

Fiche n° 3
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS III :
MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

BIBLIOGRAPHIE

- AUDIT (M.) (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, coll. « Droit administratif », 2011.
- BERLIN (D.), « V° Contrats d'État », Dalloz, *Rép. Dr. international*.
- BOUSSARD (S.), « Modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation, transaction, arbitrage) : *JCl. Justice Administrative*, Fasc. 120 (2011).
- BRACONNIER (S.), « L'extranéité dans les contrats de partenariat », *Rev. Trésor* 2007, p. 241.
- CASSIA (P.), « Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises », *AJDA* 2010, p. 1564.
- CLAY (T.) : « Les contorsions byzantines du tribunal des conflits en matière d'arbitrage », *JCP-A* 2013, 2214.
- GAUDEMET (Y.), LAPP (C.) et STEIMER (A.), « Les personnes publiques et l'arbitrage international », *D.* 2011, p. 2552.
- JAEGER (L.), « Les conséquences de la jurisprudence *INSERM/SMAC* sur la pratique de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} juillet 2015, n° 2, p. 253.
- LAZOUZI (M.), « La nature des contrats administratifs internationaux », *AJDA* 2012, p. 2420.
- LABETOUILLE (D.) (dir.), « L'arbitrage en droit public », rapport du groupe de travail sur l'arbitrage présidé par Daniel Labetoulle, *JCP A* 2007, n° 2082 et *Rev. Arb.* 2007, p. 651.
- LAZERGES (R.), « La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », *AJDA* 2009, p. 1924.
- LE CHATELIER (G.), « V° Transaction », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2014.
- LOMBARD (F.), « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », *AJDA* 2015, p. 1150.
- RENDERS (D.), DELVOLVÉ (P.), TANQUEREL (Th.) (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010.
- RICHER (L.), « Arbitrage et conciliation », *Rép. Cont. Adm.* Dalloz 2013.
- ZARCA (A.), « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA* 2013, p. 506.
- Dossier *Personnes publiques et arbitrage*, RDP 2014, p. 603.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 déc. 2016, 2ème et 7ème ch., Société Foncière Europe
- Référence 2 :** CE 9 déc. 2016, 2ème et 7ème ch., Société Foncière Europe, n° 391840
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 17 mars 2017 M. Perez, Ordre des avocats de Paris
- Référence 4 :** CE, 17 mars 2017, 2ème et 7ème ch., M. Perez, Ordre des avocats de Paris, req. n° 403768
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE Ass., 9 nov. 2016, Société Foxmax LNG
- Référence 5 :** CE Ass., 9 novembre 2016, Soc. Foxmax LNG, n° 388806

DÉCISIONS DU CORPUS

TC, 17 mai 2010, *INSERM*

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des litiges contractuels*

Épreuve pratique : Cas pratique

Faits :

La société privée (SPTVR) a été créée pour exploiter les ondes radios et hertziennes en Nouvelle Calédonie.

Par un arrêté du 27 octobre 2016, le chef du gouvernement de Nouvelle Calédonie a autorisé la SPTVR à émettre sur les ondes sous réserves du respect des conditions définies dans le cahier des charges en annexe de l'autorisation. Ce cahier des charges prévoit dans son article 7 que le contenu des programmes diffusés par la société devra être défini dans une convention et son article 8 indique que les litiges relatifs à l'exécution de cette convention seront arbitrés par un expert indépendant australien.

Après plusieurs mois d'échanges infructueux, le chef du gouvernement n'a pas donné suite à la demande de la SPTVR tendant à la conclusion de la convention prévue dans le cahier des charges. La société a obtenu la désignation d'un expert.

Par une sentence rendue à Paris le 4 décembre 2017, celui a jugé que le refus implicite opposé par le chef du gouvernement de Nouvelle Calédonie constituait une violation fautive des droits résultant de l'autorisation du 27 octobre 2016. Il a condamné la Nouvelle Calédonie à réparer les préjudices subis par la société.

Questions

Le chef du gouvernement néo-calédonien vous consulte aujourd'hui sur les questions suivantes :

- la juridiction compétente pour juger du recours contre la sentence arbitrale
- la légalité du recours à l'arbitrage et la possibilité de s'en prévaloir
- les risques de voir sa responsabilité engagée et les possibilités de régler à l'amiable le litige

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 9 déc. 2016, 2ème et 7ème ch., Société Foncière Europe

La transaction est, aux termes de l'article 2044 du code civil, « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Comme vous l'avez indiqué par votre avis d'Assemblée du 6 décembre 2012, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses (n° 249153, p. 433) à propos des conditions auxquelles est subordonnée l'homologation d'un tel contrat par le juge administratif, celui-ci vérifie « que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public ». Ces conditions de validité de la transaction sont également contrôlées lorsque le juge est saisi d'un recours dirigé contre la délibération autorisant la collectivité à conclure le contrat (voyez, pour un exemple récent, 9 juillet 2015, Football club des Girondins de Bordeaux et autres, n° 375542, au rec) ou, comme il peut désormais l'être depuis votre décision Département de Tarn et Garonne, directement contre le contrat. La présente affaire, qui se situe dans le cadre contentieux antérieur à cette dernière décision, vous conduira à rappeler les modalités d'appréciation par la juridiction administrative de la condition tenant à ce que la transaction ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité.

Les faits sont les suivants. Entre le mois de mai 2007, au cours duquel elle a conclu une promesse de vente pour l'acquisition d'une friche industrielle de plus de 60 000 m² sur le territoire de la commune de Grasse en vue d'y réaliser un parc d'entreprises, et le mois de février 2008, la société Foncière Europe, qui exerce une activité de marchand de biens immobiliers, a été en pourparlers avec la communauté d'agglomération Pôle Azur Provence (CAPAP), devenue depuis communauté d'agglomération des pays de Grasse, qui avait accepté de participer au projet dès lors qu'il devait être destiné en priorité aux industries de la parfumerie. La communauté d'agglomération a ainsi manifesté son soutien au projet en se prononçant pour l'octroi des autorisations d'urbanisme nécessaires, en indiquant qu'elle se porterait caution du paiement du prix de vente du terrain et en faisant état, jusqu'au mois de janvier, de son souhait de mettre en place un partenariat avec la société Foncière Europe. Elle a cependant changé d'avis face à l'hostilité au projet des entreprises du secteur et, par une délibération du 15 février 2008, le maire de Grasse, qui préside également la communauté d'agglomération, a décidé d'exercer au profit de celle-ci son droit de préemption du terrain. Estimant avoir été victime d'une rupture abusive des relations précontractuelles avec la CAPAP et d'une faute de la commune de Grasse qui, en exerçant son droit de préemption, avait manqué à son engagement de ne pas entraver la réalisation du projet, la société Foncière Europe a saisi le TA de Nice de conclusions aux fins de condamnation de l'établissement public et de la commune à l'indemniser des préjudices subis, qu'elle évaluait à un peu moins de 500 000 euros en ce qui concerne la CAPAP et à un peu plus de 2,3 millions d'euros en ce qui concerne la commune.

