

COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

Avis du Comité français de l'arbitrage dans l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*

Le Comité français de l'arbitrage (CFA) est une association créée en 1953 en application de la loi du 1^{er} juillet 1901, dont la présidence est assurée par Me Philippe Leboulanger, avocat à la Cour. Il regroupe des professeurs de droit, des magistrats, des avocats, des avoués et des juristes d'entreprises, tous spécialistes et praticiens reconnus de l'arbitrage en France. Son objet social est « d'établir et de maintenir un contact permanent entre juristes et représentants des milieux économiques s'intéressant à l'étude des problèmes posés par le règlement par voie d'arbitrage, et plus généralement par voie extrajudiciaire, des différends de droit privé, en particulier des litiges de nature commerciale tant sur le plan interne que sur le plan international. Il a également pour objet de s'efforcer de contribuer au perfectionnement scientifique et pratique de l'institution d'arbitrage et des modes extrajudiciaires de règlement des différends » (art. 2 des statuts). Il édite la Revue de l'arbitrage.

Conscient de l'importance des enjeux que recèle le conflit de compétences né dans l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* pour l'avenir du droit français de l'arbitrage, le CFA se félicite que le Conseil d'Etat ait saisi l'opportunité offerte par ce litige pour interroger le Tribunal des conflits.

Dans cette optique et afin d'établir la doctrine du CFA en matière d'arbitrage international des litiges des personnes publiques, l'initiative a été prise par le Président du CFA, Me Ph. Leboulanger, de constituer sous la direction de Me Jean-Louis Delvolvé un groupe de travail sur ce thème. Outre Mes Leboulanger et Delvolvé, ce groupe de travail était composé de M. Mathias Audit, professeur de droit privé à l'Université de Paris X-Nanterre, rapporteur, de Mme Sophie Lemaire, professeur de droit privé à l'Université d'Orléans, et de M. Yves Gaudemet, professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas).

À la suite des travaux de ce groupe de travail, le CFA est parvenu à la conclusion que le conflit de compétences né dans l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* devrait être tranché en faveur de la compétence judiciaire.

C'est donc fort de sa légitimité et de son expertise que le CFA, conformément à ses statuts, souhaite exposer ici les motifs l'ayant conduit à cette conclusion.

Ce faisant, il est bien évident que le CFA n'entend pas s'immiscer dans un litige en cours, auquel il n'est du reste pas partie. Ses préoccupations sont toute différentes et elles sont dictées par sa volonté de ne pas voir prospérer une jurisprudence susceptible de porter atteinte au rayonnement international du droit français de l'arbitrage, unanimement considéré comme l'un des plus remarquables au monde.

À cette fin, le CFA souhaiterait tout d'abord faire état des enjeux de l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* (I), pour ensuite s'attacher à énoncer les motifs d'intérêt général pour lesquels il estime que le conflit de compétences devrait, dans ladite affaire, être tranché en faveur de la compétence judiciaire (II).

I. Les enjeux de l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*

Saisi de la présente affaire, le Tribunal des conflits est en mesure de trancher le conflit de compétences soulevé par le Conseil d'Etat en faveur de l'un ou l'autre des deux ordres de juridictions.

Une telle décision comporte des enjeux essentiels tant en matière d'arbitrabilité des litiges (1) qu'en matière de régime applicable aux sentences internationales (2).

1. Les enjeux en matière d'arbitrabilité

En l'état du droit positif, les enjeux de la décision du Tribunal des conflits en matière d'arbitrabilité sont manifestes.

Si le Tribunal des conflits considère que le litige relève de la compétence du juge administratif, tout porte à croire que le litige sera déclaré inarbitrable. En effet, le Conseil d'Etat a toujours marqué un attachement particulier, y compris en matière internationale, à l'interdiction de compromettre des personnes publiques¹.

Cette conclusion paraît d'autant plus vraisemblable qu'aucune des exceptions à l'exclusion de l'arbitrage en matière administrative recensées à l'article L. 311-6 du Code de justice administrative n'est applicable à l'espèce, pas même l'article L. 321-4 du Code de la recherche qui n'autorise que le compromis et non la clause compromissoire. Quant à l'article 7-9° du décret n° 2009-278 du 11 mars 2009 modifiant le décret n° 83-975 du 10 novembre 1983 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale autorisant désormais l'INSERM à recourir « à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers », il n'est pas applicable aux faits de l'espèce².

