

JAAC 68.78

Extrait d'une décision du Conseil fédéral du 14 janvier 2004 sur recours de E. contre le DFAE concernant la décision du 19 octobre 2001 en matière de protection diplomatique

Protection diplomatique. Interdiction de l'arbitraire.

- 1. Si une partie fait valoir un droit à la protection diplomatique, l'autorité doit prendre une décision (consid. 3.2).*
- 2. Le droit international ne connaît aucun devoir de l'Etat d'exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants. Un droit de l'individu à celle-ci ne peut trouver sa source que dans le droit interne. Aucune norme du droit suisse ne donne un tel droit à l'individu. Au contraire, la Confédération jouit d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, limité seulement par l'interdiction de l'arbitraire (consid. 4).*
- 3. La décision du Département fédéral des affaires étrangères de ne pas accorder la protection diplomatique au recourant pour une procédure d'arbitrage n'est pas arbitraire lorsque celui-ci a déjà eu la possibilité de soumettre toutes ses demandes à un tribunal arbitral qui était compétent pour examiner le litige au fond (consid. 9).*

Diplomatischer Schutz. Willkürverbot.

- 1. Wenn eine Partei ein Recht auf diplomatischen Schutz geltend macht, so muss die Behörde eine Entscheidung treffen (E. 3.2).*
- 2. Das internationale Recht kennt keine Verpflichtung des Staates, den diplomatischen Schutz zugunsten seiner Staatsangehörigen auszuüben. Ein diesbezüglicher Rechtsanspruch kann seinen Ursprung nur im internen Recht haben. Keine schweizerische Rechtsnorm verleiht dem*

Individuum einen solchen Anspruch. Im Gegenteil, der Bund verfügt auf diesem Gebiet über Ermessen, das einzig durch das Willkürverbot begrenzt ist (E. 4).

3. Der Entscheid des Departements für auswärtige Angelegenheiten, dem Beschwerdeführer den diplomatischen Schutz für ein Schiedsverfahren nicht zu gewähren, ist nicht willkürlich, da der Beschwerdeführer bereits die Gelegenheit hatte, alle seine Vorbringen einem Schiedsgericht zu unterbreiten, welches kompetent war, für die materielle Beurteilung der Streitigkeit zuständig war (E. 9).

Protezione diplomatica. Divieto dell'arbitrario.

1. Se una parte fa valere un diritto alla protezione diplomatica, l'autorità deve prendere una decisione (consid. 3.2).

2. Il diritto internazionale non prevede alcun dovere dello Stato di esercitare la protezione diplomatica a favore dei propri cittadini. Un diritto dell'individuo alla protezione diplomatica non ha una base nel diritto nazionale. Nessuna norma del diritto svizzero conferisce un simile diritto al singolo. Al contrario, nella materia la Confederazione dispone di un potere discrezionale, limitato solo dal divieto dell'arbitrario (consid. 4).

3. La decisione del Dipartimento federale degli affari esteri di non accordare la protezione diplomatica al ricorrente per una procedura d'arbitrato non è arbitraria, se il ricorrente ha già avuto la possibilità di sottoporre tutte le sue domande ad un tribunale arbitrale che aveva la competenza di giudicare il merito del litigio (consid. 9).

Résumé des faits:

A. Suite à un appel d'offres de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) portant sur les travaux de génie civil concernant des ouvrages souterrains destinés à abriter un grand collisionneur à électro-positrons, les travaux furent adjugés au Groupement X (ci-après, le Groupement), organisé sous la forme d'une société simple de droit suisse (art. 530 ss du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO], RS 220).

Le contrat, signé le 23 février 1983, fixait la durée des travaux à 48 mois. L'exécution du contrat donna lieu dès le début à des difficultés diverses qui eurent pour effet de compromettre le respect du délai ainsi fixé. Le Groupement a notamment dû faire appel à des entreprises sous-traitantes pour effectuer certains travaux.

Ces difficultés d'exécution conduisirent le Groupement à demander au CERN l'octroi de délais supplémentaires et le paiement de suppléments de prix. A défaut d'une solution qu'il jugeât satisfaisante, le Groupement a mis en oeuvre à l'encontre du CERN, avant la fin des travaux, une procédure arbitrale prévue par l'art. 33 des Conditions Générales des Contrats du CERN.

B. Le 27 décembre 1991, le tribunal arbitral (ci-après: premier tribunal arbitral) a rendu sa sentence finale (ci-après: première sentence arbitrale), aux termes de laquelle il a fait partiellement droit aux prétentions du Groupement et a condamné le CERN à verser un montant au Groupement au titre de remboursement des frais entraînés par l'accélération des travaux. Le tribunal arbitral n'est pas entré en matière sur les coûts des travaux sous-traités, au motif qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les prétentions des sous-traitants, lesquels n'étaient pas partie à la procédure arbitrale, et que le Groupement n'avait pas la légitimation active pour faire valoir ces prétentions.

