en ce qui concerne l'*adjudication*, tout risque de contrainte est contrebalancé par la possibilité, toujours ouverte aux parties, de saisir le juge de leur choix (arbitre compris, si telle est leur *commune* volonté).

### **b) L'absence d'obstacles à la saisine d'une autre juridiction**

79. Ce régime trouve, lui aussi, un parallèle : la « procédure administrative obligatoire » prévue par l'ICANN, dont l'application au contrat — comme pour la clause d'*adjudication* — s'impose, mais qui ne doit pas nécessairement être engagée par les parties, qui restent libres de saisir l'autorité judiciaire (mais uniquement) avant ou après le procès. En effet, l'exclusion de cette procédure du domaine de l'arbitrage a été soutenue, entre autres (124), en raison du fait qu'elle n'empêche pas l'action judiciaire (125) : mais l'absence d'exclusivité, qu'on retrouve également dans l'*adjudication*, ne semble pas un obstacle insurmontable. En effet,

---

(120) O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, préf. J.-M. Jacquet, Puf, 2010, p. 57.

(121) F.P. Luiso, « Commentaire sub art. 34 », in F.P. Luiso (dir.), *Il nuovo processo societario*, Giappichelli, 2006, p. 570 et s.

(122) O. Diallo, *op. cit.*, p. 57.

(123) F.P. Luiso, *op. cit.*, p. 571.

(124) Pour d'autres raisons, v. Paris, 17 juin 2004, *Le Parmentier c/ Société Miss France*, *Rev. arb.*, 2006.161, note T. Azzi ; *United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division, Parisi c/ Netlearning Inc.* [2001] 139 F.Supp.2d 745.

(125) Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », art. préc., p. 12, n° 13.

si l'on connaît bien la théorie des effets (positif et négatif) de la convention d'arbitrage (126), la doctrine allemande a démontré que le premier n'est pas une conséquence nécessaire de la convention d'arbitrage (127) ; quant à l'absence de l'effet négatif, elle peut s'expliquer, tant à l'égard du droit français qu'italien, par le caractère de la procédure, qui n'est pas un arbitrage tout court, mais un arbitrage provisoire. En effet, d'une part, la séparation entre le juge du *cautelare* et celui du fond se traduit, en France, en une juridiction spécialisée (le juge des référés) (128), mais constitue la règle en Italie aussi (129), où elle permet, voire impose les voies parallèles (130). D'autre part, la décision de l'*adjudicator* ne peut pas avoir, au principal, l'autorité de la chose jugée, pour des raisons identiques à celles qui sous-tendent à la même règle en matière de juge des référés : pour le dire avec les mots de M. Perrot, « *le provisoire est ici la rançon obligée de la célérité* » (131).

80. Ces dernières remarques nous conduisent à aborder la deuxième anomalie de l'*adjudication* : est-ce qu'il est possible d'envisager un arbitrage non définitif ?

## 2°) Un arbitrage non définitif

81. Dans la plupart des systèmes juridiques, la loi ne définit pas l'arbitrage ; la doctrine s'est donc chargée de cette tâche. Mais, si l'on compare les définitions proposées (132), ce qui saute aux

(126) V. R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, *Economica* 1982, p. 290 et. s., n° 232 et s.

(127) V. S. Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, 2013, p. 102, note de bas de page n° 59.

(128) Et, d'ailleurs, le même juge ne peut pas statuer au fond s'il a déjà connu de l'affaire au provisoire et accordé une provision (il en va différemment, s'il n'a ordonné qu'une mesure conservatoire) : cf. Cass. ass. plén., 6 novembre 1998, *Bull. civ.*, n° 4 et Cass. ass. plén., 6 novembre 1998, *Bull. civ.*, n° 5.

(129) Où « [l]e provisoire ne s'incarne pas [...] dans une juridiction bien définie comme celle du juge des référés, pas plus qu'il ne se fonde sur une pratique judiciaire » : cf. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire*, préc., p. 40, n° 33.

(130) V. F. Auletta, *Arbitrato e impresa societaria*, préc., p. 1296.

(131) R. Perrot, « Du « provisoire » au « définitif » », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 447.