¹ CE, avis n° 339-710 du 6 mars 1986, *Eurodisney, Gr. avis du CE*, n° 21, obs. D. Labetoulle. – CE, 3 mars 1989, *Sté AREA, Rec.* p. 69, concl. E. Guillaume, *Rev. arb.*, 1989.215 ; *AJDA*, 1989. II. 361, note J. Dufau ; *RFDA*, 1989.620, note B. Pacteau ; *JCP*, 1989 II 21323, note P. Level.

² Décret n° 2009-278 du 11 mars 2009 modifiant le décret n° 83-975 du 10 novembre 1983 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, *JORF* du 13 mars 2009, p. 4639.

Si, en revanche, le Tribunal des conflits considère que le litige relève de la compétence du juge judiciaire, il bénéficiera alors de manière quasi certaine de la solution consacrée par la Cour de cassation le 2 mai 1966 dans l'affaire *Galakis*³.

On rappellera qu'aux termes de celle-ci, l'interdiction de compromettre attachée aux personnes publiques est exclue s'agissant des contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international.

2. Les enjeux en matière de régime applicable aux sentences internationales

Indépendamment de la question de l'arbitrabilité, la décision du Tribunal des conflits emportera également de lourdes conséquences sur le terrain du régime que le droit français réserve aux sentences arbitrales internationales.

A supposer que le Tribunal des conflits décide que le litige relève de la compétence du juge administratif, il entérinerait par là même la coexistence en droit français de deux régimes de l'arbitrage international.

Le premier régime est celui que visent les articles 1492 et suivants du Code de procédure civile. Il est mis en œuvre par les juridictions de l'ordre judiciaire et son champ d'application serait ainsi circonscrit aux arbitrages portant sur des contrats de droit privé, c'est-à-dire plus exactement sur des contrats qui – au regard des critères français du contrat administratif – ne répondent pas à cette qualification.

Le second régime serait présentement celui qui résulte de la jurisprudence *Area*, solution prétorienne qui revient à soumettre les sentences arbitrales à la voie obligée, quoique prévue par aucun texte, de l'appel des sentences devant le Conseil d'Etat. Son champ d'application s'étendrait à toutes les sentences portant sur des contrats répondant positivement aux critères français du contrat administratif, même s'ils sont par ailleurs internationaux et s'ils constituent des opérations du commerce international. Pour l'avenir, il y a fort à penser que la solution reviendrait concrètement à soumettre l'arbitrage des contrats administratifs internationaux des personnes publiques au régime de l'arbitrage administratif interne tel que préconisé par le rapport sur l'arbitrage en droit public remis au Garde des sceaux en mars 2007 par le groupe de travail conduit par le Président D. Labetoulle⁴.

Or, de l'avis même des rédacteurs de ce rapport et du projet de réforme y afférent, la question spécifique de l'arbitrage international n'y avait pas été abordée. Les travaux d'un récent colloque organisé le 30 septembre 2009 au sein du Conseil d'Etat le confirment. Comme le rapporte le compte-rendu dudit colloque, « *la conclusion est qu'une généralisation de l'arbitrage administratif recevrait l'adhésion du plus grand nombre à la condition toutefois que l'arbitrage international fût réservé* »⁵.

³ Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967.553, note Goldman ; *JDI*, 1966.648, note Level ; *D.*, 1966.575, note Robert ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 44.

⁴ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative (13 mars 2007)*, *Rev. arb.*, 2007.651 ; *JCP éd. A*, 2007.2082 ; *BJCP*, juin 2007, p. 172.

⁵ *Les Annonces de la Seine*, 15 oct. 2009, n° 58, p. 11.

A l'inverse, si le Tribunal des conflits tranche le conflit de compétences en faveur de la compétence du juge judiciaire, sa décision aura pour effet d'unifier le régime de l'arbitrage international en droit français.

En effet, dans cette hypothèse, dès lors qu'ils constitueraient des opérations du commerce international, tous les contrats internationaux conclus par des personnes privées comme par des personnes publiques seraient soumis au même droit de l'arbitrage : celui des articles 1492 et suivants du Code de procédure civile, tel que mis en œuvre par le juge judiciaire.

C'est d'ailleurs cette solution qui a été retenue par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 13 novembre 2008 rendu dans la présente affaire⁶.

Le double enjeu que recèle le conflit de compétences né dans l'affaire *INSERM c/. Fondation Letten F. Saugstad* ainsi présenté, il convient à présent d'exposer les motifs conduisant le CFA à affirmer que ce conflit devrait être tranché en faveur du juge judiciaire.

II. Les motifs pour lesquels le conflit devrait être tranché en faveur du juge judiciaire

Le CFA entend exposer ici les motifs qui le conduisent à affirmer avec la plus grande vigueur que le conflit de compétence, né dans l'affaire *INSERM c/. Fondation Letten F. Saugstad* devrait être tranché en faveur du juge judiciaire.