Par deux délibérations des 19 et 26 juin 2009, les assemblées délibérantes de la CAPAP et de la commune de Grasse ont respectivement approuvé un protocole transactionnel tripartite aux termes duquel, en contrepartie de l'engagement de la société à se désister de tous recours, la CAPAP accepte de payer à la société une somme de 450 000 euros au titre des frais qu'elle avait exposés dans la croyance légitime d'un partenariat économique et lui accorde une réduction de 300 000 euros sur le prix d'achat d'un terrain au titre du gain manqué du fait de la décision de

préemption de la commune, qu'elle déclare subroger, ainsi que de la garantir de tout redressement fiscal de TVA durant les quatre années suivantes. M. Euzière, conseiller municipal de la commune de Grasse, a saisi le TA de Nice de conclusions aux fins d'annulation des deux délibérations de la CAPAP et de la commune.

Par deux jugements du 9 juillet 2013, le TA a fait droit à ces demandes, au motif que la commune ne s'étant pas engagée expressément auprès de la société Foncière Europe, celle-ci n'était pas fondée à se prévaloir d'une rupture abusive des relations contractuelles, ce qui rendait sans objet la transaction. Saisie par la société Foncière Europe, la CAA de Marseille a, par un arrêt du 18 mai 2015, confirmé ces jugements par un raisonnement différent. Après avoir relevé que la CAPAP et la ville avaient commis une faute commune en soutenant le projet de la société puis en ne respectant pas l'engagement qu'elles avaient ainsi pris à son égard de ne pas empêcher la réalisation de son projet, elle a estimé que l'imprudence de la société Foncière Europe, « qui a engagé des dépenses avant tout accord formel et avant l'expiration du délai permettant à la commune d'exercer son droit de préemption », faisait obstacle à ce qu'elle put prétendre à l'indemnisation des bénéfices qu'elle attendait de l'opération. Elle en a conclu que la réduction de 300 000 euros accordée à la société étant dépourvue de cause, elle constituait une libéralité et que cette libéralité n'étant pas divisible des autres stipulations de la transaction, qui formait un tout, celle-ci était illicite.

Le moyen le plus intéressant du pourvoi formé par la société Foncière Europe à l'encontre de cet arrêt est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la Cour en appréciant la condition tenant à l'interdiction des libéralités pour chaque chef de préjudice et non au regard de l'équilibre global des concessions réciproques consenties par les parties.

Il ne fait à nos yeux aucun doute que la condition de licéité de la transaction tenant à ce qu'elle ne constitue pas une libéralité consentie par la personne publique doit être appréciée globalement, c'est-à-dire en comparant l'ensemble des concessions réciproques grâce auxquelles les parties sont parvenues à un accord.

L'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités représente une limite posée à leur liberté contractuelle afin de protéger les deniers publics dont elles ne sauraient disposer librement. Elle fait obstacle à ce qu'elles contractent ou à ce que soient mises à leur charge des obligations sans contrepartie. En effet, une libéralité est, aux termes de l'article 893 du code civil « l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne ». A l'obligation sans cause est assimilée l'obligation manifestement disproportionnée à sa cause. Dans le cadre d'une transaction, cette règle rejoint celle, fondée sur l'objet même de la transaction, selon laquelle les parties doivent faire des concessions réciproques, mais sa portée la dépasse puisqu'elle impose également que ces concessions ne soient pas excessivement déséquilibrées. Elle conduit ainsi à une évaluation comparée du contenu des concessions réciproques que ne fait pas le juge judiciaire (voir sur ce point les conclusions de G. Le Chatelier sur l'avis d'assemblée précité) mais qui représente une garantie de la protection des deniers publics.

La libéralité résulte de ce que la personne publique ne retire aucun avantage de l'engagement de son cocontractant à ne pas poursuivre en justice l'exercice d'un droit, ce qui est le cas lorsqu'elle n'a aucune obligation à son égard, ou de ce que le prix qu'elle paie pour cet avantage est tellement supérieur à celui-ci qu'il ne peut être regardé comme ayant une contrepartie.

L'identification d'une libéralité implique par conséquent une comparaison entre les termes de la transaction. Ainsi, dans ses conclusions sur la décision Sieur Mergui (Section, 19 mars 1971, p. 235), le président Rougevin-Baville précisait que le principe selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ne saurait conduire à censurer « une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre ». Comme l'expliquait Gilles Le Chatelier dans ses conclusions sur l'avis d'Assemblée que nous avons cité, « il s'agira donc de mettre en balance, d'une part, la valeur de la part de sa créance à laquelle renoncera l'administration et, d'autre part, l'avantage au regard de l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction, notamment en termes de résolution plus rapide du litige. Un déséquilibre trop marqué entre les deux termes de l'équation sera alors la marque d'une libéralité de la part de la collectivité publique que vous ne pourrez valider ».

Lorsque, comme en l'espèce, la transaction a pour objet l'indemnisation de plusieurs préjudices, la circonstance que l'un d'entre eux ne soit pas à la charge de la personne publique, soit qu'il n'existe pas, soit que la personne publique n'en soit pas responsable, ou qu'il est excessivement indemnisé, ne saurait, par elle-même, conférer à la transaction le caractère d'une libéralité. Certes, si la transaction ne portait que sur la réparation de ce préjudice, elle constituerait une libéralité, puisque la personne publique ne retirerait aucun avantage de l'engagement de son cocontractant à renoncer à une action en justice qui n'a aucune chance d'aboutir à ce qu'elle soit condamnée. Mais, dès lors que la transaction a pour objet d'éviter à la personne publique une procédure contentieuse tendant au moins en partie à la réalisation d'obligations qu'elle doit à son cocontractant, le juge ne peut se borner à constater que la somme que la personne publique a accepté de payer est en partie dépourvue de cause pour la qualifier de libéralité. Il doit encore vérifier que cette somme est excessive au regard de l'obligation qui demeure à la charge de la personne publique et dont son cocontractant renonce à poursuivre l'exécution en justice. Le juge chargé du contrôle de licéité de la transaction ne doit tenir compte que de son résultat, même si l'appréciation de la valeur de la renonciation à agir en justice conduit à évaluer les droits du cocontractant de la personne publique.