C. Contre cette sentence, le Groupement a saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public. Par arrêt du 21 décembre 1992, le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable au motif que le CERN bénéficiait d'une immunité de juridiction absolue selon l'art. 6 de l'Accord conclu le 11 juin 1955 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire pour déterminer le statut juridique de cette organisation en Suisse (RS 0.192.122.42; ci-après: Accord de siège).

D. Après s'être fait céder les créances de ses sous-traitants à l'égard du CERN, le Groupement a engagé une seconde procédure arbitrale. Dans sa sentence finale du 29 août 1997 (ci-après: deuxième sentence arbitrale), le tribunal (ci-après: deuxième tribunal arbitral) a retenu que les cessions devaient être considérées comme un fait nouveau et a donc rejeté l'exception d'irrecevabilité pour cause de chose jugée soulevée par le CERN. En revanche il s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande du Groupement, dès lors que les prétentions cédées ne sont pas couvertes par la clause d'arbitrage de l'art. 3 al. 1 des Conditions Générales des Contrats du CERN.

E. Le 16 septembre 1997, le Groupement a adressé au CERN une troisième demande d'arbitrage, à laquelle le CERN a déclaré ne vouloir donner aucune suite.

Le 3 novembre 1998, le Groupement a sollicité du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) qu'il contraigne le CERN à se soumettre à la procédure arbitrale qu'il avait initiée ou à prendre toute mesure appropriée permettant la résolution de ce litige. Cette requête était fondée sur l'art. 24 let. a de l'Accord de siège, aux termes duquel le CERN est tenu de prendre toutes les dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant des différents portant sur un point de droit privé.

Le 22 décembre 2000, le DFAE a répondu au Groupement que le litige avait été soumis à l'arbitrage à deux reprises et quant à la requête du Groupement tendant à l'ouverture d'une nouvelle procédure arbitrale, l'examen du dossier ne permettait pas de conclure à ce que l'une des parties soit victime d'un déni de justice manifeste. Ainsi, dans ces circonstances, la Confédération pouvait prendre acte du refus du CERN et considérer qu'il ne constituait pas une violation de l'Accord de siège.

Le 26 février 2001, le Groupement a prié le DFAE de rendre une décision dans le sens des conclusions de sa requête du 3 novembre 1998 et, s'agissant de la société Y, de mettre en oeuvre la protection diplomatique en sa faveur.

F. Le DFAE a rendu sa décision le 19 décembre 2001. Il a examiné le point de savoir si le Groupement a le droit d'exiger que le DFAE rende une «décision» sur la requête invitant la Confédération à contraindre le CERN à se soumettre à un nouvel arbitrage ou à un autre mécanisme approprié. Il a conclu à l'irrecevabilité de la requête, estimant que les dispositions invoquées par le Groupement n'appartenaient pas au droit public fédéral au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) et ne pouvaient de ce fait donner lieu à une décision.

G. Contre cette décision, le Groupement a formé recours le 15 novembre 2001 au Conseil fédéral. Il a conclu à ce que la décision du DFAE soit annulée et à ce que le CERN soit contraint à se soumettre à la procédure arbitrale qu'il avait initiée le 16 septembre 1997 ou à prendre toutes les mesures appropriées permettant la résolution satisfaisante du litige.

Le Groupement Eurolep estime que c'est à tort que le DFAE a considéré que les dispositions qui fondaient sa requête ne relevaient pas du droit public fédéral. Sur la base d'un avis de droit du 20 février 2001 du professeur Flauss, de l'Université de Lausanne, le rejet de la requête par le DFAE constituerait une violation flagrante de l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101), car admettre qu'une fin de non-recevoir soit opposée à Eurolep reviendrait à interdire au Groupement de soumettre sa cause à un tribunal. En effet, en raison de l'immunité de juridiction totale dont jouit le CERN, aucune voie de droit n'est ouverte pour le Groupement Eurolep.

H. Invité par l'autorité d'instruction à présenter ses observations, le DFAE a fait parvenir son mémoire de réponse le 31 mai 2002. Il a conclu au rejet du recours.

A son avis le droit à la protection diplomatique ne constitue pas du droit public fédéral. Ainsi le DFAE, saisi d'une requête lui demandant de mettre en oeuvre la protection diplomatique, doit certes prendre position, sous peine de déni de justice formel au sens de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst., RS 101), mais sans avoir à rendre une décision au sens de l'art. 5 PA. L'intéressé qui ne se satisfait pas de la forme d'une telle prise de position ne peut, tout au plus, que contraindre indirectement le DFAE à rendre une décision d'irrecevabilité au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA.

En outre, c'est pour se conformer à la jurisprudence de la décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996 ([JAAC 61.75](#)) que le DFAE se voit contraint de refuser de rendre une décision sur l'octroi ou le refus de la protection diplomatique. Le fait que, dans l'espèce ayant donné lieu à la décision précitée, le DFAE soit arrivé à la conclusion que l'exercice de la protection diplomatique

ne se justifiait pas, aurait dû suffire à lui faire prendre position en ce sens; il n'aurait pas été nécessaire qu'il intitulât alors sa prise de position «décision au sens de l'art. 5 PA».

