

Les musées à forme d'établissement public administratif peuvent-ils recourir à l'arbitrage⁽¹⁾ ?

François DESSEILLES

Responsable scientifique à la Bibliothèque Léon Graulich de l'Université de Liège
et assistant volontaire (Unité de droit économique et de théorie du droit,
Faculté de Droit et de Science Politique, Université de Liège)

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Résumé	498
Abstract	498
Resumen	499
Introduction	499
A. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le contexte muséal	499
B. Musées publics et extension de la logique de marché	501
C. L'arbitrage en question	503
D. Définitions et notions	504
I. L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats d'un établissement public administratif	505
A. Le principe de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage	506
B. La validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux : principe et conditions	508
1. Conventions internationales	508
2. Jurisprudence française : l'arbitrabilité de principe des litiges du commerce international	509
a) La position de la Cour de cassation	509
b) La position du Tribunal des conflits	511
C. Synthèse	513
II. Quel organisme d'arbitrage ?	514
A. Rouages de l'arbitrage	514
B. Les différents acteurs et institutions de l'arbitrage	516

⁽¹⁾ L'auteur remercie le professeur Nicolas Thirion pour son aide précieuse.

1. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale	516
2. Le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)	516
3. Le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève	517
4. La Chambre arbitrale internationale de Paris	517
5. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris	518
6. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye (<i>Permanent Court of Arbitration</i>)	518
Conclusions	519



RÉSUMÉ

Cet article s'attache à étudier la possibilité d'utiliser dans la sphère muséale un des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), en l'occurrence l'arbitrage. Si la réponse apportée variera naturellement selon la nature des institutions, l'étude s'est concentrée sur les établissements publics administratifs en droit français. Nous nous intéressons d'abord à la place des MARC dans le contexte muséal ainsi qu'à l'extension de la logique de marché à laquelle sont confrontés les musées publics. Le rôle de l'arbitrage dans ces derniers est abordé et certaines définitions et notions corrélatives sont rappelées. Ensuite, l'article étudie l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats d'un établissement public administratif. Il s'agit en premier lieu de l'analyse du principe de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. En second lieu, l'article examine le principe et les conditions de validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux, en considérant principalement la jurisprudence française qui conclut à une arbitrabilité de principe des litiges du commerce international. Pour terminer une description de différents rouages et de plusieurs acteurs de l'arbitrage est faite.

ABSTRACT

This article aims to study the possibility of using alternative dispute resolution (ADR), specifically arbitration, in the museum sphere. If the answer given will naturally vary according to the nature of institutions, the study focused on public administrative institutions in French law. We focus first on the place of ADR in the museum context and the expansion of market logic faced by public museums. The role of arbitration in these is discussed and some definitions and concepts are correlatively recalled. Next, the article examines the arbitrability of

disputes concerning contracts of a public administrative establishment. It is first of all a matter of the analysis of the principle of prohibition to public entities to resort to arbitration. Second, the article examines the principles and conditions of the validity of the arbitration clause in international contracts, considering mainly the French jurisprudence, which decides that arbitrability of disputes in international trade is feasible in principle. Finally a description of various mechanisms and several stakeholders in the arbitration is made.

RESUMEN

Este artículo estudia la posibilidad de utilizar en la esfera museística uno de los modos alternativos de resolución de conflictos (MARC), en este caso, el arbitraje. Si la solución aportada variará, como es natural, según la naturaleza de las instituciones, el estudio se centra en los establecimientos públicos administrativos en el derecho francés. En primer lugar nos interesamos por el lugar que ocupan los MARC en el contexto museístico, así como por la extensión de la lógica de mercado en la que se ven confrontados los museos públicos. Se aborda el papel del arbitraje en estos últimos y se recuerdan ciertas definiciones y nociones correlativas. A continuación el artículo estudia la arbitrabilidad de los litigios correspondientes a los contratos de un establecimiento público administrativo. Se trata en primer lugar del análisis del principio de prohibición a las personas públicas de recurrir al arbitraje. En segundo lugar, el artículo examina el principio y las condiciones de validez de la cláusula compromisoria en los contratos internacionales considerando principalmente la jurisprudencia francesa, que se pronuncia por una arbitrabilidad de principio de los litigios del comercio internacional. Finalmente se realiza una descripción de diferentes mecanismos y diversos actores del arbitraje.

INTRODUCTION

A. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le contexte muséal

Dans la sphère muséale, les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) sont surtout connus en matière de restitutions internationales⁽²⁾. Ainsi la médiation qui figure parmi les différents modes de résolution des conflits est souvent visée dans les conventions. Constatant l'accroissement du nombre de différends liés aux questions de propriété, entre les musées et d'autres parties (musées, associations, représentants d'entités publiques, communautés

⁽²⁾ Voy. notamment à ce sujet : M. CORNU, M.-A. RENOLD, « Le renouveau des restitutions de biens culturels : les modes alternatifs de règlement des litiges », in *Journal du Droit International (Clunet)*, avril-mai-juin 2009, n° 2, pp. 493-533.

nationales ou autochtones, particuliers), le Conseil international des musées⁽³⁾ (ICOM, Paris), organisation non gouvernementale, et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁽⁴⁾ (OMPI, Genève) ont mis en place un processus de collaboration dans lequel est prévue une offre de médiation en Art et Patrimoine Culturel⁽⁵⁾. Cette procédure de résolution alternative des litiges consacrée aux professionnels des musées, ainsi qu'aux acteurs du secteur de la culture, n'est qu'un pas de plus dans la collaboration qui liait les deux institutions depuis plusieurs années.

Différents types de litiges surgissent effectivement entre les musées et les autres acteurs du secteur de l'art et du patrimoine culturel, par exemple concernant la provenance, le retour, la restitution, la conservation et la propriété d'objets dans des collections, ainsi que des questions de propriété intellectuelle et des revendications concernant le patrimoine culturel immatériel. Les difficultés liées à ce type de litige sont multiples. Les questions y ayant trait sont tant juridiques qu'extra-juridiques, et ces derniers éléments sont parfois des plus délicats : culturels, économiques, éthiques, historiques, moraux, politiques, religieux ou spirituels. Ces aspects peuvent aussi être de nature matérielle et immatérielle. Outre les coûts et autres dépenses considérables et leur fréquente dimension internationale, d'autres questions juridiques se font jour, de preuve,

⁽³⁾ Créé en 1946, l'ICOM est une organisation non gouvernementale qui entretient des relations formelles avec l'Organisation des Nations Unies pour la Science, l'Éducation et la Culture (UNESCO) et qui jouit d'un statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies. Elle prend la forme juridique d'association « loi 1901 » soumise à la législation française (art. 1, section 2 « statut juridique », Statuts de l'ICOM adoptés par la 22^e assemblée générale tenue à Vienne (Autriche), le 24 août 2007, réf. 2005/DIV.03rev5). La politique de l'ICOM consiste à encourager la résolution à l'amiable des litiges relatifs aux droits de propriété des objets des collections de musées qui auraient été volés ou illégalement exportés du pays d'origine. Elle a aussi pour but de régler au plus vite ces litiges grâce à des processus volontaires de négociation plutôt qu'à des procès coûteux et longs ou à des décisions politiques. La médiation ICOM-OMPI propose des règles qui intègrent par référence directe le *Code de déontologie de l'ICOM pour les musées*.