(132) E. Loquin, « Arbitrage », *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 1005, n° 1, qui rapporte celles de H. Motulsky ; Glasson, Tissier et Morel ; Garsonnet et Cézard-Bru ; J. Robert ; M. de Boissésou ; Ph. Fouchard ; Ch. Jarrosson.

yeux est qu'aucune ne requiert expressément que la décision de l'arbitre soit définitive. En effet, on dirait que la qualification du tiers qui statue (b) ne découle pas nécessairement du régime juridique auquel sa décision est assujettie (a).

### a) La caractère relatif des effets de la décision du tiers chargé de trancher un litige

82. La loi ne crée pas l'arbitrage, elle le reconnaît : comme la pratique a toujours témoigné d'une tendance à confier la résolution des différends à des tiers de confiance, l'arbitrage, en tant que phénomène sociologique (133), préexiste à la loi, qui ne fait que l'encadrer (tout en le transformant en institution) (134), ne serait-ce que pour l'exploiter (135).

83. Ainsi, bien que la justice ne soit pas (ou plus) une prérogative exclusivement régaliennne (136), c'est toujours l'Etat qui choisit si et, dans l'affirmative, à quelles conditions reconnaître son soutien à l'activité « juridictionnelle » des personnes privées (137). Autrement dit, pour que la sentence soit juridiquement dotée d'une efficacité pareille au jugement (138), il faut que, tout comme la procédure qui a précédé sa reddition (139), elle respecte les conditions posées par la loi (140).

---

(133) F. Mazzarella, *Arbitrato e processo : premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Cedam, 1968.

(134) On reprend ici la notion d'institution visée par Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., p. 372, note de bas de page n° 34.

(135) S. Satta, *Diritto processuale civile*, Cedam, 1948, p. 515-516.

(136) J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 1 ; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, Cedam, 2012, p. 123 et s.

(137) S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Jovene, 2005, p. 168 et s.

(138) Mais, à la lumière du droit italien, une équivalence totale devrait être exclue : v., à cet égard., F. Auletta, « Commentaire sub art. 824-bis c.p.c. », in S. Menchini (dir.), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Cedam, 2010, p. 420 et s., spéc. p. 425 et s.

(139) Cela permet, à notre avis, d'expliquer la raison pour laquelle l'arbitrage *irrituale* (qu'on croit pouvoir subsumer dans le cadre d'une notion unitaire d'arbitrage : v. V. Capasso, *Referee vs Emergency Arbitrator*, préc., p. 39) ne donne lieu, selon l'art. 808-ter c.p.c., qu'à une décision de nature contractuelle : bien qu'il ait la même nature et fonction de l'arbitrage *rituale* (cf. C. Punzi, *op. cit.*, p. 238), il est presque totalement soustrait à la réglementation étatique. Dès lors, on estimerait cohérent avec la traditionnelle méfiance du législateur italien envers l'arbitrage que celui-ci, en contrepartie de la liberté ainsi laissée aux plaideurs, n'accepte pas de reconnaître au *lodo* la force exécutoire.

(140) En ce sens, la diversité qui existe entre les lois étatiques en matière de griefs qu'on peut faire valoir à l'encontre de la sentence est révélatrice.

84. Cela permet déjà de comprendre qu'il n'y a pas une seule notion de sentence, mais que celle-ci varie selon les droits nationaux. Il en va de même pour les mesures *cautelari* : il appartient à la loi d'établir si les arbitres peuvent les ordonner et, dans cette hypothèse, si elles peuvent être revêtues de la formule exécutoire. Ainsi, on peut rejoindre les observations de M. Caicedo Demoulin, qui souligne que « *le caractère exécutoire des décisions d'urgence dépend essentiellement de la législation nationale de l'Etat où l'exécution sera recherchée* » (141).