Une telle compétence du juge judiciaire est fondée tant en droit (A), qu'en opportunité (B).

A. En droit

Sur le plan du droit, la compétence du juge administratif en matière d'arbitrage international des litiges des personnes publiques ne s'impose pas. A cet égard, on relèvera d'abord qu'une telle compétence n'est pas d'ordre public international (1), ensuite qu'elle apparaît pratiquement inconnue en droit comparé (2) et enfin qu'elle comporte un risque de contrariété aux engagements internationaux de la France (3).

1. La compétence du juge administratif n'est pas d'ordre public international

Si la compétence du juge administratif est bien évidemment d'ordre public interne, elle n'est pas en revanche d'ordre public international.

En matière interne, le contentieux des contrats administratifs relève de la compétence de l'ordre juridictionnel administratif ; celle-ci est d'ordre public et nul n'entend le contester.

⁶ *Rev. arb.*, 2009, 389, note M. Audit.

Le Conseil d'Etat juge néanmoins très régulièrement aujourd'hui que la nature d'ordre public de sa compétence ne s'étend pas aux contrats internationaux des personnes publiques, même lorsque participant à l'exécution même d'un service public ils pourraient être qualifiés d'administratifs. Autrement dit, dans la jurisprudence administrative, la compétence administrative n'est pas d'ordre public international⁷.

La solution a d'ailleurs été confirmée par le Tribunal des conflits lui-même⁸.

En conséquence de cette solution, les contrats internationaux des personnes publiques, même lorsqu'ils présentent les caractères du contrat administratif, peuvent notamment être soumis à une loi étrangère et à la compétence du juge judiciaire qui s'ensuit⁹. Lorsqu'ils sont signés et exécutés en dehors du territoire français, ils échappent également aux règles du Code des marchés publics¹⁰.

Dans cette logique, investir le juge judiciaire de la compétence en matière d'arbitrage de tous les contrats internationaux des personnes publiques françaises ne se heurterait pas à l'ordre public.

Du reste, le droit français soumet depuis bien longtemps l'arbitrage de tous les contrats internationaux, même administratifs, des personnes publiques étrangères à la compétence du juge judiciaire et aux règles de l'arbitrage commercial international visées aux articles 1492 et suivants du Code de procédure civile¹¹.

Dans ce contexte, il y aurait donc une certaine illégitimité à considérer que les contrats administratifs internationaux des personnes publiques françaises devraient échapper à un régime que l'on applique sans difficulté aux administrations étrangères.

2. La compétence du juge administratif est pratiquement inconnue en droit comparé

En droit comparé on observe que la compétence en matière d'arbitrage international des contrats des personnes publiques relève du juge de droit commun, même dans les Etats qui ont adopté la doctrine française du « bloc de compétence ».

⁷ CE, 7 oct. 2009, *Société internationale du Bâtiment et de génie civil (SIBAGEC)*, *Dr. adm.*, nov. 2009, p. 14-15, obs. M. Audit. – CE, 4 juillet 2008, *Sté Colas Djibouti*, *RFDA* 2008. 1123, note F. Melleray ; *Dr. adm.*, oct. 2008, p. 13-16, obs. M. Audit. – CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Surtzer*, *Rec.*, p. 129 ; *AJDA*, 2005, p. 1844, note M. Audit ; *JCP*, 2005. I. 145, n° 9, obs. C. Boiteau ; *Contr. M.P.*, 2005, p. 18, obs. W. Zimmer. – CE sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, *Rec.*, p. 356 ; *JDI*, 2000, p. 742, note J.-F. Flauss ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 409, concl. J. Arrighi de Casanova, note S. Lemaire ; *RDP*, 2000, p. 378, obs. Ch. Guettier ; *JCP*, 2000. IV. 1439, obs. M.-C. Rouault.

⁸ TC, 22 oct. 2001, *Mmes Issa et Le Gouy*, *Bull.*, p. 29, n° 20 ; *Rec.*, p. 751 ; *RFDA*, 2002, p. 426 ; *Dr. adm.*, mai 2002, p. 29, obs. R.S..

⁹ CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Surtzer*, préc.. – CE sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, préc..

¹⁰ CE, 7 oct. 2009, *SIBAGEC*, préc.. – CE, 4 juillet 2008, *Sté Colas Djibouti*, préc..