La présente espèce offre une bonne illustration de ce cas de figure car la transaction avait pour objet d'indemniser la société requérante de deux chefs de préjudice bien distincts : d'une part, le préjudice qu'elle avait subi du fait de l'espérance légitime d'un partenariat économique qu'avait fait naître la CAPAP et qui l'avait conduite à engager en vain des frais pour la réalisation du projet ; d'autre part, le préjudice subi du fait de la décision de préemption du terrain par la commune, qui lui fait perdre le bénéfice de l'opération immobilière projetée. La transaction distinguait nettement ces deux chefs de préjudice et les sommes que la CAPAP, qui s'était subrogée à la commune, puisque celle-ci avait exercé son droit de préemption à son profit, acceptait de payer pour chacun d'eux, 450 000 euros pour le premier, 300 000 euros en réduction du prix de vente d'un autre lot pour le second. La Cour a estimé que la décision de préemption de la commune n'avait pas causé de préjudice à la société requérante. Mais, dès lors que, comme elle l'a relevé, la transaction formait un tout indivisible, elle ne pouvait s'arrêter au constat de ce qu'une partie des concessions de la personne publique était sans cause pour juger illicite la transaction. Elle devait encore vérifier que les sommes que la personne publique acceptait de payer étaient manifestement disproportionnées au regard de la créance que la société avait sur elle et qu'elle renonçait à poursuivre en justice. Pour le dire autrement, l'indivisibilité de la transaction primait sur

la distinction qu'elle faisait entre les différents préjudices sur lesquels elle portait.

Vous pourriez certes considérer qu'en jugeant que la convention formait un tout indivisible, la cour a implicitement mais nécessairement estimé que le montant global des sommes versées par la CAPAP était manifestement disproportionné au regard de la seule créance que la société avait sur elle, tenant à l'indemnisation des frais engagés pour la réalisation du projet. Mais, d'une part, cela ne correspond pas aux motifs de l'arrêt, qui qualifient de libéralité l'une des sommes prévues par la transaction et, d'autre part, la portée de votre décision sera plus claire en censurant le raisonnement de la cour.

Si vous partagez cet avis, vous n'aurez pas besoin d'examiner les deux autres moyens du pourvoi, qui ne sont pas fondés. D'une part, la méconnaissance de l'interdiction des libéralités était bien soulevée par les demandeurs en première instance, même si leur argumentation à l'appui de ce moyen n'était pas exactement celle qu'a retenue la cour. En tout état de cause, ce moyen est d'ordre public. D'autre part, la cour ne nous paraît pas avoir inexactement qualifié les faits en retenant une imprudence de la société requérante ni dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle lui faisait perdre tout droit à indemnisation du fait de la décision de préemption. Elle n'avait effectivement aucune assurance d'acquérir le terrain et si la commune s'était lors de la première promesse de vente engagée à ne pas préempter le bien, cette promesse était devenue caduque et n'avait pas été réitérée à l'occasion de la seconde promesse de vente.

Vous pourrez parfaire l'illustration des modalités d'appréciation de la condition relative à la prohibition des libéralités dans les transactions en réglant l'affaire au fond.

La transaction litigieuse a pour objet de régler les conséquences dommageables du comportement de la CAPAP et de la commune de Grasse au cours de leurs relations avec la société Foncière Europe et plus précisément de leur revirement qui les ont conduites, après avoir soutenu le projet d'investissement immobilier de la société, à prendre une décision de préemption de l'acquisition du terrain qui a fait obstacle à sa réalisation.

Comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises, si une personne publique a toujours la faculté de renoncer pour un motif d'intérêt général à ce qu'elle a promis, sa responsabilité peut être engagée si son comportement a légitimement conduit le destinataire de la promesse à prendre des décisions qu'il n'aurait pas prises sans elle. Par légitimement nous voulons dire que le destinataire de la promesse doit avoir fait preuve de la prudence qui s'impose face à des promesses et ne saurait être indemnisé des risques qu'il a éventuellement pris en tenant pour acquis ce qui ne l'était pas. Vous n'indemnisez donc que les préjudices directement liés au fait d'avoir donné des assurances qui n'ont pas été tenues et tenez compte, dans l'appréciation du droit à indemnisation, de l'éventuelle imprudence de la victime.

Dans le champ contractuel, par exemple, la promesse non tenue de signer un marché vous conduit à indemniser le cocontractant potentiel des dépenses qu'il a exposées dans cette perspective, mais non son manque à gagner, car il n'y a jamais de droit acquis à la signature d'un contrat (11 oct 1985, cie générale de construction téléphonique, n° 38789; 10 décembre 1986, Dépt de la Moselle, n° 46629). Une promesse ne pouvant faire naître une obligation de résultat, elle ne confère aucun droit à la conclusion du contrat ou à la réalisation du projet. La Cour de cassation tient le même raisonnement (Com, 26 nov 2003, sté Alain Manoukian, n° 00-10.949, au Bull)1. Dans un cas qui n'est pas si éloigné de la présente espèce, où un maire avait promis à une société de soumettre au conseil municipal le projet de lui vendre un bien du domaine privé dont elle était locataire mais n'avait jamais mis

cette promesse à exécution, vous avez jugé que la société ne pouvait prétendre qu'à la réparation du préjudice directement causé par cette faute, tel que celui correspondant, le cas échéant, aux dépenses qu'elle avait pu engager sur la foi de cette promesse (1er mars 2012, sté Stemo, n° 346673, aux T).

En l'espèce, le comportement des collectivités a pu légitimement conduire la société Foncière Europe à développer son projet en vue de l'acquisition du terrain et de son aménagement. Mais la société ne pouvait ignorer que l'engagement des collectivités pouvait changer. La décision de préempter ne nous paraît pas fondamentalement différente d'une décision de ne pas conclure un contrat, dont elle est en quelque sorte l'envers. En d'autres termes, si la société a légitimement pu penser que les collectivités ne feraient pas usage de leur droit de préemption, elle n'avait aucun droit à ce qu'elles ne le fassent pas. La perte des bénéfices escomptés de l'acquisition du terrain n'est donc pas directement liée à la promesse non tenue. En revanche, les frais qu'elle a exposés pour la préparation du projet l'ont été sur la foi des engagements des collectivités et doivent donc être réparés.