⁽⁴⁾ Institution des Nations Unies, financièrement autonome, comprenant 186 États membres, l'OMPI a pour principal but de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde par la coopération des États, en collaboration, s'il y a lieu, avec toute autre organisation internationale (art. 3, i) de la Convention instituant l'OMPI, signée à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979). L'OMPI est active dans un grand nombre de domaines, y compris le droit d'auteur, le patrimoine culturel, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Elle travaille souvent en consultation avec des institutions culturelles, comme par exemple des musées, des archives et des bibliothèques. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (Centre de l'OMPI) offre des services à but non lucratif pour le règlement de litiges concernant des questions de propriété intellectuelle. En tant qu'institution internationale et neutre de règlement de litiges reconnue, le Centre de l'OMPI administre des procédures en vertu de différents règlements, comme par exemple celui relatif à la médiation, à l'arbitrage, à l'arbitrage accéléré et à l'expertise. Il développe également des procédures de règlement de litiges sur mesure pour certains secteurs et entités concernés par la propriété intellectuelle. Ceci inclut notamment des services de règlement de litiges dans le domaine de l'art et du patrimoine culturel.

⁽⁵⁾ *Communiqué de presse du 12 juillet 2011*, [en ligne], http://icom.museum/uploads/media/110701_DP_Mediation_FR.pdf (page consultée le 5 mai 2013).

de prescription ou encore de droit coutumier. Par ailleurs, il ne faut pas négliger les enjeux de réputation et de relations à long terme.

B. Musées publics et extension de la logique de marché

La présence des musées sur le marché, en tant qu'acteurs économiques à part entière, fait qu'ils sont confrontés aux exigences des autres agents économiques, notamment les exigences contractuelles en matière de résolution des litiges. C'est donc un certain « glissement économique » qui pose la question de savoir si un « musée public » peut préférer soumettre à des procédures d'origine privée les litiges qui surviendraient lors de l'exécution du contrat.

En France, les musées publics recherchent aujourd'hui des modes de financement de leurs activités provenant de ressources propres, dès lors que les subventions étatiques diminuent et que la volonté de moins dépendre de ces crédits se fait jour. Pour parer aux limites de subventions et répondre à l'incitation à l'autofinancement, les musées concentrent de plus en plus leur développement vers l'économie de l'immatériel, encouragés en cela par de nombreuses recommandations, dont celles du Rapport Jouyet-Lévy⁽⁶⁾. Ce rapport fut nuancé par les conclusions plus mesurées d'un autre document remis au ministre de la Culture de l'époque par Jacques Rigaud et Claire Landais⁽⁷⁾. Ce dernier rapport affirme sans détour qu'« un grand musée public n'est pas réductible à une entreprise, même s'il est en droit de transposer dans son domaine singulier certaines règles de bonne gestion ».

Par exemple, le Rapport Jouyet-Levy soulignait qu'« à l'heure où le budget du ministère de la Culture est, comme les autres postes, confronté à des contraintes budgétaires, le développement des ressources propres doit être un

⁽⁶⁾ Voy. en ce sens le rapport de la commission officielle Jouyet-Lévy qui a durablement influencé la réflexion en matière de gestion des musées et plus largement le domaine de l'économie de l'immatériel. Il proposait de développer une « politique dynamique de valorisation de l'ensemble des actifs immatériels publics, qui permettra non seulement de disposer de ressources budgétaires supplémentaires, mais surtout de renforcer notre potentiel de croissance » (M. LÉVY, J.-P. JOUYET et alii, *Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel. L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, rendu au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Paris, 23 novembre 2006, [en ligne], <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000880/0000.pdf> (page consultée le 11 mai 2011). D'aucuns ont souligné qu'il s'agissait bel et bien d'un « glissement subreptice de l'immatériel au monde des choses et des choses rares » (M. CORNU, « La marchandisation de la culture, à propos des collections publiques », in É. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation, actes du colloque de Dijon (18-19 mai 2009)*, Paris, Litec, 2010, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, p. 203).

⁽⁷⁾ J. RIGAUD et C. LANDAIS, *Réflexion sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des œuvres de leurs collections, Rapport remis à Christine Albanel, ministre de la Culture et de la Communication*, Paris, 20 janvier 2008, point III, « Les Musées français et l'économie de l'immatériel » <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000071/0000.pdf> (page consultée le 11 mai 2011), ci-après *Rapport Rigaud*.

objectif prioritaire». Celui de Jacques Rigaud et Claire Landais abonde dans ce sens en reconnaissant qu'il «insiste à juste titre sur la nécessité pour les musées de développer leurs ressources propres (...)»⁽⁸⁾. Toutefois, il fait ressortir que, «si importants et nécessaires que soient la diversification et le développement des ressources propres des musées», il n'a pas jusqu'ici impliqué que «la notion de service public des musées et le rôle de ces derniers dans la démocratisation culturelle soient contestés et encore moins remis en cause par les pouvoirs publics au profit d'une conception mercantile du patrimoine artistique et culturel»⁽⁹⁾.

Il peut être conclu du Rapport Rigaud qu'une «vision moderne du musée ne peut donc se dispenser d'une réflexion approfondie et même audacieuse», entre autres sur ses «méthodes de gestion», sans que toutes «les règles de management ou, comme on dit, de "gouvernance" de l'entreprise soumise, elle, intégralement à la loi du marché» s'y appliquent⁽¹⁰⁾. Face à ces évolutions, les différents musées ont trouvé leur équilibre de façon différente.

Les ressources provenant du mécénat s'avèrent effectivement précieuses dans cette quête de ressources propres – bien qu'elles ne soient pas régulières – et prennent part plus largement à cette émancipation des musées⁽¹¹⁾.

Une recommandation du Rapport Jouyet-Lévy proposait par exemple de «marier le baladeur numérique et la culture : un nouveau marché pour les musées français»⁽¹²⁾. Il est question d'un enjeu qui «dépassé d'ailleurs la motivation financière». Le rapport indique en effet qu'«en utilisant le support cultu-

⁽⁸⁾ *Rapport Rigaud, op. cit.*, p. 9.

⁽⁹⁾ *Rapport Rigaud, op. cit.*, p. 3 ; il est encore question de ce danger plus loin dans le rapport lorsque le constat est dressé qu'«à force d'inciter les musées, organismes investis d'une mission de service public, à développer des "ressources propres", la puissance publique s'expose au risque que la recherche légitime de ces ressources finisse par l'emporter, dans l'esprit des responsables, sur l'accomplissement de la mission de service public qui demeure la raison d'être de ces collections publiques.» (*Rapport Rigaud, op. cit.*, p. 47) ; pour mémoire, les opérations de diversification suivent trois logiques, selon la littérature économique classique : premièrement, un allègement des coûts par l'utilisation des capacités de production sous-employées, qu'elles soient humaines ou matérielles ; deuxièmement, un objectif de survie par la substitution d'activités dont la demande se raréfie par le recours à d'autres produits ; troisièmement, la diffusion des risques sur un ensemble de produits afin de ne pas dépendre des aléas consécutifs au choix d'un seul de ces produits (P.-J. BENGHOSI, *Musées et activités commerciales. Conférence prononcée le 22 octobre 1992 à l'École des Hautes Études Commerciales de Montréal*, p. 5).

⁽¹⁰⁾ *Rapport Rigaud, op. cit.*, p. 9.

⁽¹¹⁾ Pierre-Jean Benghosi constatait déjà au début des années 1990 que «la diversification et le développement d'activités commerciales, habituelles dans les autres industries, soulèvent un problème spécifique dans le domaine culturel qui se définit essentiellement par la nature de l'activité et du mode de consommation» (P.-J. BENGHOSI, *op. cit.*, p. 1). S'il est normal que les musées recherchent, pour leur survie, des ressources propres, la question d'un changement de dépendance peut se poser, au sens où l'organisme subventionnaire – parfois privé – est peut-être le réel détenteur d'une tutelle – non administrative mais bien financière – sur les activités et la façon dont elles sont menées.

