



RAPPORT SUR L'ARBITRAGE EN MATIERE ADMINISTRATIVE

Rapport de M. Olivier Saumon

Membre du conseil de l'Ordre

L'attention de Monsieur le Bâtonnier Christian Charrière-Bournazel a été attirée par notre confrère Louis Degos sur la menace pour la pratique du contentieux arbitral international, de la possible adoption du rapport Labetoulle sur l'arbitrage en matière administrative et du projet de loi y afférent.

Plus précisément, ce sont deux projets français et européen qui sont susceptibles d'emporter des conséquences dommageables sur l'arbitrage en France et notamment sur la place de Paris dont l'importance est mondialement reconnue.

En réaction, le Comité Français de l'Arbitrage (CFA) a adopté, le 21 décembre 2007, une résolution aux termes de laquelle le CFA « se félicite de la volonté politique d'ouvrir l'arbitrage aux personnes de droit public ; recommande de ne pas adopter un système « d'arbitrage administratif » tel que préconisé par ce rapport ;

Recommande, pour mettre en œuvre cette volonté politique, l'abrogation de l'article 2060 du Code civil ».

Le présent rapport a vocation à informer notre Conseil sur cette question et l'inviter à se prononcer sur la résolution jointe.

Ce rapport a été rédigé en collaboration avec notre confrère Jean-Yves Garaud du Cabinet Cleary Gottlieb.

Les rapporteurs se sont rapprochés de Monsieur le Bâtonnier Bernard Vatiez, Président de la Commission Internationale, de Madame Laurence Kiffer, co-présidente de la sous-commission « arbitrage international » et de Monsieur Louis Degos du Cabinet Eversheds.

Introduction : Présentation des deux projets, français et européen

Le projet français consiste à ouvrir l'arbitrage aux personnes publiques (rapport Labetoulle).

La proposition européenne vise, dans le cadre d'une refonte éventuelle du règlement CE n°44/2001¹, à inclure l'arbitrage dans le champ du droit communautaire.

En l'état, il est à craindre que l'adoption de telles réformes affaiblira la sécurité juridique des parties en accentuant la confusion entre les différents ordres concernés (judiciaire, administratif, communautaire). Cette adoption se fera en outre au mépris de l'expression de la volonté des parties qui font le choix de l'arbitrage et, au risque de minimiser les bénéfices bien connus d'une justice privée, efficace et de qualité.

Une présentation de ces projets, tout d'abord la réforme française (I) puis les propositions communautaires (II), permet de mettre en lumière les dangers qui pèsent sur la place de Paris en matière d'arbitrage.

¹ Concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale « Bruxelles 1 »

I – La réforme de l'arbitrage en matière administrative ou le renouveau du tribunal des conflits

Le droit français de l'arbitrage est marqué par l'interdiction de compromettre, selon l'article 2060 du Code civil, « *sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* »². Eu égard au développement des relations économiques entre personnes morales de droit public et de droit privé, cette prohibition paraît difficile à maintenir. Partant de ce constat, proposition a été faite de créer un « *arbitrage administratif* »³.

1. Le rapport Labetoulle envisage la mise en place d'un véritable régime d'arbitrage administratif. Ce régime devra être ouvert à toutes les personnes morales de droit public en matière contractuelle. Le point positif de la proposition⁴ réside dans l'ouverture de la capacité de compromettre aux personnes morales de droit public.

Cependant, la mise en place du nouveau type d'arbitrage préconisé par le rapport risque de créer une grande confusion vis-à-vis du droit de l'arbitrage existant.

Le risque de confusion se trouve, en premier lieu, dans les propositions du rapport qui concernent le régime de l'arbitrage administratif. En effet, un régime dérogatoire du droit commun est proposé : par exemple, l'amiable composition y sera interdite, des règles de procédure administrative particulières concernant la composition du tribunal arbitral et la désignation des arbitres seront mises en place, les litiges indemnitaires mettant en jeu la matière quasi-délictuelle seront exclus. Enfin, l'appel et le recours en annulation ne seront pas possibles, le seul recours prévu étant un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

En second lieu, le rapport propose que l'encadrement des arbitrages administratifs relève de la compétence du seul juge administratif. Dès lors que le compromis d'arbitrage sera passé avec une personne morale de droit public, les juridictions de l'ordre administratif seront compétentes en tant que juge d'appui, juge du recours en annulation et juge de l'exequatur. Pour autant aucun critère de distinction entre la nature administrative ou privée de l'arbitrage n'a été posé par les auteurs du rapport.