En acceptant par la transaction litigieuse d'indemniser le préjudice lié aux frais exposés et au manque à gagner, les collectivités prennent donc en charge une obligation qui leur incombe et une obligation à laquelle elles ne sont pas tenues. Cette dernière est sans cause et ne saurait être prise en compte dans l'évaluation des coûts et avantages de la transaction, qui doit mettre en balance les 750 000 euros que les collectivités acceptent de payer à la société en contrepartie de sa renonciation à poursuivre en justice la seule créance qu'elle détient à leur encontre et qui porte sur les frais qu'elle a engagés. La société évalue ces frais à 500 000 euros. Les avantages d'une résolution amiable du litige ne nous paraissent pas justifier une augmentation d'un tiers de la somme maximale que la société pourrait prétendre obtenir en justice. Dès lors, le montant de la transaction apparaît manifestement excessif et par conséquent constitutif d'une libéralité. Vous pourrez donc confirmer par ce motif l'annulation des délibérations attaquées prononcée par le tribunal administratif.

Vous pourrez également, comme vous le demande M. Euzière, demandeur en première instance, enjoindre aux parties à la transaction, qui est entièrement exécutée, de procéder à sa résolution amiable dans un délai de 4 mois ou, à défaut, de saisir le juge du contrat. En revanche, votre décision, qui n'a pas pour effet de faire disparaître la transaction, n'implique pas nécessairement que la société Foncière Europe reverse les sommes qui lui ont été payées en exécution de la convention. Même si les parties ou le juge en prononcent la résolution, les parties pourront toujours conclure une nouvelle transaction fixant au bénéfice de la société une indemnisation moins excessive.

EPCMNC :

- Annulation de l'arrêt de la CAA de Marseille en tant qu'il rejette les requêtes d'appel de la sté Foncière Europe (art 1er) et fait droit aux conclusions d'appel incident de M. Euzière (art 2) ;
- Rejet des requêtes d'appel de la société Foncière Europe ;
- A ce qu'il soit enjoint aux parties de prendre les mesures que nous avons décrites ;
- A ce que vous rejetiez le surplus des conclusions de M. Euziere ;
- A ce que vous mettiez à la charge de la sté Foncière Europe et de la Cté d'agglomération des pays de Grasse le versement à M. Euzière de 1500 euros chacune.

Référence 2 : CE 9 déc. 2016, 2ème et 7ème ch., Société Foncière Europe, n°391840

M. A...Euzière a saisi le tribunal administratif de Nice d'une demande tendant à l'annulation de la délibération du 26 juin 2009 du conseil municipal de Grasse approuvant le protocole transactionnel conclu entre la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence" (CAPAP), la commune de Grasse et la société Foncière Europe. Le même requérant a également saisi ce tribunal, avec M. G...E..., M. D...H..., M. C...F...et Mme B...I..., d'une demande tendant à l'annulation de la délibération du 19 juin 2009 du conseil communautaire de la CAPAP approuvant ce même protocole transactionnel. Par deux jugements n° 0903233 et n° 0903236 du 9 juillet 2013, le tribunal a annulé ces délibérations.

Par un arrêt n°s 13MA03627, 13MA03628 du 18 mai 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel de la société Foncière Europe contre ces jugements et a enjoint aux parties de procéder à la résolution de la transaction objet des délibérations litigieuses dans un délai de quatre mois à compter de la notification de son arrêt, ou, à défaut d'un tel accord, a enjoint à la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence" de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de son arrêt.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 17 juillet et 16 octobre 2015, la société Foncière Europe demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il rejette ses requêtes d'appel et fait droit aux conclusions incidentes de M. Euzière ;
- 2°) de mettre à la charge de M. Euzière une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil, notamment son article 2044 ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative ;

(...)

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Foncière Europe, qui exerce l'activité de marchand de biens immobiliers, a manifesté en 2007 son intention de se porter acquéreur auprès de la société Symrise, qui y exploitait une usine de parfums, d'une friche industrielle située sur le territoire de la commune de Grasse, en vue d'y réaliser un parc d'entreprises ; que, dans cette perspective, elle s'est rapprochée de la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence", devenue depuis communauté d'agglomération du Pays de Grasse ; que la communauté d'agglomération a exprimé son souhait de participer au projet, dès lors que celui-ci devait être destiné en priorité aux industries de la parfumerie ; que, toutefois, les entreprises du secteur de la parfumerie ayant fait connaître leur absence d'intérêt pour l'opération envisagée, la communauté d'agglomération a finalement renoncé à s'y associer et a décidé d'acquiescer l'ensemble immobilier ; que la commune de Grasse a exercé son droit de préemption au profit de la communauté d'agglomération par un arrêté en date du 15 février 2008 ; qu'estimant avoir été victime d'une rupture abusive des négociations engagées avec la communauté d'agglomération et d'une faute de la commune de Grasse dans l'exercice de son droit de préemption, la société Foncière Europe a saisi de recours indemnitaires le tribunal administratif de Nice ; que les parties ayant cependant trouvé un accord amiable, les assemblées délibérantes de la communauté d'agglomération et de la commune de Grasse ont approuvé, les 19 et 26 juin 2009, un protocole

transactionnel tripartite ; que, sur la demande de M. Euzière, conseiller municipal de Grasse, et de plusieurs contribuables de la commune, le tribunal administratif de Nice a annulé ces délibérations par un jugement du 9 juillet 2013 ; que la société Foncière Europe se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 18 mai 2015 en tant qu'il rejette ses requêtes d'appel et enjoint aux parties de procéder à la résolution de la transaction approuvée par les délibérations litigieuses dans un délai de quatre mois à compter de la notification de son arrêt ;

2. Considérant que, pour estimer que la transaction approuvée par les délibérations attaquées constituait une libéralité de la part de la collectivité publique et présentait par conséquent un caractère illicite, la cour administrative d'appel de Marseille a examiné séparément le contenu de chacun des chefs de préjudice pris en compte dans l'accord transactionnel et a apprécié pour chacun d'eux, pris isolément, si les indemnités négociées n'étaient pas manifestement disproportionnées ; qu'en raisonnant ainsi, alors que les concessions réciproques consenties par les parties dans le cadre d'une transaction doivent être appréciées de manière globale, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé en tant qu'il rejette les requêtes d'appel de la société Foncière Europe et fait droit aux conclusions incidentes de M. Euzière ;

3. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond dans la limite de l'annulation prononcée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

4. Considérant qu'en vertu de l'article 2044 du code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il ressort des pièces du dossier que le protocole d'accord approuvé par les délibérations attaquées des 19 et 26 juin 2009 a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, au litige porté devant la juridiction administrative ; qu'il ressort des mêmes pièces que la communauté d'agglomération s'est engagée à indemniser les pertes subies par la société Foncière Europe pour un montant de 450 000 euros hors taxe et à garantir cette société de tout redressement fiscal en matière de TVA durant les quatre années suivantes ainsi qu'à garantir la commune de Grasse des condamnations éventuelles susceptibles de procéder d'une irrégularité de la décision de préemption et à indemniser la société Foncière Europe de son manque à gagner à hauteur de 300 000 euros hors taxe ; qu'en contrepartie, la société Foncière Europe et son gérant se sont engagés à se désister de leurs recours ;

5. Considérant que si la rupture unilatérale, par la personne publique, pour un motif d'intérêt général, des négociations préalables à la passation d'un contrat n'est pas de nature à engager sa responsabilité pour faute, cette responsabilité peut, toutefois, être mise en cause lorsque la personne publique, au cours des négociations, a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant, à tort, l'assurance qu'un tel contrat serait signé, sous réserve que ce dernier n'ait pu légitimement ignorer le risque auquel il s'exposait ; qu'en revanche, alors même qu'une telle assurance aurait été donnée, elle ne peut créer aucun droit à la conclusion du contrat ; que la perte du bénéfice que le partenaire pressenti escomptait de l'opération ne saurait, dans cette hypothèse, constituer un préjudice indemnisable ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de l'octroi à la société Foncière Europe d'une somme de 300 000 euros au titre de son manque à gagner, chef de préjudice non indemnisable, et de ce que, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier, le montant de 450 000 euros prévu au titre des pertes subies n'est pas sous-évalué, la

transaction approuvée par les délibérations contestées, qui prévoit le versement d'une somme de 750 000 euros à la société, doit être regardée comme comportant, dans son ensemble, des concessions manifestement disproportionnées et donc comme constitutive d'une libéralité de la part de la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence" et de la commune de Grasse ; que, par suite, la société Foncière Europe n'est pas fondée à se plaindre de ce que le tribunal administratif de Nice a annulé les délibérations des 19 et 26 juin 2009 de la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence" et de la commune de Grasse ;

6. Considérant que les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au président de la communauté d'agglomération du Pays de Grasse, venant aux droits de la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence", de résilier la transaction tripartite, qui est entièrement exécutée, doivent être regardées comme tendant à la résolution de celle-ci ; que l'illégalité entachant les délibérations ayant approuvé la signature de la transaction justifie, en raison de sa gravité et sans que s'y oppose un motif d'intérêt général, qu'il soit enjoint aux parties à la convention de procéder à sa résolution amiable et, à défaut d'une telle résolution dans les quatre mois de la notification de la présente décision, qu'il soit enjoint à la communauté d'agglomération du Pays de Grasse de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de la présente décision ; qu'en revanche, la présente décision, qui n'a pas par elle-même pour effet de faire disparaître rétroactivement le contrat, une telle conséquence s'attachant soit à la résolution convenue par les parties, soit à la décision du juge du contrat, n'implique pas qu'il soit enjoint dès à présent à la société Foncière Europe de procéder au reversement des sommes qui lui ont été versées ; qu'il est, au surplus, loisible aux parties de procéder à une nouvelle négociation en vue de déterminer l'indemnisation due à la société ; que, par suite, il y a lieu de rejeter la demande de M. Euzière tendant à ce que soit ordonné le reversement des sommes perçues par la société Foncière Europe ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 18 mai 2015 est annulé en tant qu'il rejette les requêtes d'appel de la société Foncière Europe et fait droit aux conclusions incidentes de M. Euzière.

Article 2 : Les requêtes d'appel de la société Foncière Europe sont rejetées.

Article 3 : Il est enjoint aux parties à la transaction de procéder à sa résolution amiable dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision à son dernier destinataire ou, à défaut d'un tel accord dans le délai imparti, de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de la présente décision.

Article 4 : Le surplus des conclusions d'appel de M. Euzière est rejeté.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 17 mars 2017 M. Perez, Ordre des avocats de Paris

1. La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (dite « secteurs classiques ») devait être transposée dans un délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur, c'est-à-dire avant le 18 avril 2016.

La France a d'abord adopté l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, dont vous avez examiné la conformité au droit communautaire à l'occasion de l'affaire CE, 9 mars 2016, Conseil national des barreaux et autres, n°393589, aux Tables.

Quant aux mesures de nature réglementaire qu'appelle la transposition, elles ont fait l'objet d'un décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Vous joindrez les requêtes de M. Perez et de l'Ordre des avocats de Paris, dirigées contre ce décret, pour statuer par une seule décision.

2. La requête n°403768 de M. Perez tend à l'annulation de deux dispositions de ce décret :

- l'article 29, qui prévoit notamment que le décret ne s'applique en principe pas aux marchés de services juridiques relatifs à la représentation légale ou au conseil dans une procédure juridictionnelle, à l'exception d'une série de ses dispositions limitativement énumérées ;

- le 8° du I de l'article 30, qui prévoit que les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Il attaque également le refus implicitement opposé par le Premier ministre à sa demande de retrait des dispositions en question.

2.1. M. Perez soutient tout d'abord que l'article 29, en excluant les marchés de services juridiques liés au contentieux du champ d'application du décret, méconnaît les principes généraux de la commande publique qui figurent au I de l'article 1er de l'ordonnance, résultent du droit primaire de l'Union européenne (CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98, Rec. 2000 I-10745) et ont une valeur constitutionnelle (CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC et CC, 24 juillet 2008, n°2008-567 DC).

Il faut rappeler que la directive envisage deux catégories de services juridiques :

- d'une part, ceux qui se rapportent à la représentation légale du client dans une instance juridictionnelle, ou au conseil lié à une procédure dans une telle instance ;

- d'autre part, une série d'autres services juridiques, énumérés à l'annexe XIV de la directive.