⁽¹²⁾ *Rapport Jouyet-Lévy, op. cit.*, p. 119.

rel préféré de la jeunesse, c'est la nature même du lien qui unit les jeunes à la culture qui pourra être modifié», en parlant à ce propos des «non-publics». Il s'agit de ceux «qui, trop impressionnés, ne fréquentent pas les musées» et pour lesquels la culture numérique offre une alternative. Selon le Rapport Jouyet-Lévy, «l'enjeu n'est plus seulement de faire venir les non-publics dans les musées, mais également de venir à eux, en les faisant passer du téléchargement de musique auquel ils sont habitués au téléchargement de contenu culturel».

Cette proposition du rapport semble être concrétisée par le musée du Louvre qui envisage de produire des jeux vidéo dans le cadre d'un partenariat de cinq ans noué avec Nintendo, le géant japonais de cette spécialité⁽¹³⁾. Par ailleurs, on a appris que ce musée avait remplacé à partir d'avril 2012 ses anciens audioguides par des consoles portables «3DS»⁽¹⁴⁾. Le déploiement de ces audioguides est entièrement financé par Nintendo.

C'est dans ce genre de conventions, liant un musée avec des mécènes internationaux pour des actions de grande envergure et donc qui engendrent le brassage de grands moyens, que l'on retrouve des clauses modèles d'arbitrage, telles celles de la Chambre Internationale de Commerce (*Interational Chamber of Commerce*, ICC)⁽¹⁵⁾.

C. L'arbitrage en question

Cependant, pourquoi l'arbitrage? D'une part, les conflits et négociations liés à l'art et au patrimoine culturel se distinguent par leur objet très spécifique. Ici nous pouvons extrapoler que les enjeux annexes sont du même acabit. Il s'agit donc qu'une expertise technique, dont peut faire preuve un tribunal arbitral, soit garantie. D'autre part, c'est encore la question de la réputation qui vient renforcer le désir des acteurs que les négociations et *a fortiori* tout litige qui se rapporterait à l'exécution du contrat soient discrètes. Le souhait des

⁽¹³⁾ *La Croix*, 10 avril 2012, [en ligne], http://www.la-croix.com/Culture/Actualite/Le-Louvre-envisage-de-produire-des-jeux-videos-avec-Nintendo-_NG_-2012-04-10-789677 (page consultée le 5 mai 2013).

⁽¹⁴⁾ Le journal indique qu'«outre les commentaires vocaux, ce terminal permet aux visiteurs de se repérer facilement dans le musée grâce à des bornes wifi installées dans chaque salle, de visualiser des œuvres en relief et en haute définition et de suivre des parcours thématiques», que ce type de dispositif est «destiné à rajeunir le public du Louvre» et que ce «déploiement» est «entièrement financé par Nintendo et un autre mécène (la compagnie Korean Air)». L'auteur de l'article indique qu'il ne s'agit que d'une première étape: «“Nous sommes très ouverts à l'idée du jeu qui resterait dans le cadre de la visite du musée”, explique Agnès Alfandari, chef du service multimédia du Louvre».

⁽¹⁵⁾ «All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules». Les parties peuvent aussi souhaiter stipuler dans la clause la loi du contrat, le lieu de l'arbitrage ou encore la langue qui sera employée: par exemple «The seat of arbitration shall be Paris, France, and the language to be used in the arbitration proceeding shall be English».

deux parties de garder la confidentialité quant aux fins et aux moyens justifie l'emploi de telles clauses d'arbitrage. Il s'agit de recourir à ce dernier procédé plutôt que de s'abandonner *a priori* à la procédure judiciaire commune. En outre, la célérité, les délais impératifs que les parties peuvent prévoir quant au prononcé de la sentence arbitrale ainsi que la souplesse quant à la détermination de certains aspects de la procédure justifient souvent le recours à l'arbitrage⁽¹⁶⁾.

Les musées publics sont effectivement des acteurs particuliers pour diverses raisons dans la vie de la Cité. Ils sont tout autant préoccupés que les autres personnes physiques ou morales de garantir le bon déroulement de leurs relations contractuelles. Parmi les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC), l'arbitrage figure en bonne place. Se pose alors la question de savoir si les litiges muséaux sont arbitrables et, dans l'affirmative, de déterminer une institution à même de mener cet arbitrage.

Le phénomène de l'arbitrage tend à se manifester au sein des relations contractuelles, qu'elles aient ou non un élément d'extranéité, en s'intégrant souvent dans la section du contrat consacrée à la loi applicable à celui-ci et à la juridiction compétente.

Les clauses types de l'arbitrage peuvent être relevées dans des contrats de mécénat, de licence de marque, de partenariat ou encore dans les contrats d'organisation multipartite (coproduction) d'expositions, souvent au niveau international.

La question qui se pose actuellement est de savoir si l'arbitrage est envisageable dans les contrats et conventions auxquels est partie un établissement public à caractère administratif et, le cas échéant, de déterminer alors les procédures et modalités applicables à cet arbitrage. Tel est l'objet précis de la présente contribution.

Préalablement à l'examen de l'arbitrabilité de certains litiges, que nous aborderons selon un double point de vue (d'une part, le principe qui interdit aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, la validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux et les problèmes subséquents de procédure), nous rappellerons les définitions et notions essentielles à la compréhension de cette question.

D. Définitions et notions

L'arbitrage est un mode, dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel, de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui

⁽¹⁶⁾ D. LABETOULLE, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage*, Paris, Ministère de la justice, 13 mars 2007, p. 1.

tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties⁽¹⁷⁾.

Les *deux caractères essentiels* de l'arbitrage apparaissent à la lumière de cette définition : d'une part, le caractère conventionnel ; d'autre part, le caractère juridictionnel.

Il est fait *distinction* entre, d'une part, l'arbitrage *ad hoc*, qui se déroule en dehors de toute organisation permanente d'arbitrage et relève de la seule initiative des parties et de leurs arbitres, et, d'autre part, l'arbitrage institutionnel, supposant le concours d'un organisme permanent d'arbitrage – par exemple, la *Chambre de commerce internationale* –, qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage, une organisation matérielle et des services.

Il convient également de distinguer le *compromis* et la *clause compromissoire*. Le premier consiste en la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige sur des droits dont elles peuvent disposer décident d'en confier la solution à un ou plusieurs arbitres de leur choix (et non à la justice étatique). La seconde vise la stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles et qui diffère du compromis en ce qu'elle se réfère à un litige éventuel, non encore né.

I. L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES RELATIFS AUX CONTRATS D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC ADMINISTRATIF

Les contrats dans lesquels un établissement public administratif, notamment donc les musées constitués sous cette forme, est partie ont un élément d'extranéité lorsqu'ils sont signés avec une personne physique ou morale étrangère, ou bien lorsqu'ils ont vocation à être exécutés sur le territoire d'un État étranger, tout en étant conclus avec l'établissement public administratif.

Avant d'examiner la validité de la clause compromissoire stipulée dans les contrats administratifs internationaux (ordre international) (B), il convient d'abord d'examiner en droit français le principe de l'interdiction de principe faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage (A).

(17) V° « arbitrage », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004.

A. Le principe de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage

L'article 2060 du Code civil prévoit de manière générale⁽¹⁸⁾ qu'« on ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant⁽¹⁹⁾ les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Le texte pose une règle d'inarbitrabilité. Cette interdiction pour les personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage constitue un principe général du droit public français⁽²⁰⁾.

La convention d'arbitrage dont l'objet est l'exclusion de la compétence du juge étatique au profit du tribunal arbitral est nulle, son objet étant illicite.