85. En ce qui concerne la France, on peut s'appuyer sur le célèbre arrêt par lequel Cour d'appel de Paris (142) a exclu la nature d'arbitre du référé pré-arbitral, entre autres, parce que sa décision, n'étant pas définitive, ne saurait être déclarée exécutoire (à la lumière du droit français). On pourrait rétorquer, d'une part, que sa reddition dessaisit le tiers du litige (143) : en fait, comme le disait M. Calamandrei, « *la mesure cautelare est adoptée par le biais d'une procédure spéciale, distincte et indépendante du différend principal, à l'égard de laquelle la mesure provisoire est définitive* » (144). D'autre part, il est possible d'envisager un droit à la protection provisoire du droit (145), autonome et distinct du droit qu'on fait valoir au fond (146) ; ainsi, la décision « *tranche de manière définitive [...] le litige [...] sur le fond* » — en l'espèce,

(141) J. J. Caicedo Demoulin, *op. cit.*, p. 451, n° 9.

(142) Paris, 29 avril 2003, *Société Nationale des Pétroles du Congo et République du Congo c/ Total Fina Elf E&P Congo*, *Rev. arb.*, 2003.1296, note Ch. Jarrosson ; *Riv. arb.*, 2003.343.

(143) Cela rappelle la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, à propos des référés *in futurum*, interdit au juge des référés de modifier son ordonnance parce qu'il « *a épuisé sa saisine en ordonnant la mesure d'instruction sollicitée* », et considère donc qu'« *il appartient au seul juge du fond de la modifier ou de l'annuler* » : cf. L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », in L. Cadet, D. Loriferne (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, IRJS Editions, 2012, p. 64-64, n° 8.

(144) P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 23. Dans le même sens, par rapport plus spécifiquement au référé pré-arbitral, A. Carlevaris, *op. cit.*, p. 281 ; M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, JurisNet, 2014, p. 1132.

(145) D. Mitidiero, *Antecipação da Tutela – da Tutela Cautelar A Técnica Antecipatória*, Thomson Reuters, 2017.

(146) Cette idée d'altérité remonte, d'ailleurs, à M. Chiovenda, qui, tout en théorisant l'action *cautelare* comme *mera azione* (c'est-à-dire : détachée du droit débattu au fond, qu'il appelle *diritto cautelato*), affirme par conséquent qu'elle « *ne saurait être considérée comme un accessoire du droit cautelato, car elle existe en tant que pouvoir actuel bien qu'on ne sache pas encore si le droit cautelato existe* » : cf. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1965, p. 225.

le droit à la protection provisoire du droit — et « *conduit à mettre fin au litige même en partie* ». En d'autres termes, elle est une sentence arbitrale (147).

86. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre de l'*adjudication*, où il n'y a même pas besoin de parler de *nouveau* droit : le droit à la protection juridictionnelle urgente offerte par l'*adjudicator* est assurément reconnu par la loi anglaise comme un droit à part entière (148). Et ce « droit à l'*adjudication* » diffère tellement du droit à la protection juridictionnelle définitive que le fond du litige n'est pas affecté par la décision du professionnel, fût-ce sous l'angle de la charge de la preuve (149).

87. Mais, quand bien même ce raisonnement n'apparaîtrait pas convaincant, le caractère relatif des effets de la décision du tiers chargé de trancher un litige — et donc, le fait que la même activité de la personne qui statue puisse être différemment qualifiée selon le système juridique concerné — suggère qu'il serait erroné de dégager la qualification du décideur de l'aptitude (ou de l'inaptitude) de sa décision à être exécutée.

## **b) L'objectivité de la mission du tiers chargé de trancher un litige**

88. S'il est désormais reconnu que l'arbitre est un juge (150) et qu'il exerce en tant que tel une fonction juridictionnelle (151), on sait que la définition de la notion d'acte juridictionnel n'est pas aisée, et qu'elle a donné lieu à la mise au point d'un certain

---

(147) Du reste, s'il est vrai que « [t]outes les choses jugées sont provisoires, mais certaines le sont plus que d'autres » — cf. L. Boré, *op. cit.*, p. 68, n° 18 —, la sentence arbitrale traditionnellement entendue est exécutée bien que provisoire (dans le sens qu'elle risque d'être annulée à la suite d'un recours en annulation) ; et il en va de même pour la mesure ordonnée par le juge des référés qui est de surcroît exécutoire « de droit » (art. 514, al. 2, CPC). En Italie, on parle d'*attuazione* (mise en œuvre) (cf. art. 669-*duodecies* c.p.c.), plutôt que d'exécution à propos des mesures provisoires, mais leur efficacité n'en est pas moins garantie.