I. Le CERN, prêt à collaborer à bien plaire avec les autorités suisses, a fait parvenir en date du 9 avril 2002 à l'autorité d'instruction une note rassemblant ses observations sur le recours. Il estime en substance qu'il est en droit de refuser de soumettre à un arbitrage une prétention élevée contre lui qui apparaît manifestement infondée.

J.-K. (...)

Extrait des considérants:

1.1. Le recours est dirigé contre la décision du DFAE du 19 octobre 2001, laquelle déclare irrecevable sur la base de l'art. 5 al. 1 let. c PA la requête du Groupement tendant à obtenir une décision qui contraigne le CERN à se soumettre à la procédure arbitrale initiée le 16 septembre 1997 par le Groupement ou à prendre toute mesure appropriée permettant la résolution du litige ainsi qu'à la mise en oeuvre de la protection diplomatique.

Selon l'art. 100 al. 1 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110), le recours de droit administratif n'est pas recevable contre les décisions concernant la protection diplomatique ainsi que les autres affaires intéressant les relations extérieures. Le Conseil fédéral est dès lors compétent pour traiter de l'affaire (art. 47 al. 1 let. a et art. 72 let. a PA).

1.2. Le Groupement est le destinataire de la décision attaquée. Il regroupe les entreprises Z, W, V, U et Y, organisées sous la forme d'une société simple de droit suisse et représentées dans la présente procédure par Me Perret.

Une société simple, faute de personnalité juridique, n'a pas la qualité de partie. Elle ne peut donc pas faire valoir des droits en son nom, en tant que société. Les membres de la société peuvent par contre agir conjointement et solidairement. Ici, toutes les entreprises sont directement touchées par la décision attaquée, étant donné qu'elles en sont les destinataires. Elles ont donc un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée et ont par conséquent la qualité pour recourir (art. 48 let. a PA).

1.3. Le recours remplit en outre les autres conditions de forme et de contenu posées par la loi (art. 51 ss PA). Le Conseil fédéral peut donc entrer en matière sur le recours administratif du Groupement.

2. Dans sa requête au DFAE puis dans son recours au Conseil fédéral, le Groupement a sollicité des autorités fédérales qu'elles contraignent le CERN à se soumettre à la procédure arbitrale initiée par le Groupement par une demande d'arbitrage du 16 septembre 1997, ou encore à prendre toute mesure appropriée permettant la résolution du litige. Pour appuyer sa demande d'intervention, le Groupement fait valoir entre autres le droit à la protection diplomatique en faveur de la société Y et le fait qu'il serait privé de l'accès à une juridiction.

2.1. L'exercice de la protection diplomatique par l'Etat revient à ce que celui-ci se prétend lésé en la personne de l'un de ses ressortissants. L'établissement d'un lien de nationalité est donc indispensable entre le particulier et l'Etat

dont il réclame la protection. Ici, seule l'entreprise Y du Groupement est suisse. Cela suffit toutefois pour que les autorités fédérales examinent l'éventualité d'une protection diplomatique dans le cas d'espèce, dès lors que l'un de ses ressortissants pourrait être concerné. Les questions de savoir si la société Y a apporté la preuve suffisante de sa nationalité suisse et dans quelle mesure une société simple peut jouir de la protection diplomatique peuvent rester indécises, au vu de la suite de l'analyse.

2.2. Dans la décision attaquée, le DFAE n'est pas entré en matière et a déclaré la requête du Groupement irrecevable au motif que les dispositions invoquées n'appartenaient pas au droit public fédéral au sens de l'art. 5 PA.

Le Conseil fédéral examine dans la présente décision si le DFAE était tenu de rendre une décision suite à la requête du Groupement (consid. 3) et si c'est à juste titre que la protection diplomatique n'a pas été accordée (consid. 4 ss).

3. Le Groupement estime avoir droit à la protection diplomatique. Suite au refus signifié le 22 décembre 2000 par le DFAE de donner suite à sa requête, le Groupement réclame une décision formelle. Par décision du 19 octobre 2001, le DFAE conclut que la requête du Groupement tendant à l'obtention d'une décision est irrecevable, autrement dit que le Groupement n'a pas de droit à une décision au fond au sens de l'art. 5 PA.

3.1. Dès le moment où un administré s'adresse à l'autorité, celle-ci se doit de répondre dans la mesure où le requérant a un intérêt digne de protection à ce qu'une décision soit prise. D'après l'art. 25 al. 1 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision l'existence ou l'inexistence de droits fondés sur le droit public.

Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision en constatation, au sens de l'art. 5 al. 1 let. b et de l'art. 25 PA, que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel, de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits et d'obligations (arrêt du TFA du 24 janvier 2000 dans la cause K 94/99, consid. 6c; arrêt du TF du 31 octobre 2000 dans la cause 2A.245/1999; [ATF 124 II 197](#) consid. 3b, [ATF 123 II 21](#) consid. 2b, [ATF 121 V 317](#) consid. 4a; *Alfred Kölz et Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd, Zurich 1998, p. 75 ch. 201).