¹¹ Marché de construction de l'ambassade koweïtienne à Alger : CA Paris, 13 juin 1996, *Sté KFTC*, *Rev. arb.*, 1997. 251, note Gaillard, *JDI*, 1997. 151, note Loquin. – Marché d'édification de routes en Tunisie : CA Paris, 24 fév. 1994, *Sté Bec Frères*, *Rev. arb.*, 1995. 275, note Gaudemet. – Cf. ég. : CA Paris, 17 déc. 1991, *Gatoil*, *Rev. arb.*, 1993. 281, note Synvet.

Même dans les pays influencés par le droit administratif français, tels l’Egypte, le Liban ou l’Algérie, la compétence exclusive du juge administratif en matière de contrats administratifs internationaux est plus que controversée et, pour ne citer que l’Algérie, elle a cessé d’exister. Plus généralement, aucun des droits de référence en matière arbitrale n’a opté pour une répartition du contentieux de l’arbitrage entre plusieurs ordres juridictionnels. Comme l’observent les spécialistes du droit comparé, le principe est toujours celui du « *contrôle de la sentence par l’autorité judiciaire* »¹².

Du reste, cette soumission à travers le monde de l’arbitrage international au seul juge de droit commun sans que la question du caractère administratif du litige ne soit jugée déterminante s’inscrit dans un mouvement plus vaste. En pratique, si chaque année, environ 15 % des litiges dont est saisi le plus connu des centres d’arbitrage, c’est-à-dire la Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), impliquent au moins une partie publique, la soumission de tels contrats à l’arbitrage commercial international ne suscite pas de débat particulier.

3. La compétence du juge administratif est potentiellement contraire aux engagements internationaux de la France

A supposer que le Tribunal des conflits tranche le présent conflit de compétences en faveur du juge administratif, cette solution reviendrait à terme, c’est-à-dire lorsque l’inarbitrabilité des litiges des personnes publiques aura été entièrement levée (ce dont aucun observateur averti ne doute), à soumettre les procédures arbitrales y afférentes au régime de l’arbitrage en matière administrative.

Or, si ce régime n’est pas à l’heure actuelle encore entièrement défini, tout porte à croire qu’il s’inspirera grandement du projet de réforme présenté par le groupe de travail dirigé par le Président Labetoulle¹³.

Dans la même logique, parce que le projet en cause ne saurait s’appliquer à l’arbitrage international sans heurter de front la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, qui a été ratifiée par la France¹⁴, il y a fort à penser que la compétence du juge administratif serait elle aussi potentiellement contraire à ladite Convention.

A cet égard, il paraît utile de rappeler l’article 9 du projet dit « Labetoulle » prévoit que le Conseil d’Etat pourra être saisi d’« un pourvoi en cassation contre une sentence arbitrale » et que, « sur demande motivée d’une partie, il pourra régler l’affaire au fond après cassation ». Autrement dit, ce projet envisage un recours direct contre toutes les sentences soumises au juge administratif – y compris celles rendues à l’étranger –, ce qui est radicalement contraire à la Convention de New York (art. V). De même, la faculté reconnue au juge administratif d’évoquer l’affaire serait contraire à ladite Convention qui énumère limitativement les motifs de contrôle (art. V) et qui exclut par là même toute révision de la sentence par le juge national.

¹² Cf. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruylant-LGDJ-Schultess, 2002, n° 766 et s..

¹³ Préc.

¹⁴ D. publ. n° 59-1039 du 1^{er} sept. 1959 (JORF du 6 sept. 1959).

Ainsi, trancher le conflit en faveur du juge administratif dans l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* risquerait d'exposer la République française à un manquement à ses obligations internationales.

Pour finir, si la compétence du juge administratif apparaît manifestement infondée en droit, on observera qu'elle est également inopportune.

B. En opportunité

Outre qu'elle est juridiquement fondée, admettre la compétence du juge judiciaire plutôt que celle du juge administratif dans la présente affaire serait indéniablement la solution la plus opportune.

Elle aurait pour conséquence de soumettre l'ensemble du contentieux de l'arbitrage international à un ordre juridictionnel unique permettant d'éviter ainsi une dualité de régime hautement préjudiciable pour le droit français de l'arbitrage (1). En outre, cette unité de compétence réalisée dans le chef de l'ordre judiciaire ne serait pas de nature à porter atteinte aux principes essentiels du droit public, dont le respect peut tout à fait se voir assurer par le juge judiciaire (2).