Le Conseil d'État, dès l'arrêt *Ouvrard c. Ministre de la guerre* du 17 novembre 1824⁽²¹⁾, s'est servi très tôt de ce texte pour en tirer le principe général de l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Les fondements de cette prohibition sont notamment les conséquences aléatoires de l'arbitrage, le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions administratives, les intérêts supérieurs de la collectivité mis en jeu dans les actions de cette dernière ou la crainte que les intérêts publics confiés à des arbitres ne soient pas aussi bien protégés que par les juridictions officielles.

L'assemblée générale du Conseil d'État a rendu un avis⁽²²⁾ le 6 mars 1986 à l'occasion de la négociation du contrat avec la *Société Disney* pour la réalisation d'un parc de loisirs en région parisienne où elle fait appel aux principes généraux du droit public français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil.

Selon cet avis, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux *règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales* en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne, sous réserve de dérogations découlant de *dispositions législatives expresses* ou

(18) L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des différends et, à cet égard, les principes valables en droit privé sont considérés comme applicables en droit public (application de règles identiques).

(19) Il faut souligner que l'arbitrage est exclu pour un litige intéressant un établissement public, même si celui-ci n'intervient pas au litige.

(20) D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 3.

(21) L'interdiction de compromettre était auparavant tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile de 1806 (Conseil d'État (CE), Avis 14 août 1823, cité in *Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)*, 1824, p. 633 ; CE, 17 novembre 1824, *Ouvrard c. Ministre de la guerre*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)*, p. 631 ; CE, 23 décembre 1887, *de Dreux-Brézé, évêque de Moulins*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)*, p. 842 ; CE ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)*, p. 677).

(22) CE, 6 mars 1986, avis n° 339.710, *Grands avis du Conseil d'État*, n° 15, obs. D. LABETOULLE.

de stipulations de *conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne*.

Tout compromis ou toute clause compromissoire conclus en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public.

Toutefois, le Conseil d'État indique qu'il est possible de subordonner par voie contractuelle la recevabilité d'une action devant le juge compétent à la *saisine préalable d'une instance de conciliation ou d'un expert*, à la condition que cette instance ou cet expert se borne à émettre un avis.

Ces formules ont été confirmées par un arrêt rendu par le Conseil d'État le 29 octobre 2004⁽²³⁾ ainsi que par un avis du Conseil constitutionnel de la même année⁽²⁴⁾.

Il convient donc d'examiner si le recours à l'arbitrage est autorisé pour un établissement public administratif, tel un musée revêtu de cette forme, en vertu de dispositions législatives ou de stipulations de conventions internationales.

Plusieurs dispositions législatives prévoient actuellement la faculté pour une personne publique de recourir à l'arbitrage, parmi celles-ci le cas prévu par l'ordonnance du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat (partenariats public-privé ou PPP)⁽²⁵⁾. Ce cas de figure pourra se présenter en ce qui concerne un musée (principalement concernant la logistique et les infrastructures de support – par exemple pour la mise en place de systèmes de billetterie, ou la numérisation des ouvrages –, d'une part, et concernant la construction, la maintenance et l'exploitation des ouvrages et bâtiments à destination culturelle – notamment la construction d'infrastructures –, d'autre part)⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ CE, 29 octobre 2004, *Sueur, Rec.*, p. 393, concl. Casas; *R.F.D.A.*, 2004, p. 1103, concl. Casas; *A.J.D.A.*, 2004, 2383, chron. LANDAIS et LENICA.

⁽²⁴⁾ Conseil const., 2 décembre 2004, n° 2004, 506, DC, *Rec.*, p. 211; *L.P.A.*, 20 décembre 2004, note SCHOETTL.

⁽²⁵⁾ L'article 1^{er}, I, de l'ordonnance modifiée n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat les définit comme les contrats administratifs par lesquels «l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée». Voy. également les articles L. 1414-1 à 1414-16 du Code général des collectivités territoriales. En ce qui concerne l'arbitrage, l'article 11, I) de la même ordonnance prévoit qu'un contrat de partenariat comporte nécessairement une clause relative «aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française».

⁽²⁶⁾ Y. BILLON, *Quel avenir pour les PPP dans le secteur de la culture?*, 8 novembre 2010, [en ligne], <http://chaire-eppp.org/PPP-culture> (page consultée le 15 décembre 2013). Cependant, il semble que le développement des PPP en matière culturelle est relativement faible. Ils porteraient la plupart du temps sur la construction d'infrastructures culturelles ou sportives. La Mission d'appui

Aucune autre disposition législative ne semble permettre le recours à l'arbitrage d'un établissement public administratif⁽²⁷⁾.

Encore convient-il de résumer la question de la validité de la clause compromissoire stipulée dans les contrats administratifs internationaux (ordre international).

B. La validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux: principe et conditions

Avant l'examen des évolutions jurisprudentielles récentes, les dispositions qui permettent le recours à l'arbitrage sur le plan international doivent être brièvement abordées.

I. Conventions internationales

Certains traités internationaux ratifiés par la France reconnaissent explicitement l'arbitrabilité des litiges intéressant les personnes morales de droit public.

Tel est le cas de la Convention européenne sur l'arbitrage international conclue à Genève le 21 avril 1961 qui autorise⁽²⁸⁾ à l'article 2 le recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public s'agissant des opérations du commerce international. Cette convention a été introduite dans l'ordre juridique interne français (par voie de ratification) par le décret n° 68-117 du

aux PPP n'a référencé dans la catégorie « Culture et sport » qu'une quarantaine de projets depuis 2004 et aucun pour l'année 2013 (J.-M. PONTIER, « Le partage du financement de la protection du patrimoine entre l'État, les collectivités territoriales et les personnes privées », *R.F.F.P.*, 2013, n° 122, pp. 53 et s., cité dans M. MASCLÉ DE BARBARIN, *Le double visage du financement public de la culture en France*, 1^{er} septembre 2012, [en ligne], <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00879601> (page consultée le 15 décembre 2013).

⁽²⁷⁾ En revanche, des dérogations ponctuelles à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français ont été organisées, en droit interne, par des dispositions de valeur législative. Ces dernières visent soit des personnes publiques précisément identifiées (par exemple la SNCF ou la Poste), soit des catégories de personnes publiques (par exemple certaines catégories – secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz – d'établissements publics à caractère industriel et commercial), soit encore certains types de litiges (notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, ceux relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive, ceux relatifs aux contrats de partenariat – *cfr supra* pour ces derniers).

⁽²⁸⁾ Elle prévoit en effet en son article 2-1-a que « les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement les conventions d'arbitrage ».

Cette règle matérielle neutralise les dispositions prohibitives des lois des États signataires lorsque la Convention de Genève est applicable. Son effet est de valider dans l'ordre juridique des autres États signataires de la Convention de Genève des conventions d'arbitrage conclues par des États ou des personnes morales de droit public alors pourtant que leur droit prévoit pour cette raison l'inarbitrabilité du litige soumis à l'arbitrage.

26 janvier 1968⁽²⁹⁾. Il en résulte que toutes les personnes publiques de droit français peuvent donc recourir à l'arbitrage dans le champ de la Convention de Genève (dérogation à la prohibition de l'arbitrage). La convention est rarement applicable, en l'absence de ratification par de nombreux États.

Par ailleurs, l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Émirats Arabes Unis relatif au Musée Universel d'Abou Dabi⁽³⁰⁾ proscribit implicitement l'arbitrage dans les conventions particulières où l'Établissement public du Musée du Louvre serait partie en ces termes : « Les différends entre l'Établissement public du Musée du Louvre et la Partie émirienne relatifs aux conditions d'utilisation du nom du Louvre, à l'applicabilité ou à l'interprétation des stipulations des articles 14 et 15.5 du présent Accord sont soumis aux tribunaux français et au droit français »⁽³¹⁾.