Selon une partie de la doctrine, toute personne qui a un intérêt digne de protection aurait droit à ce que l'autorité compétente rende une décision de constatation relative à l'adoption, à l'abstention ou à la légalité d'un acte matériel (*A. Flückiger*, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, 1998, p. 179; *P. Tschannen* in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1999, Halbband 2, p. 448 s.). Dans un arrêt du 18 janvier 1995 concernant la procédure zurichoise, le Tribunal fédéral a laissé entendre que le particulier peut exiger une décision de constatation quant à la conformité d'actes matériels aux droits fondamentaux ([ATF 121 I 87](#)).

Dans la décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996 ([JAAC 61.75](#)), le refus de la protection diplomatique a été examinée au regard de l'interdiction de l'arbitraire. Si l'on appliquait le raisonnement du Tribunal fédéral du

18 janvier 1995 (consid. 1 b: «Es bestand jedoch auch die Möglichkeit, eine Feststellungsverfügung über die Grundrechtskonformität der umstrittenen Realakte zu verlangen»), le Groupement aurait un intérêt digne de protection à une décision de constatation quant au respect de l'interdiction de l'arbitraire par l'absence de protection diplomatique.

3.2. En outre, en refusant d'entrer en matière sur la requête du Groupement, le DFAE le prive d'une voie de droit. Le requérant n'a en règle générale pas la possibilité de soumettre sa requête à un examen au fond lors d'un recours contre une décision de non entrée en matière. La partie qui s'estime lésée et démontre un intérêt digne de protection fondé sur le droit public fédéral doit pouvoir bénéficier d'une décision qui puisse être déférée à une autorité de recours, et seule une décision au fond permettrait à l'autorité de recours d'examiner la correcte appréciation de l'autorité inférieure quant au bien-fondé de la requête, soit de contrôler si l'interdiction de l'arbitraire a en l'occurrence été respectée.

En effet, concernant la question de savoir si un particulier a une prétention à la protection diplomatique à l'encontre la Confédération, il s'agit d'une relation juridique imputable au droit public fédéral (*F. Gygi, Zur sachlichen Zuständigkeit in der Bundesverwaltungsrechtspflege, in Recht - Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 1987, p. 86 ch. 3 in fine*).

Ainsi le Groupement a intérêt digne de protection à ce que le DFAE examine dans quelle mesure il devrait contraindre le CERN à se soumettre à l'arbitrage et l'éventuel droit du Groupement à la protection diplomatique. Le DFAE aurait dû entrer en matière et rendre une décision au fond. La décision d'irrecevabilité du 19 octobre 2001 du DFAE doit dès lors être annulée et le recours est partiellement admis.

3.3. Selon l'art. 54 PA le recours a un effet dévolutif, ce qui permet à l'autorité de recours de traiter elle-même l'affaire qui fait l'objet de la décision attaqué. Ainsi, par souci d'économie de procédure, le Conseil fédéral ne renvoie pas la cause au DFAE, mais statue lui-même sur la requête que lui a adressée le Groupement en date du 3 novembre 1998 (art. 61 al. 1 PA).

4. Une autre question est de savoir si le DFAE devait accorder la protection diplomatique dans le cas d'espèce.

La protection diplomatique est une institution coutumière en vertu de laquelle tout Etat souverain est habilité à réclamer réparation des violations du droit international commises par un Etat étranger ou une organisation de droit international au préjudice de ses ressortissants. Le droit international ne connaît aucun devoir de l'Etat d'exercer une protection diplomatique en faveur de ses ressortissants. Il n'existe pas non plus de norme de droit fédéral qui donnerait aux ressortissants suisses un droit subjectif à la protection diplomatique. En l'absence d'un tel droit subjectif, le DFAE et sur recours le Conseil fédéral jouissent d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce caractère discrétionnaire implique que la seule limitation imposée à l'Etat dans l'exercice de son pouvoir relatif à la protection diplomatique est l'interdiction de l'arbitraire ([JAAC 61.75](#) consid. 2).

Le Conseil fédéral se limite donc à examiner si le DFAE a respecté l'interdiction de l'arbitraire dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de protection diplomatique.

5. La condition essentielle à la mise en œuvre de la protection diplomatique est la responsabilité internationale de la part du sujet requis, à savoir une violation d'une règle du droit des gens (JAAC 61.75 consid. 3.3). Le Groupement considère que le CERN commet un tel acte illicite en refusant de se soumettre à la procédure arbitrale initiée le 16 septembre 1997 et qu'il viole ainsi l'art. 24 de l'Accord de siège.

Le Groupement estime en effet qu'il n'a pas eu droit à accéder à un juge. Dans son recours, il cite un passage de l'avis de droit du 20 février 2001 du Professeur Flauss qui résume ainsi son grief principal: «le Groupement Eurolep n'a jamais eu à sa disposition le standard juridictionnel minimum exigé par la Cour européenne, à savoir l'existence de <voies de droit raisonnables>. En tant que titulaire, par voie de cession des droits contractuels des sous-traitants, il n'a jamais pu faire valoir ses contestations relatives à l'exécution des marchés devant les juridictions suisses. [...] Dans ces conditions, admettre ou tolérer qu'une fin de non-recevoir soit opposée à Eurolep reviendrait à interdire au Groupement de soumettre sa cause à un tribunal et partant à autoriser la constitution d'un déni de justice contraire à l'art. 6 § 1 CEDH».