Ces derniers n'ont en principe qu'une dimension transnationale limitée, notamment parce qu'ils concernent des questions de droit purement national. La directive prévoit qu'ils ne devraient donc être couverts que par un « régime assoupli » de passation et seulement à partir de 750 000 euros. L'ordonnance du 23 juillet 2015 introduit un tel système au 2° de son article 42, qui pose le principe d'« une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes » de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Quant aux services juridiques relatifs à une procédure juridictionnelle, la directive les exclut de son champ d'application au d) de son article 10. L'ordonnance du 23 juillet 2015, toutefois, ne reprend pas cette exclusion.

La requête Conseil national des barreaux et autres de 2016 tendait d'ailleurs à l'annulation de l'article 14 de l'ordonnance, en tant qu'il ne faisait pas figurer ces services dans la liste des marchés auxquels elle n'est pas applicable. Vous avez rejeté cette demande en rappelant qu'il était loisible aux Etats membres de « sur-transposer » la directive et notamment de soumettre des marchés qu'elle exclut aux dispositions prises pour sa transposition.

C'est donc en atténuation de la « sur-transposition » effectuée par l'article 14 de l'ordonnance, qui inclut a contrario dans le champ de celle-ci tous les services juridiques qu'il ne mentionne pas, qu'intervient l'article 29 du décret. Le I de cet article prévoit en effet, nous l'avons dit, que les services juridiques relatifs à une

procédure juridictionnelle ne sont soumis qu'à une série de dispositions du décret qu'il énumère de façon limitative.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré par M. Perez de la méconnaissance des principes de la commande publique doit être écarté. En effet, les catégories de services juridiques litigieuses n'ayant pas été exclues du champ d'application de l'ordonnance, elles sont soumises aux dispositions de son article 1er selon lequel : « Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

Ajoutons au surplus que le dernier alinéa du I de l'article 29 précise que la passation des marchés de services juridiques relatifs à une procédure juridictionnelle est soumise à une obligation de publicité et de mise en concurrence. Or, s'il revient à l'acheteur d'en définir librement les modalités, celles-ci doivent être bien évidemment déterminées conformément aux règles applicables au montant et aux caractéristiques de ce marché.

2.2. La seconde disposition attaquée est le I de l'article 30 du décret, qui prévoit les cas où les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, en tant qu'il mentionne à son 8° les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. C'est le 3° de l'article 42 de l'ordonnance qui habilitait le pouvoir réglementaire à prévoir « une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

Il faut rappeler qu'un décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 avait relevé de 4 000 à 20 000 euros HT le seuil fixé par le code des marchés publics de 2006, au delà duquel une publicité et une mise en concurrence préalables devaient être organisées, aucune exigence n'étant imposée à la personne publique en-dessous de ce seuil.

Sur la demande de M. Pérez, vous aviez annulé cette mesure en jugeant que « en relevant, de manière générale, de 4 000 à 20 000 euros le seuil en deçà duquel tous les marchés (...) sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » : CE, 10 février 2010, Pérez, n°329100, p. 17.

Le pouvoir réglementaire était alors intervenu par un nouveau décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 pour fixer le seuil à 15 000 euros HT.

Il ne s'agissait toutefois plus d'une solution « tout ou rien » puisque le décret précisait que, lorsqu'il était fait usage de la faculté de passer le marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, la personne publique n'en est pas moins tenue de veiller « à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ».

Le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, puis le présent décret, ont rehaussé le seuil à 25 000 euros, tout en reprenant à l'identique les garanties imposées en-dessous de ce seuil. Au passage, une décision CC, 14 août 2015, n° 2015-257 L a constaté le caractère réglementaire du seuil, que la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 avait cru bon d'introduire dans la loi Sapin du 29 janvier 1993.

M. Pérez soutient donc que le 8° du I de l'article 30 du décret méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

2.2.1. Ces conclusions nous semblent clairement irrecevables, en application de votre jurisprudence relative aux dispositions qui, se bornant à reproduire des dispositions antérieures, sont purement confirmatives et ne sont pas indivisibles de dispositions nouvelles. Le 8° du I de l'article 30 du décret attaqué se borne en effet à reprendre les termes du décret du 17 septembre 2015 portant sur le même point.

Vous avez été confrontés à une problématique strictement identique lorsque le code des marchés publics de 2006 a repris certaines dispositions du code de 2004, au nombre desquelles le seuil de 4 000 euros : CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, nos 297711 et a, p. 298. Cette solution est transposable à l'espèce.

2.2.2. Nous vous proposons toutefois, pour des raisons d'opportunité, d'écarter au fond les différentes branches de ce moyen. Sont contestés, d'une part, le principe même d'un seuil en deçà duquel tous les marchés sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence et, d'autre part, le niveau excessivement élevé de ce seuil.

Vous aviez jugé dans l'affaire Pérez de 2010 que les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les cas « où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ».

Ce sont alors deux approches qui sont théoriquement envisageables pour l'exercice de cette marge de liberté. La première, casuistique, consiste à apprécier le caractère impossible ou manifestement inutile des formalités au coup par coup. La seconde consiste à traduire, autant que faire se peut, les notions subjectives d'inutilité et d'impossibilité dans un ou plusieurs critères objectifs, tels que l'objet et le montant du marché.

Cette dernière approche a été retenue de longue date par le droit interne, notamment parce qu'elle est de nature à faciliter le respect du principe général du droit de sécurité juridique.

Elle n'est pas non plus étrangère aux préoccupations d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics dans la mesure où, pour des contrats de faible montant, l'excès de formalisme pourrait dissuader certains opérateurs économiques de présenter leur candidature.

Enfin, nous n'avons pas le sentiment que votre jurisprudence, notamment votre décision de 2010, y fasse obstacle par principe. C'est en effet, nous l'avons dit, le relèvement « de manière générale » du seuil prévu au code des marchés publics, sans garantie aucune exigée pour les marchés en-dessous de ce seuil, qui avait alors été censuré. En l'espèce – et c'était d'ailleurs déjà le cas avec le décret du 9 décembre 2011 et le décret du 17 septembre 2015 – l'option choisie par le Gouvernement combine en réalité les deux approches : un seuil objectif de 25 000 euros et, en dessous de ce seuil, une approche casuistique encadrée par des garanties de nature à assurer le respect des principes fondamentaux de la commande publique, dont nous avons déjà

rappelé les termes : réponse pertinente au besoin, bonne utilisation des deniers publics et renouvellement des prestataires lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles.

