le club des juristes

LE MOT DE LA SEMAINE

MASOCHISME FRANÇAIS

585

Le Tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage

EMMANUEL GAILLARD,
professeur de droit à l'université Paris XII et managing partner du bureau parisien du cabinet d'avocats Shearman & Sterling LLP, responsable du Groupe arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP

Au moment même où diverses commissions se battent les flancs pour chercher les voies et moyens de promouvoir le droit français dans le monde et où les ministres de la République les plus en vue s'efforcent de convaincre les États du Golfe de ne pas oublier que leur droit inspiré du droit égyptien est de tradition civiliste, ce que leur personnel juridique, majoritairement anglophone, ne comprend plus, le Tribunal des conflits porte un coup très dur à l'une des rares institutions françaises qui sert encore de modèle dans le monde et qui assure à la place de Paris une fragile prééminence : le droit français de l'arbitrage international.

Par un arrêt *Inserm contre Fondation Saugstad* du 17 mai 2010 (V. *supra* 552, *Aperçu rapide T. Clay*), le Tribunal des conflits dédouble le droit français de l'arbitrage international. Il y aura désormais le droit commun de l'arbitrage international dont la cohérence – et le libéralisme – sont garantis par les juridictions de l'ordre judiciaire et le droit de l'arbitrage international portant sur des « contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public » placé sous le contrôle des tribunaux administratifs.

La crainte de voir les arbitres, puis le juge judiciaire exerçant un contrôle sur la sentence, ne pas être suffisamment respectueux de ce régime d'ordre public conduit le Tribunal des conflits à juger que « le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige, même en matière internationale, né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ». Toutes les matières mettant en cause « les règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de services publics » sont ainsi implicitement reconnues arbitrables mais la rectitude de l'application de ce régime est placé sous la haute vigilance du juge administratif.

Défiance à l'égard des arbitres ; défiance à l'égard du juge chargé du contrôle de droit commun des sentences ; contrôle étroit du « respect des règles impératives du droit public français » : l'esprit de l'arrêt *Inserm* est aux antipodes de celui qui inspire ce qui n'est plus aujourd'hui que le droit commun de l'arbitrage international en France.

Nul doute que ce dédoublement de compétence perturbera gravement l'image du droit français de l'arbitrage dans le monde. L'existence même d'une dualité de régime dont la ligne de partage dépend d'un critère de fond, tiré de la nature des règles applicables, servira d'épouvantail aux opérateurs étrangers qui insisteront désormais pour que l'arbitrage se déroule hors de France et ce, même dans les situations dans lesquelles la compétence est celle des juridictions de l'ordre judiciaire. L'incertitude est en effet, en matière d'arbitrage comme en matière boursière, le pire des maux.

Lorsqu'en mai 2001, le Tribunal fédéral suisse a rendu l'une des rares décisions peu favorables à l'arbitrage de son histoire en imposant aux arbitres siégeant en Suisse de surseoir à statuer lorsque des juridictions étrangères avaient été saisies en premier du même litige, le législateur suisse est intervenu pour briser cette jurisprudence, ce qui a été fait par la loi du 6 octobre 2006. Le droit suisse a ainsi retrouvé le libéralisme et l'esprit de faveur à l'arbitrage qui fait de la Suisse une des toutes premières places d'arbitrage dans le monde.

L'arrêt *Inserm* mérite le même sort. S'il veut assurer la pérennité de l'arbitrage international en France, le législateur doit mettre un terme à cette dualité de compétence incompréhensible pour les opérateurs étrangers, quitte à définir de manière précise les personnes morales de droit public susceptibles de recourir à ce mode de règlement des différends qui fascine autant qu'il effraie ceux qui n'en sont pas familiers.

En revanche, l'arbitrage sous haute surveillance ou, pire, l'arbitrage tiraillé entre deux pôles de compétence, d'esprit opposé, est aussi anachronique qu'inefficace, compte tenu de la liberté des opérateurs du commerce international de convenir que leurs arbitrages se dérouleront en France … ou ailleurs.