5.1. Le CERN a conclu le 11 juin 1955 avec le Conseil fédéral un accord pour déterminer son statut juridique en Suisse. La Confédération lui a reconnu le statut international, et lui a de ce fait accordé l'immunité de juridiction (art. 6 de l'Accord de siège). En contrepartie, le CERN a l'obligation de prendre des dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant des différends portant sur un point de droit privé (art. 24 let. a de l'Accord de siège). Cette obligation n'implique cependant pas pour le CERN une obligation inconditionnelle de soumettre à un arbitrage toute prétention élevée contre lui; il est en effet indispensable qu'il puisse se protéger des demandes mal intentionnées ou injustifiées (*R.H. Harpignies, Settlement of Disputes of a Private Law Character to which the United Nations is a Party*, in *Revue belge de droit international* 1971-2, p. 453 s.).

Dans le cadre du litige qui l'oppose au Groupement, le CERN a déjà accepté à deux reprises de se soumettre à la procédure arbitrale. Dans une troisième demande d'arbitrage datée du 16 septembre 1997, le Groupement veut faire valoir contre le CERN les prétentions qu'il s'est fait céder par ses sous-traitants. Le CERN refuse de donner suite à cette demande d'arbitrage au motif que la requête ne serait pas fondée et que la procédure serait abusive.

5.2. Dans la mesure où il serait constaté que le Groupement a déjà eu la possibilité de faire valoir ses prétentions concernant les sous-traitants devant une juridiction habilitée à procéder à cet examen au fond, le principe général du droit d'accès à un juge serait respecté. La nouvelle demande d'arbitrage du Groupement apparaîtrait alors clairement abusive, et le CERN ne violerait pas l'Accord de siège en refusant de se soumettre à cette procédure d'arbitrage.

Pour déterminer si le Groupement a déjà eu droit ou pas à ce qu'une juridiction examine le bien-fondé des prétentions cédées, le Conseil fédéral examine successivement le problème soulevé par la formulation

de la première demande d'arbitrage du Groupement (consid. 6), puis la vraisemblance des créances des sous-traitants à l'égard du CERN (consid. 7), et la validité de la cession au Groupement des créances sous-traitants ainsi que le fait qu'elle soit considérée comme un fait nouveau par le deuxième tribunal arbitral (consid. 8).

6. Parmi les frais d'accélération des travaux dont le Groupement réclame le remboursement au CERN lors de sa première demande d'arbitrage figurent les frais des sous-traitants. Le premier tribunal arbitral a traité la demande formée du chef des sous-traitants comme demande jointe à la demande principale. L'argumentation brève et concise par laquelle il a conclu au rejet de la demande a fait l'objet d'une interprétation du deuxième tribunal arbitral.

6.1. Le principal problème qui est à l'origine de la procédure menée par le Groupement jusque devant l'autorité de céans est l'ambiguïté de la formulation de sa première demande d'arbitrage. Le Groupement a allégué que le coût des travaux sous-traités faisait partie de l'augmentation du coût de l'ouvrage dont il réclamait le paiement au CERN.

Malgré les demandes du CERN et du premier tribunal arbitral, le Groupement n'a jamais clairement dit s'il faisait valoir, s'agissant des prétentions des sous-traitants, une réclamation de surcoût qui lui était propre ou des réclamations des sous-traitants, qui étaient tiers à la procédure. Ainsi, dans son mémoire en réplique du 15 août 1987, le Groupement affirmait ne pas faire valoir «des réclamations des sous-traitants envers le CERN, mais une prétention qui lui est propre, puisque les factures que lui ont adressées ses sous-traitants constituent bien un des postes de ces dépenses supplémentaires.» En revanche, dans un mémoire après plaidoiries du 8 mai 1991 on lit: «les sous-traitants ont subi un préjudice dû aux mêmes causes que celles alléguées par le Groupement» et plus loin «il serait inadmissible voire injuste que le tribunal arbitral n'alloue pas lesdites sommes au Groupement dès lors que ce faisant, il priverait lesdits sous-traitants des rémunérations auxquelles ils ont droit».

6.2. Déjà avant la première sentence, le Groupement a accepté et réglé les factures que les sous-traitants lui ont adressées. Et c'est la somme de ces prétentions que le Groupement réclame au CERN. Il aurait alors pu effectivement invoquer devant le tribunal ses propres prétentions, en son nom, du fait qu'il avait subi un préjudice conséquemment aux dépenses supplémentaires qu'il avait dû assumer. Le Groupement n'a cependant pas réellement intégré les réclamations des sous-traitants à ses propres prétentions, mais a choisi de les faire «siennes». Il considère donc ces prétentions comme étant celles de tiers, celles des sous-traitants, ce qui signifie par conséquent que ceux-ci auraient des prétentions directes à l'encontre du CERN (voir consid. 7 de la présente décision).