Pour ce qui regarde le niveau de ce seuil, nous avons beaucoup de mal à déceler une erreur d'appréciation (tel est le contrôle que vous exercez depuis la décision Pérez). Vous avez certes censuré un seuil moins élevé, de 20 000 euros HT, en 2010. Il s'agissait toutefois, nous l'avons dit, d'un dispositif du « tout ou rien », alors que depuis le décret de 2011 ce seuil est désormais assorti de garanties applicables aux marchés dont le montant est inférieur.

Ajoutons que le niveau de 25 000 euros HT choisi par la France s'inscrit plutôt sous la moyenne de l'Union européenne. La limite pour les fournitures et services est en effet de 85 000 euros en Belgique et de 40 000 euros en Italie. En Allemagne, elle varie de 10 000 euros à 100 000 euros selon les Länder, la moitié d'entre eux ayant choisi un seuil de 25 000 ou de 50 000 euros. Enfin au Royaume-Uni, le seuil est de 10 000 ou de 25 000 £ (12 000 à 30 000 euros) selon l'administration. Nous vous proposons donc d'écarter le moyen et de rejeter la requête de M. Pérez.

3. La requête n°403817 de l'Ordre des avocats de Paris vise pour sa part le seul article 142, selon lequel : « En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret. (...) / Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. / La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité. ».

L'Ordre a adressé au Premier ministre un recours gracieux que l'on peut interpréter comme tendant au retrait de cette disposition, en tant qu'elle institue au seul bénéfice du médiateur des entreprises un interruptif des prescriptions et des délais de recours. Le requérant souhaite en effet que ce dispositif soit étendu à l'ensemble des procédures de médiation, prévues aussi bien par les articles 21 et suivants de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, que par les articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative.

Il vous demande aujourd'hui d'annuler le refus opposé par le Premier ministre à cette demande, ainsi que l'annulation de l'article 142 en tant qu'il prévoit un effet interruptif des prescriptions et des délais de recours en cas de saisine du médiateur des entreprises. L'Ordre vous demande enfin d'enjoindre au Premier ministre, sous astreinte, de compléter l'article 142 en vue d'étendre cet avantage aux autres personnes exerçant une activité de médiation.

4. Le législateur a déjà partiellement satisfait cette demande. En effet, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle a introduit un nouvel article L. 213-6 au code de justice administrative, qui prévoit l'interruption des délais de recours contentieux et la suspension des prescriptions par toute médiation engagée à l'initiative des parties dans le cadre des articles L. 213-1 et suivants du code. Elle a modifié dans le même sens l'article 2-1 de la loi du 31 décembre 1968 s'agissant de la prescription quadriennale.

Vous jugez que dans le cas où un acte réglementaire fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en tant qu'il ne comporte pas une disposition particulière et que, avant que le juge ait statué, l'administration modifie l'acte en ajoutant la disposition demandée, la requête dirigée contre cet acte perd son objet, alors même qu'il aurait reçu exécution pendant la période où il était en vigueur dans sa rédaction initiale : CE, 16 juillet 2014, Fédération départementale des chasseurs de la Charente-Maritime et autres, n° 363446 et a., T. p. 756-803-823.

En l'espèce toutefois, nous l'avons dit, la satisfaction n'est que partielle :

- seules les médiations prévues au code de justice administrative sont concernées et non les médiations civiles de la loi du 8 février 1995 ;
- s'agissant des délais de prescription, le nouvel article L. 231-6 ne prévoit qu'une suspension, alors que dans le décret attaqué figure une interruption : le médiateur des entreprises demeure donc plus « attractif » que les autres médiations envisagées par le code.

En outre, cette satisfaction ne résulte pas de la modification du texte réglementaire qui était demandée, mais de l'intervention d'une loi dont le champ d'application est à la fois plus large et plus restreint et dont le mécanisme est pour partie identique (sur les délais de recours) et pour partie moins « généreux » (sur les prescriptions) que celui du décret.

Il nous semble donc délicat d'opposer un non-lieu à statuer, même partiel, aux conclusions de la requête, bien que le nouvel état du droit les prive largement de leur intérêt.

Ainsi ces conclusions tendent désormais, sinon formellement du moins en pratique :

- à étendre l'effet interruptif des prescriptions et des délais de recours aux procédures de médiation civile de la loi du 8 février 1995 ; mais, comme nous le verrons, le pouvoir réglementaire est incompétent pour définir un régime de prescription : les conclusions aux fins d'injonction portant sur ce point ne pourraient en tout état de cause qu'être rejetées ; seules les conclusions relatives à l'effet interruptif des délais de recours pourraient être accueillies si les moyens du pourvoi étaient fondés ;
- à étendre l'effet interruptif des délais de recours aux procédures de médiation prévues par les articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative : toutefois, dans la mesure où c'est un effet suspensif qui a déjà été prévu au niveau de la loi, les conclusions aux fins d'injonction portant sur ce point ne pourraient qu'être rejetées.

5. Les dispositions litigieuses reprennent celles de l'article 127 du code des marchés publics de 2006, qui lui-même reconduisait celles du code de 2001, à ceci près qu'elles étendent au médiateur des entreprises un régime initialement limité au réseau des CCRA (un comité national et sept comités locaux, organisés par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010), compétent pour les marchés publics.

A cette occasion, elles confèrent une existence réglementaire au médiateur des entreprises. Celui-ci a été nommé par un décret du Président de la République en date du 14 janvier 2016, qui précise qu'il se substitue au médiateur des marchés publics et au médiateur des relations inter-entreprises. A la différence des CCRA, il ne rend pas d'avis sur la situation litigieuse, puisqu'il ressort du 3ème alinéa de l'article 142 qu'il agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties à définir une solution mutuellement acceptable.

Avant l'intervention du décret, il était déjà possible de saisir le médiateur des entreprises comme tout autre médiateur. Le texte attaqué lui confère un élément d'attractivité à travers l'interruption des délais de recours et des prescriptions. Cet avantage comparatif a toutefois été rapidement raboté, s'agissant des litiges qui relèvent de la compétence de la juridiction administrative, par l'intervention de la loi du 18 novembre 2016 comme nous l'indiquons.