1. La consécration d'une dualité de régime serait hautement préjudiciable au droit français de l'arbitrage international

Si le Tribunal des conflits était amené à trancher le conflit en faveur de la compétence des juridictions de l'ordre administratif, cette décision reviendrait à laisser prospérer en droit français deux régimes de l'arbitrage, soumis à deux ordres de juridictions et à deux ensembles de règles distincts. Suivant la nature publique ou privée du contrat litigieux, l'arbitrage devrait alors relever ou bien du régime de droit public mis en place par un texte restant à adopter (en référence ou non avec le projet Labetoulle) ou bien du régime qui figure dans le Code de procédure civile.

Or, cette dualité de régime de l'arbitrage applicable aux contrats internationaux des personnes publiques présente deux risques majeurs.

Le premier risque est que la coexistence de ces deux régimes engendrerait nécessairement des conflits de compétences, afin de déterminer si un arbitrage en particulier relève de l'un ou de l'autre. De tels conflits de qualification risquent de surgir aux stades successifs de la constitution du tribunal arbitral (quel « juge d'appui » devrait être saisi ?), de la procédure arbitrale, de l'exequatur et du contrôle de la sentence une fois rendue, et des voies de recours s'il y a lieu. Or, il est bien connu que ce type de conflits ralentit considérablement les délais de procédure, ce qui est en contradiction frontale avec les raisons même pour lesquelles les opérateurs ont recours à l'arbitrage : une plus grande sécurité juridique et une plus importante simplicité procédurale, sans omettre les exigences du droit au procès équitable.

Le second risque est que la coexistence en droit français de l'arbitrage de deux régimes distincts – l'un de droit public et l'autre de droit privé – dont l'application sera conditionnée par la nature administrative ou privée du contrat litigieux porterait directement atteinte à la lisibilité de ce droit, et par voie de conséquence à son image dans le monde, notamment à l'endroit des potentiels investisseurs étrangers.

On rappellera ici qu'il existe une concurrence acharnée entre les grandes places d'arbitrage dans le monde, Paris restant pour l'heure l'une des plus importantes avec Londres et Genève. En complexifiant le droit français, c'est le risque de voir Paris comme place d'arbitrage se déprécier qui est pris.

Il y a donc des raisons essentielles pour ne pas trancher en faveur de la compétence du juge administratif et créer, ce faisant, un schisme au sein du droit français de l'arbitrage.

Cette solution serait d'autant moins opportune qu'elle est sous-tendue par la volonté de ne pas voir des procédures arbitrales porter atteinte aux principes du droit public français. Or, le respect de ces principes peut tout à fait être assuré par le juge judiciaire.

2. Le respect des principes essentiels du droit public peut être assuré par le juge judiciaire

Reconnaître la compétence administrative dans la présente affaire, c'est finalement supposer que le juge judiciaire ne serait pas capable de maîtriser et d'appliquer correctement les règles du droit administratif de fond. Or, dans tous les cas où la loi a donné compétence au juge judiciaire, celui-ci a parfaitement respecté et appliqué ce droit.

Dans la pratique, le juge judiciaire met en œuvre très régulièrement des règles de droit public. Il peut évidemment arriver que le juge judiciaire du fond porte sur les faits de la cause une appréciation différente du juge administratif, mais le risque n'est pas plus élevé qu'entre juridictions de fond de l'ordre administratif. De toute façon, la Cour de cassation assure l'unité de la jurisprudence sur le plan de l'application de la règle de droit et elle respecte le droit administratif¹⁵.

Dans le cadre spécifique de l'arbitrage international portant sur un contrat réputé administratif, le contrôle du respect des principes essentiels du droit public pourrait parfaitement être opéré par le juge judiciaire sur le fondement de l'ordre public tel que prévu par les articles 1502 et 1504 du CPC.

Il n'existe pas d'incompatibilité fondamentale entre, d'une part, le respect des principes essentiels de notre droit administratif et, d'autre part, tant la compétence du juge judiciaire que la mise en œuvre des règles du Code de procédure civile.

Ce dernier point est du reste confirmé par le législateur lui-même.

¹⁵ Civ. 2^e, 23 nov.1956, *Giry*, pourvoi n° 56-11871.

En effet, l'une des seules hypothèses où l'arbitrage a été expressément admis pour les contrats des personnes publiques l'a été par l'article 69 de la loi du 17 avril 1906, désormais visé à l'article 128 du Code des marchés publics. Or, ce texte soumet expressément l'arbitrage qu'il autorise aux règles du Code de procédure civile :

« Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile ».

En conclusion et à la lumière de la discussion ci-dessus développée, le Comité français de l'arbitrage est d'avis que — tant en droit qu'en opportunité — le conflit de compétences né dans l'affaire *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* devrait être tranché en faveur de la compétence du juge judiciaire.

**Pour le Comité français de l'arbitrage,
son Président,**


Philippe Leboulanger