Le Groupement n'avait cependant pas la légitimation active à ce stade pour représenter valablement les sous-traitants, et c'est pour cette raison que le premier tribunal a rejeté cette demande. Il ne pouvait toutefois pas échapper aux conseillers juridiques du Groupement qu'une telle «représentation» des sous-traitants n'était pas valable. La tactique développée par le Groupement, qui consistait à maintenir le flou juridique autour de la nature de ces créances, a abouti à un rejet dans une sentence finale, donc définitive.

Le Conseil fédéral estime donc que c'est une erreur de stratégie du Groupement qui l'a privé de l'examen du bien fondé des créances litigieuses.

6.3. Le deuxième tribunal arbitral relève au consid. 67 de sa sentence que «l'argumentation soutenue par le Groupement et résumée au consid. 230 [de la première sentence arbitrale] ne pourrait en aucun cas fonder une décision d'incompétence proprement dite, dans la mesure où le Groupement aurait invoqué à l'encontre du CERN des prétentions propres, mais dérivées de celles élevées contre lui par ses sous-traitants, en soutenant que celles-ci constituaient une partie intégrante de ses <frais d'accélération>. Il est évident que dans cette mesure les prétentions du Groupement ne pouvaient pas être <des demandes de parties étrangères au litige> (consid. 232), même si elles avaient leur source dans des prétentions de telles parties; de ce fait, elles relevaient manifestement de la compétence du précédent tribunal arbitral [...]. Il est donc tout à fait exclu que la précédente sentence arbitrale ait entendu écarter pour cause d'incompétence de telles hypothétiques prétentions propres du Groupement».

Il ressort clairement du considérant précité de la deuxième sentence arbitrale que le premier tribunal arbitral aurait pu examiner au fond les éventuelles prétentions propres du Groupement. Dès lors, si le Groupement avait alors eu comme stratégie de plaider clairement un préjudice propre, le premier tribunal serait entré en matière. Cette stratégie maladroite du Groupement ne peut pas être rattrapée par de nouvelles demandes d'arbitrage, puisque la première sentence était définitive (voir consid. 8 de la présente décision).

Comme le dit à juste titre le DFAE dans son mémoire du 31 mai 2002 adressé à l'autorité de céans, «toutes les procédures subséquentes formées par le Groupement à l'encontre du CERN [...] découlent de cette première sentence arbitrale finale qui, bien comprise, sur la question des prétentions des sous-traitants à l'encontre du Groupement, empêchait définitivement le Groupement d'en requérir le remboursement au CERN et ce, en raison même de la formulation de la demande d'arbitrage du fait du Groupement» (mémoire du DFAE 14.6).

7. Le Groupement a choisi de faire siennes, puis de se faire céder les éventuelles créances des sous-traitants vis-à-vis du CERN. Le CERN a pris soin pendant toute la durée du contrat de n'établir aucun lien direct avec les sous-traitants, ces créances ne sont donc pas de nature contractuelle. La cession au Groupement des prétentions des sous-traitants contre le CERN n'a pas pu faire naître un rapport contractuel entre les cédants et le CERN, puisqu'elle n'a pas pu modifier la nature juridique desdites prétentions. Ainsi les prétentions des sous-traitants sont donc uniquement fondées sur l'hypothèse de l'existence de droits directs, extra contractuels, qu'ils auraient contractés à l'égard du CERN.

Le premier tribunal arbitral a rejeté les prétentions formulées par le Groupement du fait des sous-traitants, pour défaut de légitimation active, sans entrer en matière à leur sujet. Le deuxième tribunal s'est limité à examiner la recevabilité des nouvelles demandes formulées par le Groupement et a exclu toute considération quant au bien-fondé ou non de celles-ci (consid. 19). Il a

rejeté l'exception de chose jugée de la première sentence arbitrale en ce qui concerne les prétentions des sous-traitants cédées au Groupement, mais ne s'est pas prononcé sur la validité matérielle desdites créances.

7.1. Le CERN refuse la mise sur pied d'une troisième procédure arbitrale initiée par le Groupement suite à la deuxième sentence arbitrale. Il considère qu'il est en droit de refuser de soumettre à un arbitrage une prétention élevée contre lui qui apparaît manifestement infondée. Pour apprécier si la demande du Groupement est abusive ou non, et par conséquent si l'appréciation du DFAE est arbitraire ou pas, il est donc nécessaire que le Groupement rende vraisemblable l'existence des prétentions litigieuses et ainsi le bien-fondé de sa demande.

7.2. Dans sa première demande d'arbitrage, le Groupement indique «qu'il aurait déjà accepté et réglé la majeure partie de ces factures [que lui ont adressées les sous-traitants]» et que «c'est cette somme que le Groupement réclame au CERN» (consid. 231).