2. Jurisprudence française : l'arbitrabilité de principe des litiges du commerce international

A) LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION

En dehors du champ d'application de ces conventions, les juridictions judiciaires⁽³²⁾ ont créé une règle matérielle de validité de la clause compromissoire stipulée dans les contrats internationaux conclus par les personnes morales de droit public français, qui fait obstacle aux dispositions prohibitives posées par les législations des États tiers.

⁽²⁹⁾ Décret n° 68-117 du 26 janvier 1968 portant publication de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international et de son annexe du 21 avril 1961 ainsi que de l'arrangement relatif à l'application de cette convention du 17 décembre 1962, *J.O.*, 9 février 1968, pp. 1484-1488.

⁽³⁰⁾ Décret n° 2008-879 du 1^{er} septembre 2008 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif au musée universel d'Abou Dabi, signé à Abou Dabi le 6 mars 2007.

⁽³¹⁾ En revanche, le même article prévoit en son article 18 relatif à la résolution des différends ayant trait aux prestations de l'Agence France Museums ou aux paiements qui lui sont dus ou à l'utilisation du nom du Louvre que : « Les différends entre l'Agence et la Partie émirienne relatifs aux prestations réalisées par l'Agence, aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 2 du présent accord et relative aux services de conseil que l'Agence fournit à la Partie émirienne sont soumis à arbitrage ».

⁽³²⁾ « La prohibition faite aux États de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international » (Cour d'appel de Paris, *Myrtoon Steamship*, 10 avril 1957, *J.C.P.*, 1957, II, p. 10078, note H. MOTULSKY, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 120, note Y. L., *J.D.I.*, 1958, p. 1002, note B. G., *Rev. arb.*, 1957, p. 16, avec l'article du Comité français de l'arbitrage, « Nouvelles clartés sur l'arbitrage international », *ibid.*, 1957. 34 ; voy. également Tribunal des conflits, 19 mai 1958, *D.*, 1958, p. 699, note J. ROBERT) ; « Édictée pour les contrats internes, la prohibition de compromettre dérivant pour les personnes morales de droit public des articles 83 et 1003 du Code de procédure civile n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international » (Cour de cassation (1^{re} civ.), 2 mai 1966, *Galakis*, *D.*, 1966, p. 575).

En droit français, l'arbitrage international est défini comme l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international (art. 1504 Code de procédure civile, *caractère international de l'objet du litige*). En toute hypothèse, selon la jurisprudence, il n'appartient pas aux parties de décider de la nature interne ou internationale de l'arbitrage qui dépend de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige⁽³³⁾.

La Cour de cassation⁽³⁴⁾ a reconnu aux établissements publics l'aptitude à l'arbitrage pour les litiges relatifs à un contrat signé dans les relations du commerce international.

Le fondement de la solution était l'autonomie du contrat. Il faut insister sur le fait que, comme cette jurisprudence était celle de la Cour de cassation, elle ne s'appliquait que dans les cas où la juridiction judiciaire était compétente pour statuer sur la validité de la clause compromissoire ou du compromis, c'est-à-dire lorsque le contrat était de droit privé⁽³⁵⁾.

Cette jurisprudence autorise donc les établissements publics, entre autres, à compromettre dans les contrats internationaux compris comme des conventions mettant en cause les intérêts du commerce international, c'est-à-dire créant un flux de marchandises, devises ou services à travers les frontières.

L'ordre juridique français connaît donc une dualité des règles applicables : d'une part, une règle de prohibition dans les relations internes et, d'autre part, une règle de validité dans les relations internationales⁽³⁶⁾.

Cependant, un certain flou entourait la question de la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit public à caractère international. Il fallait confirmer que « la prohibition pour un État de compromettre est à la fois limitée à la matière interne et conforme à l'ordre public international grâce au principe de validité de la clause internationale d'arbitrage »⁽³⁷⁾, en d'autres termes que l'« internationalité » primait sur l'« administrativité ».

⁽³³⁾ Cour d'appel de Paris, 24 avril 1992, *Rev. arb.*, 1992, p. 598, note C. JARROSSON, p. 599.

⁽³⁴⁾ Cass. (1^{re} civ.), 2 mai 1966, *Galakis, D.*, 1966, p. 575.

⁽³⁵⁾ Tribunal des conflits, 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamship, Rec. CE*, p. 793, *D.*, 1958, p. 699. Selon Laurent RICHER (*Droit des contrats administratifs*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 21), un contrat est de droit public à la fois parce qu'au moins une des deux parties est une personne publique et parce que le régime juridique applicable relève du droit public, ce qui signifie qu'il est autonome par rapport au Code civil et sous-tendu par l'intérêt général et que le juge administratif est compétent sur les litiges. Le contrat administratif tire sa qualification des textes (directement ou indirectement) ou de la jurisprudence. Un contrat conclu entre deux personnes publiques peut être qualifié de droit privé dans trois hypothèses bien distinctes : soit le contrat unit deux personnes publiques dont l'une est en réalité usager d'un service public à caractère industriel et commercial géré par l'autre ; soit le contrat, tout en étant conclu entre deux personnes publiques, porte sur la gestion du domaine privé de l'une d'entre elles ; soit le contrat litigieux a trait aux relations commerciales unissant deux personnes publiques.

⁽³⁶⁾ Selon l'expression du Professeur Mathias AUDIT (Cour d'appel de Paris, 13 novembre 2008, *INSERM*, n° 08/00760, *Rev. arb.*, 2009, p. 389, citée dans Th. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : octobre 2008 – décembre 2009 », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2959).

⁽³⁷⁾ Th. CLAY, *op. cit.*

B) LA POSITION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

L'affaire *INSERM* a permis de dissiper les doutes en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges ayant pour objet les contrats administratifs internationaux : l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 novembre 2008 et la décision du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 reconnaissent cette arbitrabilité.

Un litige opposait un établissement public à caractère scientifique et technologique (l'*INSERM*) à une association de droit norvégien, relativement à un protocole d'accord ayant pour objet la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherche. L'accord contenait une clause d'arbitrage (clause compromissoire)⁽³⁸⁾.

Par un arrêt du 13 novembre 2008⁽³⁹⁾ confirmé par la Cour de cassation⁽⁴⁰⁾, la Cour d'appel de Paris a jugé que la clause compromissoire était valable au motif que l'arbitrage était international car mettant en jeu les intérêts du commerce international et, qu'en conséquence, la prohibition pour un État de compromettre n'était pas applicable, car limitée aux contrats d'ordre interne sous réserve de disposition législative contraire⁽⁴¹⁾. L'arrêt précisait « qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage internationale, cette prohibition n'était pas d'ordre public international ».

Le critère de l'internationalité économique permet de distinguer le contrat administratif interne et le contrat administratif international. L'arbitrabilité est très clairement étendue à ce dernier type de contrat dès lors que l'arrêt fait de l'internationalité de l'arbitrage la seule condition de l'arbitrabilité du litige, même si le contrat est de nature administrative.

Le fondement de la solution repose, premièrement, sur l'affirmation selon laquelle la prohibition de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne, deuxièmement, sur le principe de validité de la clause compromissoire internationale, et troisièmement, sur le motif que la prohibition n'est pas d'ordre public international.

Une décision antérieure de la Cour d'appel de Paris, à l'occasion d'un litige concernant une personne morale de droit public koweïtienne⁽⁴²⁾, affirmait qu'« en matière internationale, la notion de commercialité ne se confond pas

⁽³⁸⁾ L'arbitrabilité ne pouvait être fondée sur les exceptions à la prohibition de l'arbitrage prévues en matière d'arbitrage interne : le décret du 11 mars 2009, qui autorise le recours à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers, était doublement inapplicable dès lors qu'il était postérieur tant au contrat qu'à la naissance du litige et que le litige ne pouvait être considéré comme portant sur un contrat de recherche.