2. Dès lors, l'élaboration d'un nouveau régime d'arbitrage administratif crée plus qu'elle ne résout des difficultés qui risquent de nuire à la réputation même de la place de Paris en matière d'arbitrage.

- La principale d'entre elles se trouve dans l'absence de critère précis de distinction entre les cas soumis au régime d'arbitrage du droit commun et ceux soumis au régime administratif. Partant, les saisines du tribunal des conflits pour départager les contentieux se multiplieront au détriment de l'efficacité, attendue par les parties, de l'arbitrage. Cette situation permettra d'ailleurs aux parties de mauvaise foi de soutenir un nouvel argument dilatoire dès l'instant qu'une personne morale de droit public sera partie à une clause compromissoire : il suffira, en effet, à une partie de remettre en cause la nature privée ou administrative du contrat. En bref, il est assez probable qu'en l'état, ce projet engendre un accroissement inutile de la durée et du coût des

² « On ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

³ Voir le Rapport « Labetoulle » du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative du 13 mars 2007, Rev. arb. 2007, n°3, p.651 et s.

⁴ Aujourd'hui l'article 40 de la loi n°2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs, qui devait permettre au gouvernement de prendre par ordonnance les mesures proposées par le rapport, a été censuré par le Conseil constitutionnel : DC n°2007-555, du 1^{er} mars 2007.

arbitrages dont le siège est en France, ceci au profit d'autres capitales étrangères plus attrayantes.

- Par ailleurs la compétence exclusive du juge administratif non seulement comme juge d'appui, mais aussi comme juge du recours et de l'exequatur ne peut avoir comme conséquence que de développer une nouvelle jurisprudence en matière d'arbitrage. Ceci est-il bien nécessaire quand on sait que l'un des facteurs du succès de la place de Paris en la matière est la jurisprudence remarquable qu'a développé au fil des années la Cour d'appel conférant à l'arbitrage localisé en France une réelle sécurité ? Il suffit aussi de songer à la délicate casuistique mise en œuvre en matière d'indépendance et d'impartialité des arbitres pour se convaincre du fait qu'un second courant jurisprudentiel sur la question, même émanant du Conseil d'Etat, ne pourra qu'affaiblir la sécurité juridique des parties⁵.
- Enfin, le rapport ne règle pas la difficulté des relations entre le juge administratif de la légalité des actes unilatéraux de l'administration et le tribunal arbitral. Si le futur projet de loi prévoyait que, saisi d'un différend contractuel, le tribunal arbitral pourrait apprécier la légalité d'un acte administratif afin d'en écarter l'application, l'arbitre demeurerait incompétent pour trancher les contestations directes visant à l'annulation de l'acte. Les juges administratifs conserveraient à cet égard une compétence exclusive en matière de recours pour excès de pouvoir. Un risque important existerait alors que le juge administratif et le tribunal arbitral statuent en sens contraire. Dans une telle hypothèse, la sentence pourrait alors être considérée comme contraire à l'ordre public et serait donc privée d'efficacité en France⁶.

3. Il reste cependant que l'accès des personnes morales de droit public à l'arbitrage doit être largement ouvert. A ce titre la solution la plus simple préconisée par le CFA et une partie de la doctrine⁷ reste encore de supprimer la prohibition de l'article 2060 du code civil garantissant ainsi l'unité du droit de l'arbitrage en France. Seul le juge judiciaire devra rester compétent pour encadrer la procédure de ces débuts jusqu'à l'exécution de la sentence la dimension administrative de l'opération au fond ne devant pas poser de difficulté. En effet, il est fréquent que le juge judiciaire soit tenu d'apprécier le droit administratif, comme le montre la compétence de la Cour d'appel de Paris à l'égard des décisions du Conseil de la concurrence ou de l'AMF, quitte à suggérer la compétence unique de la Cour d'Appel de Paris pour l'ensemble du contentieux lié à l'arbitrage⁸.