Les sous-traitants ont adressé leurs factures au Groupement, et ne se sont pas adressés directement au CERN. Ils n'ont du reste à aucun moment fait valoir des créances directes contre le CERN. En outre, vu que le Groupement a réglé les factures, les sous-traitants sont dédommagés des travaux qu'ils ont exécutés. Ainsi les éventuelles prétentions qu'ils auraient pu faire valoir contre le Groupement ou contre le CERN sont éteintes, leur préjudice ayant disparu. Vu que le Groupement réclame au CERN le remboursement des factures réglées, il a fait valoir devant le premier tribunal la réparation d'un préjudice propre, qui, mal formulée, a été écartée (voir consid. 6 de la présente décision).

Ainsi que le fait remarquer le DFAE dans son mémoire de réponse au Conseil fédéral au consid. 25.2, une contradiction découle du fait que le Groupement semble avoir invoqué devant le premier tribunal la réparation d'un préjudice propre - advenu car le Groupement avait dû payer à ses sous-traitants les prestations supplémentaires effectuées par ces derniers -, et qu'il entend fait valoir, dans la troisième demande d'arbitrage, la réparation d'un préjudice subi en réalité par les sous-traitants eux-mêmes.

A aucun moment, dans aucune procédure, le Groupement n'a sérieusement tenté de défendre l'existence de droits directs des sous-traitants à l'encontre du CERN. Cependant, comme le Groupement ne peut plus faire valoir de prétention propre, le seul moyen qui lui reste est de faire valoir ces prétentions à titre dérivé, c'est-à-dire en qualité de cessionnaire des sous-traitants. Le Groupement lui-même n'est pas convaincu de l'existence des prétentions des sous-traitants à l'égard du CERN. En effet, dans les accords conclus avec les sous-traitants, la cession est faite «dans la mesure où le nouveau tribunal arbitral considérerait que des relations directes se sont instaurées entre le CERN et les sous-traitants». Ainsi, dans l'opinion des sous-traitants et du Groupement eux-mêmes, il ne s'agit que de créances hypothétiques. Cela tend à démontrer que les créances cédées ont été imaginées uniquement aux fins de la troisième demande arbitrale.

7.3. Dans son mémoire de recours au Conseil fédéral, le Groupement relève que les créances des sous-traitants à l'égard du CERN auraient été rendues vraisemblables. Il produit une expertise privée, datée du 13 avril 1999, de

M. François Chaix, juge au tribunal de première instance de Genève, qui examine «dans quelle mesure les six sous-traitants concernés pouvaient agir directement contre le CERN en paiement d'une part de l'ouvrage». Les hypothèses sont fondées sur la stipulation pour autrui et la représentation indirecte ainsi que sur des règles de droit réel et l'enrichissement illégitime.

Les arguments développés par M. Chaix ne convainquent pas l'autorité de céans. Les diverses constructions juridiques proposées ne parviennent en effet pas à rendre vraisemblable l'existence de créances actuelles des sous-traitants à l'égard du CERN. Car, même si les sous-traitants avaient pu avoir des droits directs contre le CERN, ces droits étaient éteints lors de la cession puisque, comme on l'a vu au consid. 7.2 de la présente décision, les sous-traitants ont reçu du Groupement, avant la cession, des paiements pour solde de tout compte.

8. Suite à une interprétation de la première sentence arbitrale, le deuxième tribunal arbitral en a déduit que la décision à laquelle avait abouti le précédent tribunal arbitral n'était pas imputable à un défaut de capacité du Groupement d'être partie à la procédure, mais bien à son défaut de légitimation active. Et qu'ainsi, en statuant de la sorte, il avait rendu un jugement au fond, et non un jugement de procédure (consid. 101). Plus loin, le deuxième tribunal arbitral ajoute que «les cessions stipulées par le Groupement de six de ses sous-traitants, même si elles ne l'ont été qu'«en tant que de besoin», doivent être considérées comme constituant bien un de ces <faits nouveaux> que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à réserver pour limiter les effets de l'autorité de chose jugée» (consid. 111). Le tribunal arbitral invoque à l'appui l'[ATF 105 II 268](#) d'après lequel l'exception de chose jugée est inopposable au demandeur qui, dans un premier procès, n'avait pas qualité pour agir en paiement de sûretés garantissant des créances cédées à un tiers, mais s'est fait rétrocéder les créances garanties avant le second procès.

8.2. Ce raisonnement amène le deuxième tribunal arbitral à arrêter dans son dispositif, à la majorité, que l'exception d'irrecevabilité pour cause de chose jugée en raison de la première sentence arbitrale est rejetée pour ce qui est des chefs de la demande du Groupement fondés sur la cession à lui-même des prétentions élevées contre le CERN par ses six sous-traitants.

La conclusion de la deuxième sentence arbitrale laisse ainsi entendre que, si le Groupement déposait une nouvelle demande d'arbitrage du chef de ses sous-traitants, on ne pourrait pas lui opposer l'exception de chose jugée et sa demande ne serait donc pas a priori irrecevable.

Cela ne signifie toutefois pas que le Groupement a droit à l'ouverture d'une nouvelle procédure arbitrale. Le deuxième tribunal a, du reste, laissé cette question ouverte.