⁽³⁹⁾ Cour d'appel de Paris, 13 novembre 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 389, note M. AUDIT ; D., 2009, p. 2384, obs. S. BOLLÉE.

⁽⁴⁰⁾ Cass. (1^{re} civ.), 26 janvier 2011, *INSERM*, n° de pourvoi 09-10198.

⁽⁴¹⁾ « Considérant que la prohibition pour un État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne sous réserve de disposition législative contraire, mais qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage internationale cette prohibition n'est pas d'ordre public international ».

⁽⁴²⁾ Cour d'appel de Paris, 13 juin 1996, *J.D.I.*, 1997, p. 151, note E. LOQUIN.

avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes et que doit être considéré comme commercial tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international». Cette décision précisait que «ce caractère commercial ainsi considéré ne dépend ni de la qualité des parties, ni de l'objet du contrat, ni du droit applicable et que les intérêts du commerce international sont mis en cause par toute opération économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières»⁽⁴³⁾.

Dans l'affaire *INSERM*, la Cour d'appel de Paris, confirmée par la Cour de cassation⁽⁴⁴⁾, rappelle que «l'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral»⁽⁴⁵⁾.

Le caractère commercial de l'arbitrage international résulte en conséquence de la seule existence d'un mouvement transfrontalier de valeurs économiques.

Deux éléments permettent en définitive de caractériser la notion de commercialité internationale⁽⁴⁶⁾ : en premier lieu, l'existence de valeurs patrimoniales, biens matériels ou immatériels, devises, services⁽⁴⁷⁾ ; en second lieu, leur circulation internationale concrétisée par «le passage de ces valeurs à travers les frontières».

Si le Tribunal des conflits ne fait que répondre à la question qui lui était posée – devant quelle juridiction doit être portée la voie de recours dirigée contre la sentence? –, il reconnaît implicitement l'arbitrabilité générale des contrats administratifs internationaux⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴³⁾ Cour d'appel de Paris, 13 juin 1996.

⁽⁴⁴⁾ Cass. (1^{re} civ.), 26 janvier 2011, *INSERM*, n° de pourvoi 09-10198.

⁽⁴⁵⁾ Cour d'appel de Paris, 13 novembre 2008.

⁽⁴⁶⁾ E. LOQUIN, «Retour dépassionné sur l'arrêt *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*», *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, octobre 2011 ; voy. aussi Cass. (1^{re} civ.), 21 mai 1997, n° 95-11.427, *Bull. civ.*, I, n° 159 ; Cass. (1^{re} civ.), 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Bull. civ.*, I, n° 97 ; Cour d'appel de Paris, 5 avril 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 110, note SYNDET.

⁽⁴⁷⁾ Peu importe l'affectation du bien circulant internationalement ou que l'opération économique internationale ait pour objet l'exécution d'un service public ou la construction d'un ouvrage public.

⁽⁴⁸⁾ Il juge en effet «que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort duquel la sentence a été rendue» (Tribunal des conflits, 17 mai 2010, n° 10-03754, *Bull. civ.*, 2010, n° 11). Dans les deux ordres de juridiction (administratif et judiciaire), un contrat peut être à la fois administratif et international :

Le Tribunal des conflits reconnaît ainsi implicitement mais indubitablement tant la validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux administratifs que l'arbitrabilité des contrats internationaux conclus par une personne morale de droit public français, même si ce contrat est également, en raison de son contenu ou de son objet, administratif, car régi par le droit administratif français.

L'arbitrabilité du litige est un préalable nécessaire à la question de la compétence du juge du contrôle de la sentence. Si le critère du caractère administratif du contrat n'a plus d'incidence sur l'arbitrabilité du litige, il pourra néanmoins avoir des conséquences sur le régime de l'arbitrage.

Le Tribunal des conflits considère en effet que le juge judiciaire est en principe compétent pour connaître des recours ouverts contre la sentence ou des appels dirigés contre l'ordonnance d'exequatur en application des règles du Code de procédure civile. Il réserve cependant des exceptions à ce dernier principe : le juge administratif est compétent lorsque le recours implique le contrôle de la conformité de la sentence à certaines règles impératives du droit public français⁽⁴⁹⁾.

C. Synthèse

D'une part, les décisions rendues dans l'affaire *INSERM* consacrent l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux tant dans l'ordre judiciaire que dans l'ordre administratif ; d'autre part, elles créent, dans le silence de la loi comme du règlement, une distribution entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif du contentieux du contrôle, en France, de la sentence arbitrale portant sur un litige ayant pour objet un contrat administratif international.

L'ordre juridique français connaît donc une dualité des règles applicables : d'un côté, une règle de prohibition dans les relations internes, c'est-à-dire dans les contrats purement internes (art. 2060 du Code civil) ; de l'autre, une règle de validité dans les relations internationales pour les contrats mettant en jeu les

administratif au regard des critères utilisés par le droit public français pour le qualifier comme tel ; international au regard du critère « de la mise en jeu des intérêts du commerce international », constituant le critère économique de l'internationalité, utilisé par le droit international privé et le droit de l'arbitrage international, c'est-à-dire quand il génèrera un flux de biens, de services ou de devises par-delà les frontières.

⁽⁴⁹⁾ Tribunal des conflits, 17 mai 2010, n° 10-03754, *Bull. civ.*, 2010, n° 11 : « qu'il en va cependant autrement lorsque le recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique un contrôle de la conformité de la sentence aux 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 service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

intérêts du commerce international (depuis la décision du Tribunal des conflits *INSERM* du 17 mai 2010).

En conséquence, dans l'état actuel du droit, un établissement public administratif ne peut pas recourir à l'arbitrage dans des contrats purement internes. Il lui est néanmoins possible de subordonner par voie contractuelle la recevabilité d'une action devant le juge compétent à la saisine préalable d'une instance de conciliation ou d'un expert à la condition que cette instance ou cet expert se borne à émettre un avis.

En revanche, un établissement public administratif peut recourir à l'arbitrage dans les contrats internationaux au regard du critère «de la mise en jeu des intérêts du commerce international», c'est-à-dire quand ils généreront un flux de biens, de services ou de devises par-delà les frontières. À cet égard, deux éléments caractérisent la notion de commercialité internationale : en premier lieu, l'existence de valeurs patrimoniales, biens matériels ou immatériels, devises, services ; en second lieu, leur circulation internationale concrétisée par «le passage de ces valeurs à travers les frontières».

II. QUEL ORGANISME D'ARBITRAGE?

Si tout porte donc à croire qu'un recours à un arbitrage international est possible dans les contrats auxquels un établissement public administratif est partie, encore faut-il savoir sur quel organisme d'arbitrage un tel établissement jettera alors son dévolu.

A. Rouages de l'arbitrage

Pour rappel, le choix peut se porter sur un arbitrage institutionnel ou sur arbitrage *ad hoc*⁽⁵⁰⁾.

L'arbitrage institutionnel suppose dès lors l'existence d'un organisme permanent d'arbitrage. Ce dernier met à la disposition des parties une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage, des infrastructures consistant dans un secrétariat et des locaux, et un service de notification des mémoires.

Le recours à l'arbitrage institutionnel a pour principale vertu d'amoindrir en fait le risque de recours au juge étatique, puisque tout incident d'organisation lié à l'arbitrage est sinon appelé à se terminer devant ce juge.