II – L'intégration de l'arbitrage dans le droit communautaire

La seconde menace qui pèse sur le développement de l'arbitrage en France provient des institutions communautaires. En l'état actuel des textes, l'arbitrage est exclu du champ d'application des règles communautaires, en particulier par l'article 1-2) d du Règlement CE n°44/2001. Ceci a pour principale conséquence que toutes les décisions judiciaires françaises en matière d'arbitrage ne relèvent pas du régime communautaire de circulation

⁵ On remarquera, à cet égard, que l'interdiction faite aux juges judiciaire de devenir arbitre n'a pas été étendue aux magistrats administratifs...

⁶ S. Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif : approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, Rev. Arb. 2007, p. 407.

⁷ T. Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, D. 2008, p. 180. Voir dans le même sens : S. Lemaire, C. Jarrosson & L. Richer, Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif, AJDA 2008, p. 617.

⁸ Voir sur ce point par exemple Cons. Const., 23 janvier 1987, déc. N°86-224 DC : Rec. Cons.const., p.8

simplifiée des décisions. Dans le cadre des réflexions en cours, il est cependant question d'en faire bénéficier l'arbitrage⁹.

Une telle réflexion n'est pas nouvelle : elle a déjà fait l'objet de discussions doctrinales¹⁰ et jurisprudentielles¹¹. Néanmoins aujourd'hui des propositions concrètes ont été faites¹². Il convient de les présenter (1) avant de s'intéresser aux enjeux d'une telle évolution pour la place de Paris (2).

1. Les propositions du rapport en matière d'arbitrage et de droit communautaire vont dans deux sens. D'un côté il est question de supprimer l'exclusion de l'article 1-2) d¹³ du texte communautaire, de telle sorte que toutes les décisions judiciaires françaises portant sur une procédure ou une sentence arbitrale seront désormais soumises au texte du règlement. D'un autre côté, un certain nombre des propositions visent à introduire dans le corps du texte des articles ayant spécifiquement pour objet l'arbitrage. Parmi ces dernières, l'insertion d'un article portant sur la validité formelle et les effets de la clause d'arbitrage a été suggérée. L'assimilation de la sentence arbitrale à une décision civile a aussi été proposée afin de faire bénéficier à de telles sentences des facilités de circulation des décisions en Europe.

2. De prime abord ces évolutions n'appellent ni un enthousiasme débordant ni une franche opposition. Néanmoins, il est intéressant de noter que dans le cadre de la consultation communautaire, la majorité des Etats membres se sont déclarés satisfaits de l'état actuel de la mise en œuvre conjointe de la Convention de New York de 1958 en matière d'arbitrage et du Règlement CE n°44/2001¹⁴ et, par conséquent, réticents à toute évolution en la matière.

Cependant, à y regarder de plus près ces propositions se révèlent être un facteur de complication dangereux et inutile pour l'attrait économique de Paris comme lieu du siège d'arbitrages internationaux.

- Tout d'abord l'intégration de l'arbitrage dans le champ du droit communautaire entraîne un double danger. En premier lieu, aucune garantie n'est apportée quant aux exigences de qualité de la procédure d'arbitrage. L'uniformisation en la matière risque d'aboutir, au mieux, à un compromis, au pire à un alignement sur un modèle national défavorable à l'arbitrage. Ce risque réel doit être mis en perspective avec la jurisprudence française très exigeante et très appréciée en matière d'arbitrage, et notamment d'arbitrage international. En second lieu, l'intégration de l'arbitrage dans le Règlement communautaire aura pour effet immédiat d'étendre la compétence de la CJCE. Au fil des ans et des questions préjudicielles, on verra se développer un nouveau régime autonome de l'arbitrage développé par la CJCE, ajoutant un risque de confusion avec la jurisprudence interne. D'ailleurs une multiplication des saisines

⁹ Voir à ce sujet la proposition des prof. Hess, Pfeiffer et Schlosser, dont les extraits concernant l'arbitrage ont été publiés : Gaz. Pal, « Les cahiers de l'arbitrage », n°2008/1, spéc. p. 5 et s.

¹⁰ A. Mourre, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », Bulletin ASA, Vol.23 No.3 52005, p.408-430.