8.3. Le Conseil fédéral ne se prononce pas sur la validité des cessions de créances conclues entre le Groupement et ses sous-traitants telle qu'elle a été reconnue par le deuxième tribunal arbitral. Il émet toutefois des doutes quant au but sous-jacent de ces cessions intervenues juste avant le dépôt de la deuxième demande d'arbitrage.

Le Conseil fédéral est de l'avis que les prétentions des sous-traitants n'ont pas été rendues vraisemblables, donc que les créances qu'ils auraient contractées à l'égard du CERN sont hypothétiques (voir consid. 7 ci-dessus). Ainsi, la cession

de telles créances apparaît comme une nouvelle tentative d'argumentation juridique du Groupement pour obtenir ce qui lui a été refusé par la première sentence arbitrale. Les cessions opérées en faveur du Groupement ont été conclues deux ans après la première sentence arbitrale et dans les tous derniers jours avant la deuxième demande d'arbitrage. Comme le relève M. Jean-Flavien Lalive, membre du deuxième tribunal arbitral, «il eût été parfaitement possible au Groupement, qui était conseillé par d'éminents juristes, d'utiliser ce moyen, fût-ce à titre subsidiaire, au cours de la précédente procédure. [...] Un tel <novum> ne peut dépendre d'un changement dans l'argumentation juridique d'une partie, qui, en se faisant céder des créances qu'elle avait déjà <fait siennes>, cherche ainsi à réparer une omission ou une erreur tactique» (opinion individuelle du 29 août 1997 jointe à la deuxième sentence arbitrale).

8.4. Comme déjà relevé au consid. 6.3 de la présente décision, le Conseil fédéral estime que la mauvaise stratégie développée par le Groupement lors de la première demande d'arbitrage ne peut plus être «rattrapée» par la suite par de nouvelles constructions juridiques, ici la cession des créances. Et ce, malgré la conclusion du deuxième tribunal arbitral qui, en limitant l'effet de chose jugée de la première sentence arbitrale, n'exclut pas qu'une nouvelle juridiction puisse se saisir de la demande du Groupement.

En outre, la première sentence arbitrale revêtait un caractère définitif et, d'après l'art. 33 al. 10 des Conditions générales des contrats du CERN, elle «lie les parties, qui, par avance, renoncent à tout recours possible». Or par un recours de droit public au Tribunal fédéral du 5 février 1992, le Groupement a conclu à l'annulation partielle de la précédente sentence arbitrale en soutenant que les demandes en paiement du chef des sous-traitants avaient été rejetées par la première sentence arbitrale au motif qu'elle les avait considérées, à tort, comme irrecevables pour défaut de compétence. Ce recours de droit public et la deuxième puis troisième demande d'arbitrage du Groupement démontre la volonté de ce dernier de faire recours contre la première sentence arbitrale.

Or le Groupement, qui se plaint qu'aucune juridiction n'a examiné ses prétentions au fond, aurait eu l'occasion de déposer tous ces moyens lors de sa première demande d'arbitrage. En effet, le premier tribunal aurait pu entrer en matière sur les prétentions invoquées du fait des sous-traitants si le Groupement avait d'emblée opté pour une bonne stratégie.

9. Le Conseil fédéral considère ainsi que l'appréciation du DFAE, selon laquelle la troisième demande d'arbitrage du Groupement serait abusive et que le refus du CERN n'entraînerait pas un déni de justice manifeste, n'est pas arbitraire. Le CERN n'était donc pas tenu de donner suite à cette demande. Le Groupement a en effet eu l'occasion de soumettre toutes ses demandes à une juridiction qui était compétente à examiner le litige au fond, soit le premier tribunal arbitral.

Par conséquent, le CERN n'a pas commis de violation de l'art. 24 let. a de l'Accord de siège et sa responsabilité internationale n'est pas engagée. C'est donc à juste titre que le DFAE n'a pas accordé au Groupement la protection diplomatique.

Ainsi, la requête adressée par le Groupement au DFAE le 3 novembre 1998 est rejetée.

10.1. En raison de cette issue de la procédure et en vertu de l'art. 63 PA, les frais de procédure, comprenant un émolument d'arrêté et un émolument d'écritures, sont mis à la charge du Groupement. Selon l'art. 63 2^{ème} phrase PA, ces frais sont réduits dans la mesure où la partie n'est déboutée que partiellement. Les frais de procédure, fixés librement à 2'000 francs, sont ainsi réduits à 1'500 francs et sont compensés par l'avance de frais de 2'000 francs versée par le mandataire du Groupement. La Chancellerie rétrocède à ce dernier le solde de 500 francs.

10.2. Le Groupement s'étant fait représenter par un avocat, il a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA). Ceux-ci sont fixés selon libre appréciation à 1'000 francs (art. 8 al. 1 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0).

**JAAC 68.78 - Extrait d'une décision du Conseil fédéral du 14 janvier 2004 sur recours de E.
contre le DFAE concernant la décision du 19 octobre 2001 en matière de protection
diplomatique**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 647

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.