L'organisme permanent d'arbitrage peut, selon les besoins et selon la manière dont il est organisé, pourvoir en outre aux éléments suivants : vérifier

⁽⁵⁰⁾ L'arbitrage dit *ad hoc* est celui dont l'organisation relève de la seule initiative des parties et de leurs arbitres. L'arbitrage institutionnel est celui dans lequel les intéressés s'appuient sur une institution qui, moyennant rémunération, va faciliter la mise en place de la procédure, mais non pas assurer directement l'arbitrage puisque seule une personne physique peut être nommée arbitre.

qu'il existe entre les parties une convention d'arbitrage; décider du nombre d'arbitres; nommer les arbitres et pourvoir le cas échéant à leur remplacement; décider des demandes de récusation d'arbitre; s'assurer que les arbitres conduisent l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage fixé par l'institution; fixer le lieu de l'arbitrage; arrêter les délais de procédure; déterminer les honoraires des arbitres.

De multiples institutions internationales, privées ou liées à certains organes étatiques, organisent des arbitrages institutionnels dans le contexte international.

Il convient de choisir la méthode de traitement du conflit. La convention d'arbitrage doit fixer la méthode de traitement du conflit soit en droit, soit en amiable composition, soit encore en pure équité.

Dans l'amiable composition, l'arbitre applique le droit et le contrat, tout en exerçant, s'il le souhaite, un pouvoir de modération qui vise à assouplir les règles; il n'est cependant pas autorisé à perdre de vue la règle légale ou la règle contractuelle, qui doivent servir de base à sa réflexion et il doit appliquer les règles d'ordre public.

La pure équité (*ex aequo et bono*) se distingue de l'amiable composition. Il importe d'être explicite à ce sujet dans la convention d'arbitrage. Lorsque l'arbitre statue simplement en équité, *ex aequo et bono*, il se libère de toute règle de droit et rend sa sentence en s'inspirant uniquement de considérations de morale et d'équilibre des intérêts en présence. On recourt rarement à cette possibilité.

Enfin, dans la plupart des systèmes, l'absence de stipulation particulière fait que les arbitres doivent juger selon le droit applicable au contrat, c'est-à-dire ni en équité ni en qualité d'amiables compositeurs. Le règlement d'arbitrage de la CCI, par exemple, pose le traitement en droit comme mode de principe, et ajoute que «Le tribunal arbitral statue en amiable compositeur, ou décide *ex aequo et bono*, seulement si les parties sont convenues de l'intervention de tels pouvoirs» (art. 17, al. 3 règlement CCI 1998). On retrouve la même solution dans le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁽⁵¹⁾. Il faut donc introduire une précision expresse pour que les arbitres statuent en se dégageant de la loi étatique applicable.

Éventuellement, on peut aussi faire référence aux principes communément admis dans le commerce international, c'est-à-dire la *Lex mercatoria*; il convient alors de préciser si une loi étatique s'appliquera pour le surplus.

Puisqu'un arbitrage institutionnel doit s'inscrire dans le cadre d'un organisme permanent d'arbitrage, il convient d'examiner brièvement ceux auxquels il est le plus souvent recouru.

⁽⁵¹⁾ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

B. Les différents acteurs et institutions de l'arbitrage

Certaines des institutions d'arbitrage ont déjà été citées précédemment, revenons brièvement sur l'origine des principaux organismes parmi lesquels les parties feront leur choix. Nous terminerons l'évocation de certains des organismes permanents d'arbitrage institutionnels par l'examen d'une solution intermédiaire qui consiste à faire référence, dans un arbitrage *ad hoc*, à un règlement d'arbitrage précis (en l'occurrence, celui de la CNUDCI).

1. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale

La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale a été fondée en 1919 avec un objectif primordial qui a persisté jusqu'aujourd'hui : servir le monde des affaires en favorisant les échanges et l'investissement, l'ouverture des marchés aux biens et aux services et la libre circulation des capitaux. Afin d'atteindre cet objectif, la CCI offre les services d'une Cour internationale d'arbitrage, fondée en 1923. Le recours à cet organisme est fort répandu.

Contrairement à la plupart des autres organisations d'arbitrage, la Cour a une vocation réellement internationale. Ainsi, les différents mécanismes proposés par la CCI ont été spécialement conçus pour résoudre les différends commerciaux internationaux. L'arbitrage CCI est conduit selon un règlement dont la version actuelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (« règlement d'arbitrage de 2012 »).

La Cour est un organe administratif qui surveille et contrôle la conduite des arbitrages d'après le règlement de conciliation et d'arbitrage que la CCI a établi. Les membres de la Cour ne tranchent pas eux-mêmes les différends soumis à l'arbitrage – tâche qui incombe aux arbitres nommés conformément au règlement. La Cour n'est donc pas un tribunal (seules des personnes physiques peuvent avoir la qualité d'arbitre). Les parties impliquées dans un arbitrage CCI disposent d'une très grande liberté de choix des arbitres, du lieu, de la langue de la procédure, du droit applicable au litige.

2. Le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

Ce centre a été installé à Genève dès sa création en 1994. Il propose des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement de litiges du commerce international. Les procédures proposées par le Centre sont spécialement adaptées aux litiges concernant les hautes technologies et la propriété intellectuelle. Le Centre gère diverses procédures : procédure de médiation (appelée également conciliation) ; procédure d'arbitrage ; procédure d'arbitrage accéléré ; procédure de médiation suivie, faute de règlement entre les parties, d'une procédure d'arbitrage.

Un grand soin est apporté par les différents règlements du Centre (médiation, arbitrage, ou arbitrage accéléré) à la question de la confidentialité. Les dispositions relatives aux modes de preuve ont été particulièrement conçues pour des litiges de propriété intellectuelle.

Le Centre comporte un règlement d'arbitrage accéléré, qui prévoit que l'affaire sera jugée par un arbitre unique devant lequel les parties devront respecter des délais de procédure étroits, le tout avec des coûts forfaitaires plus raisonnables.

3. Le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève

Il s'agit d'une infrastructure établie sous l'égide de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève, destinée à accueillir les sessions et colloques d'arbitrage. Concernant l'arbitrage international, lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse et que, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, au moins l'une des parties n'avait ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse, l'arbitrage est régi par les dispositions du droit international privé suisse.

La CCIG administre les arbitrages internationaux selon le règlement suisse d'arbitrage international. Ce règlement, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, est également utilisé par les principales chambres de commerce suisses (Bâle, Berne, Neuchâtel, Tessin, Vaud et Zurich). Le règlement suisse est fondé sur le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL), auquel deux types de modifications et d'adjonctions ont été effectuées, d'une part celles requises pour adapter le règlement d'arbitrage de la CNUDCI à l'arbitrage institutionnel, d'autre part, celles reflétant la pratique moderne et le droit comparé dans le domaine de l'arbitrage international.

Les avantages du règlement suisse d'arbitrage international sont une grande autonomie des parties, les parties étant libres de choisir : le siège du tribunal arbitral, leur(s) arbitre(s), le droit applicable, la langue de la procédure, leur conseil en Suisse ou à l'étranger.

4. La Chambre arbitrale internationale de Paris

Celle-ci était précédemment appelée «Chambre Arbitrale de Paris». Elle fut créée en 1926 et est le plus ancien centre d'arbitrage en activité en France. Elle est une organisation à but non lucratif ayant pour mission de mettre à la disposition des entreprises de toute taille les moyens nécessaires au règlement de leurs litiges par voie d'arbitrage ou de conciliation.

Plus de soixante groupes, représentant différents secteurs du commerce et de l'industrie, sont membres de la Chambre. La Chambre traite les différends issus de plusieurs domaines de l'industrie et du commerce, incluant la distribution, les projets industriels, les opérations de transport, l'investissement, les licences de marques déposées et les contrats de franchises.