¹¹ Voir dernièrement la question préjudicielle posée à la CJCE par la chambre des Lords dans l'affaire *West Tankers* sur la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement CE 44/2001 dès lors qu'il s'agit de faire respecter une clause compromissoire alors que la juridiction saisie par une des parties à la convention est compétente en vertu des textes communautaires. *West Tankers Inc. ./ R.AS Riunione Adriatica di Sicurtà Spa a. o.* [2007] UKHL 4.

¹² Voir rapport des prof. Hess, Pfeiffer et Schlosser précité.

¹³ « 2. Sont exclus de son application : (...) d) l'arbitrage.

¹⁴ A cet égard, voir le rapport précité.

dilatatoires dans le but de paralyser le déroulement de la procédure arbitrale ou de l'exécution de la sentence est aussi à prévoir.

- Ensuite, la proposition de suppression de l'exclusion de l'arbitrage du Règlement CE n°44/2001 est faite au mépris de l'état actuel du traitement des relations arbitrage/droit communautaire. Celui-ci est l'objet d'une jurisprudence, certes parfois dense, mais bien établie. Ainsi, par exemple la CJCE a déjà donné une solution en matière d'encadrement de la procédure arbitrale : les litiges soulevés devant les juridictions judiciaires portant sur la validité d'une convention d'arbitrage¹⁵ comme, par extension, les interventions du juge d'appui sont exclus du champ d'application du Règlement. Une telle solution ne semble pas poser de difficulté. La question est aussi réglée s'agissant de la non application du Règlement en matière de litispendance ou de connexité lorsqu'une juridiction d'un Etat membre et un tribunal arbitral sont saisis d'une affaire identique ou très proche¹⁶, ce qui, en France, en vertu de l'effet « négatif du principe de compétence-compétence », a pour conséquence de donner priorité à l'arbitrage.
- Enfin la mise en place de conditions communautaires pour la validité en la forme de la clause compromissoire viendrait clairement en concurrence avec la Convention de New York.

Par conséquent, il apparaît aujourd'hui assez « inopportun »¹⁷ d'étendre le champ d'application *rationae materiae* du Règlement Bruxelles I à l'arbitrage. Une telle évolution aurait pour effet de rompre le délicat équilibre jurisprudentiel existant, tout en développant une insécurité juridique en matière d'arbitrage.

Enfin, cette réforme serait une atteinte à l'efficacité de l'arbitrage. L'application du Règlement CE 44/2001 aux décisions judiciaires sur l'annulation de la sentence aurait pour conséquence de rendre impossible l'exécution de cette dernière sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne du fait de la circulation automatique des jugements rendus en matière civile et commerciale éloignant un peu plus Paris, et plus généralement l'Europe, comme lieu du siège de l'arbitrage.

En conclusion, le juridique rejoint toujours l'économique. Le succès de l'arbitrage international en France résulte de la mise en œuvre de règles simples et efficaces qui rassurent et attirent les opérateurs. Des bouleversements comme ceux envisagés diminueraient l'intérêt du recours à l'arbitrage compte tenu de l'insécurité juridique qui en résulterait, avec pour effet immédiat de repousser Paris du choix des acteurs économiques comme siège de l'arbitrage.

Paris, le 2 septembre 2008

Olivier Saumon
Membre du Conseil de l'Ordre

Jean Yves Garaud
Cleary Gottlieb

¹⁵ CJCE, 25 juillet 1991, *Marc Rich*, aff. C-190/89.

¹⁶ Dans ce cas ce sont les règles procédurales de droit commun qui s'appliquent.

¹⁷ A. Mourre, « *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ?* », Bulletin ASA, Vol.23, n°3, (2005), p.408-430.

**TEXTE DE LA RESOLUTION PROPOSEE
AU CONSEIL DE L'ORDRE**

« Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris se réjouit de la volonté politique d'ouvrir l'arbitrage aux personnes de droit public et fait connaître son accord pour la suppression de la prohibition de l'article 2060 du code civil. Toutefois il attire l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité de garantir l'unité du droit de l'arbitrage en France et recommande que le juge judiciaire reste seul compétent pour encadrer la procédure, depuis les débats jusqu'à l'exécution de la sentence.

Concernant l'intégration de l'arbitrage dans le droit communautaire, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris fait part de ses plus expresses réserves sur l'intégration de l'arbitrage dans le Règlement Communautaire CE n° 44/2001. »