(148) Art. 108(1) HGCRA préc.

(149) En d'autres termes, la décision de l'*adjudicator* ne crée pas une présomption en faveur de la partie gagnante : ainsi, s'il y a ensuite un procès au fond, la répartition de la charge de la preuve suivra les règles ordinaires. V. *City Inn Ltd. v. Shepherd Construction Ltd.* [2001] ScotCS 187 ; *Citex Professional Services Limited v. Kenmore Developments Limited* [2004] ScotCS 20 ; *Stiell Ltd. v. Riema Control Systems Ltd.* [2001] 3 TCLR 9.

(150) Th. Clay, *L'arbitre*, préc., *passim*.

(151) J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 291 s.

nombre de critères (152) ; mais, comme le rappelle M. Betto, le caractère définitif n'en est pas une condition nécessaire (153). D'ailleurs, selon le *Vocabulaire juridique Capitant*, l'acte juridictionnel est l'« [a]cte par lequel une juridiction tranche une contestation au terme d'une procédure organisée et qui, pour toutes ces raisons, est revêtu de l'autorité de la chose jugée » ; mais qui est « parfois caractérisé [...] par un seul des critères [...] ci-dessus associés » (154). Du reste, en Italie, même les auteurs qui adhèrent à la reconstruction de M. Enrico Allorio (155), et donc voient la force de la chose jugée comme « le » critère distinctif entre activité administrative et juridictionnelle, admettent qu'il y a des cas — tel que celui de la protection provisoire — où la fonction est juridictionnelle « *per concessione* » (156) (c'est-à-dire, en vertu du lien qu'elle entretient avec la protection définitive) ; en clair, s'il est vrai que tout acte doté de la force de la chose jugée est juridictionnel, cela n'implique pas que tout acte juridictionnel soit doté de la force de la chose jugée.

89. En outre, le juge des référés, tout comme l'arbitre qui prononce une ordonnance d'urgence au cours de l'instance, ne cesse pas pour autant d'être juge ; mais, si cela est vrai, il devrait en aller de même lorsque le tiers est appelé — à la place du juge étatique — à se prononcer *avant* l'instance arbitrale (le *pre-arbitral referee* ou l'arbitre d'urgence).

90. Or, il est acquis que l'*adjudication* ne doit pas forcément précéder le procès au fond, mais cela ne change pas le caractère objectif de la mission du tiers, et qu'il partage avec tous les autres tiers précités : il tranche un litige qui oppose les parties, en exerçant une mission juridictionnelle, dont les contours sont tracés par les parties elles-mêmes. Qu'il le fasse avant ou pendant le procès qui porte sur le droit controversé au fond, sa décision lie les parties (et tout autre éventuel *adjudicator*), potentiellement

---

(152) Tant en France — cf. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, 2018, p. 741, n° 1064 s. — qu'en Italie : cf. C. Mandrioli, V° Giurisdizione (in generale), *Digesto delle Discipline Privatistiche : sezione civile*, Utet, 1987.

(153) J.-G. Betto, « Pour la consécration de la notion de sentence provisoire en droit français de l'arbitrage international », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, p. 8.

(154) Cf. G. Cornu, V° Acte juridictionnel, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2018.

(155) E. Allorio, « Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato », *Riv. dir. civ.*, 1957, 1 s. ; « Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria », *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.487.

(156) S. Boccagna, *op. cit.*, p. 241 s., note de bas de page n° 25.

*sine die*, exactement comme l'ordonnance du juge des référés ou la mesure *cautelare* anticipatoire émise par le juge italien.

\*  
\*\*

91. En définitive, quoi qu'on pense de la possibilité *de lege lata*, voire de l'opportunité *de lege ferenda* de reconnaître la force exécutoire aux décisions provisoires prononcées par un juge privé, c'est la nature objective de la mission de l'*adjudicator*, d'autant plus qu'elle est reconnue par l'Etat, qui nous porte à croire que l'*adjudication* pourrait trouver une place dans cette « *institution résiduelle* » (157) qu'est l'arbitrage.

---

(157) Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », art. préc., p. 41, n° 58.