Elle organise des arbitrages suivant les dispositions du Code de procédure civile. La Chambre propose plusieurs types de procédures arbitrales : procédure ordinaire à deux degrés ; procédure d'urgence à degré unique ; procédure de référé arbitral ; procédure accélérée. Elle gère aussi des procédures associées, dont une dans le domaine des litiges transfrontaliers européens, et des procédures selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (autorité de nomination).

5. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris

Ce centre a été créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Une procédure accélérée est prévue et peut être mise en œuvre soit à la demande des parties, soit si le tribunal arbitral l'estime opportun, eu égard à la nature du litige. De plus, dans le souci de limiter la durée de la période de constitution du tribunal arbitral, il est offert aux parties la possibilité de recourir au tribunal arbitral préconstitué du CMAP. Les parties ne perdent plus un temps précieux à composer le tribunal arbitral, celui-ci étant prêt à intervenir sans délai.

6. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye (Permanent Court of Arbitration)

Elle fut créée en 1899 lors de la première Conférence de la Paix à La Haye. Elle est impliquée dans l'administration d'arbitrages commerciaux depuis 1976, date d'entrée en vigueur du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Elle intervient donc aussi bien en matière d'arbitrage commercial que de droit international public, sa vocation première. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI confie au secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage le rôle de désigner, sur requête d'une des parties à la procédure d'arbitrage, une « autorité de nomination » qui décidera de la désignation d'arbitres et tranchera tous les problèmes liés à la récusation des arbitres. Le nombre et la complexité de telles demandes ont considérablement augmenté ces dernières années, en raison d'une multiplication des arbitrages *ad hoc* à travers le monde. Aussi, le secrétaire général s'est vu de plus en plus sollicité pour agir en qualité d'autorité de nomination dans les arbitrages de la CNUDCI.

La CNUDCI se pose en tant que solution intermédiaire consistant à faire référence, dans un arbitrage *ad hoc*, au règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ce dernier a été adopté en 1976.

L'arbitrage ne se déroule pas dans un cadre institutionnel, mais un règlement d'arbitrage complet vient compléter utilement l'accord des parties, dans la mesure où leur convention d'arbitrage y aura fait référence.

Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI comporte un ensemble détaillé de règles de procédure qui couvrent tous les aspects de la procédure, en parti-

culier pour ce qui concerne : la nomination de l'arbitre, la conduite de la procédure, la forme, les effets et l'interprétation de la sentence.

Le mandat de la CNUDCI ne prévoit pas la participation à des litiges publics ou privés. En conséquence, la Commission ne donne pas de conseils juridiques dans des litiges particuliers, et notamment ne nomme pas d'arbitres, n'organise pas d'arbitrages, ne confirme pas de tribunaux arbitraux et ne recommande les services d'aucun juriste.

Une référence, dans une convention d'arbitrage, au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou à « l'arbitrage CNUDCI » (formule fréquente mais inexacte) ou toute autre disposition similaire signifie que les parties sont convenues de *soumettre un litige actuel ou futur à une procédure d'arbitrage conduite conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI*.

Bien que la CNUDCI et son secrétariat aient élaboré des dispositions et des règles législatives et contractuelles sur l'arbitrage et la conciliation dans le commerce international, le mandat que leur a confié l'assemblée générale ne les autorise pas à intervenir dans des litiges particuliers.

Ni la CNUDCI ni son secrétariat ne font office de tribunal arbitral, n'organisent d'arbitrages, ni ne remplissent aucune autre fonction en rapport avec une procédure arbitrale particulière ou tout autre mécanisme de règlement des litiges publics ou privés. Enfin, elle ne tient aucune liste d'arbitres ou de conciliateurs et ne fait pas office d'autorité de nomination en vertu de ses règlements d'arbitrage et de conciliation.

Les parties à un contrat peuvent convenir d'utiliser le règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour encadrer la résolution des litiges pouvant survenir entre elles. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI est choisi par les parties soit dans une clause compromissoire, soit dans un compromis pour régir une procédure arbitrale destinée à régler leur litige.

CONCLUSIONS

Nous venons de voir quels étaient en pratique les différents acteurs de l'arbitrage, après avoir étudié sommairement quelques-uns de ses rouages. Toutefois, pour parvenir à cette présentation, il a d'abord fallu répondre à plusieurs interrogations.

Nous avons en effet constaté que l'intérêt des musées pour les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) est bien réel. Le milieu muséal ne fait que suivre en cela les autres acteurs économiques qui souhaitent une certaine discrétion dans le règlement de leurs affaires, ainsi qu'une économie de moyen et de temps. Les musées sont aussi poussés vers de telles solutions par certaines mutations de leur modèle économique : développement des ressources propres, valorisation de l'immatériel. En cela, leur intérêt pour les MARC révèle une forme d'adaptation des musées aux « exigences du marché ».

La question de l'application de l'arbitrage aux personnes publiques s'est souvent posée⁽⁵²⁾. Il nous a dès lors paru intéressant, après avoir rappelé certaines définitions et notions, de poser la question de l'arbitrabilité des contrats d'un établissement public administratif, forme que revêt un certain nombre de musées d'une certaine importance. Au-delà du principe d'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage, l'on a pu relever les développements jurisprudentiels qui ont permis de confirmer la validité d'une clause compromissoire dans un contrat international, fût-il de droit public.

La diversité d'organismes d'arbitrage répond directement à la multiplicité des besoins des agents économiques professionnels. Les musées font partie de ces agents économiques professionnels malgré leurs spécificités indéniables⁽⁵³⁾. Il s'agit d'une évolution économique : le musée n'est plus considéré comme un organisme isolé mais s'inscrit dans un tissu d'activités⁽⁵⁴⁾. La diversification des activités du musée, qui consiste notamment dans l'activation économique des réseaux d'acteurs contribuant aux productions culturelles, et l'internationalisation de celles-ci transforment le fonctionnement « juridique » du musée. Il s'agit en l'occurrence de l'articulation de la logique du cadre juridique et administratif et de celle d'autres branches d'activité du musée.

Au sein de ce « réseau de relations d'ordre économique »⁽⁵⁵⁾, les musées rencontrent les habitudes de la société marchande et industrielle. L'arbitrage représente une des stratégies disponibles que le musée peut utiliser afin de s'insérer dans le réseau des échanges culturels et économiques⁽⁵⁶⁾.

Les musées sont aussi divers que l'est leur histoire, leur tradition, leur statut, leur rapport à la tutelle, leur mode de financement ou la nature de leurs collections. Malgré cela, ils peuvent tous être confrontés à la question de l'arbitrabilité des litiges et plus largement à celle des MARC. Certes, la réponse apportée variera selon la nature des institutions mais certaines tendances communes à l'ensemble des musées, comme la nécessité de maîtriser l'impact sur l'image et la notoriété de l'institution, sont effectivement partagées.

⁽⁵²⁾ Voy. les différentes conclusions du Groupe de travail sur l'arbitrage, notamment celle qui estimait « possible d'autoriser de manière générale le recours à l'arbitrage pour ce qui concerne les litiges contractuels intéressant les personnes morales de droit public » (D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 4, point 1.2.).

⁽⁵³⁾ Cependant, il faut se garder de conclure que les musées sont devenus des entreprises dans la mesure où les orientations sont différentes avec toutefois certaines similitudes concernant l'organisation d'une réflexion stratégique, la gestion, la budgétisation (P.-J. BENGHOSI, *op. cit.*, p. 4).

⁽⁵⁴⁾ P.-J. BENGHOSI, *op. cit.*, p. 6.

⁽⁵⁵⁾ P.-J. BENGHOSI, *op. cit.*, p. 3.

⁽⁵⁶⁾ P.-J. BENGHOSI, *idem*.