Il ne ressort pas des travaux préparatoires que les auteurs de la loi du 18 novembre 2016, portée par le Garde des sceaux, aient été parfaitement conscients de la prérogative conférée quelques mois plus tôt au médiateur des entreprises par le décret attaqué, rapporté par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique.

En tout état de cause, il résulte de l'intervention du législateur que la supériorité relative du médiateur des entreprises se limite désormais au seul domaine des prescriptions, puisque sa saisine en interrompt le cours, alors que celle d'un médiateur « ordinaire » ne fait que la suspendre en application de l'article L. 213-6 du code de justice administrative.

6. Votre décision fera disparaître ce seul avantage, car il y a lieu d'annuler le 4ème alinéa litigieux en tant qu'il prévoit un effet interruptif des prescriptions.

En effet, à la différence des délais de procédure, qui relèvent du pouvoir réglementaire y compris pour ce qui concerne leur forclusion (CE, Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, n°01875 et a, p. 370), l'institution d'une prescription met en cause les principes fondamentaux des obligations civiles placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution : CE, 13 mars 1992, Commune des Mureaux et Ministre du budget, nos115606, 117734, p. 117 ou encore CE, 27 novembre 2006, Crampon, no296018, p. 495. Le Premier ministre était donc incompétent pour édicter une telle disposition.

Ce motif, que vous avez relevé d'office, a été communiqué aux parties. Votre décision ne concernera que le médiateur des entreprises. Certes, la saisine des CCRA a le même effet interruptif et la question de la compétence du Premier ministre se pose dans les mêmes termes, mais elle n'est pas visée par les conclusions de la requête.

Cette annulation n'appelle le prononcé d'aucune mesure d'injonction, puisqu'elle rétablit par elle-même l'égalité de situation entre le médiateur des entreprises et les autres médiateurs en matière d'effet interruptif des prescriptions.

7. Nous en arrivons donc à l'examen des moyens de la requête, en tant seulement qu'ils concernent l'effet interruptif des délais de recours.

8. Les deux moyens de légalité externe reposent sur un postulat commun : la règle selon laquelle la saisine du médiateur des entreprises interrompt les délais contentieux serait constitutive d'un droit exclusif au sens des dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce selon lesquelles : « L'Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : (...) 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ». L'Ordre des avocats du barreau de Paris soutient dès lors :

- que le Premier ministre était incompétent pour instituer un droit exclusif sous forme de monopole au bénéfice du médiateur des entreprises ;

- que l'article L. 462-2 a été méconnu, le décret n'ayant pas été précédé de la consultation prévue pour préalablement à l'institution de régimes nouveaux de droits exclusifs.

Aucun de ces deux moyens ne nous semble fondé.

i) Il nous semble, en premier lieu, que nous ne sommes pas en présence de droits exclusifs, c'est-à-dire de « droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité (...) et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité » (article 2, 3 de la directive 2004/17/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004). Et cela même si un droit exclusif peut ne pas être un monopole, mais un simple avantage donné à un opérateur.

Constitue ainsi un droit exclusif au bénéfice de l'IGN, l'obligation faite à l'État et à ses établissements publics de lui fournir les données géographiques en leur possession et de recourir ensuite au « référentiel à grande échelle » constitué avec ces données : CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n°276928, p. 20 ; constitue un droit exclusif au bénéfice de l'UGAP, la dispense d'appel à la concurrence pour les collectivités qui ont recours à cette centrale pour leurs achats : CE, 27 juillet 2001, CAMIF, n°218067, p. 401.

En revanche, ne constitue pas un droit exclusif une simple priorité octroyée aux vols de l'IGN sur les autres missions cartographiques aériennes, en cas de demandes multiples présentées pour les mêmes jours sur les mêmes secteurs géographiques : CE, 21 novembre 2014, Société Imao et société Interatlas, n°368899.

Si nous revenons à la médiation, force est de constater que les parties à un marché public sont parfaitement libres de prévoir l'intervention, en cas de différend, d'un organisme de leur choix chargé d'une telle mission. Elles sont tout aussi libres de conférer un effet interruptif des délais de recours à la saisine de ce médiateur. Il s'agit d'une matière entièrement contractuelle. Le CCAG Travaux prévoit d'ailleurs de façon explicite la possibilité d'un recours aux CCRA, à la conciliation ou à l'arbitrage et précise que la saisine d'un conciliateur ou d'un arbitre suspend les délais de recours qu'il prévoit (articles 50.4 et 50.5).

Les dispositions contestées se limitent donc, sur ce point, à prévoir par la voie réglementaire un dispositif que toutes les parties peuvent décider de mettre en place, au moment de la négociation des stipulations de leur contrat. Elles n'ont donc pour effet, ni bien évidemment de réserver l'activité de médiation au médiateur des entreprises, ni même d'affecter substantiellement la capacité des entreprises privées à exercer cette activité, compte tenu du caractère très relatif de l'avantage en cause – avantage au surplus annihilé en matière de contentieux administratif par le nouvel article L. 213-6 du code de justice administrative.

ii) En second lieu, à supposer que nous soyons malgré tout en présence de droits exclusifs, il ne s'agirait pas d'un régime nouveau. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, l'interruption des délais de recours était déjà attachée à la saisine d'un CCRA avant l'intervention du décret attaqué. Celui-ci n'a fait, en définitive, qu'étendre cette règle au médiateur des entreprises.

Ainsi, le pouvoir réglementaire n'a institué aucun monopole au bénéfice du médiateur des entreprises et le moyen tiré de ce que seul le législateur aurait été compétent pour le prévoir doit donc être écarté. Et faute de droits exclusifs aussi bien que de régime nouveau, les dispositions contestées de l'article 142 n'avaient pas à être soumises à l'avis de l'ADLC.

9. Nous en venons à présent à la légalité interne. L'Ordre soutient que l'article 142 porte une atteinte excessive à la liberté du commerce et méconnaît les règles du droit de la concurrence en plaçant le médiateur des entreprises en situation d'abuser d'une position dominante.

La présente affaire n'est donc pas sans rappeler les termes du débat soumis au Conseil d'État à l'occasion de votre décision CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n°275531, p. XX. Étaient alors contestées les dispositions qui chargeaient la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), créée par le décret attaqué du 19 octobre 2004, d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. Vous avez, à cette occasion, systématisé la méthode d'examen de la légalité de l'intervention des personnes publiques sur un marché.

i) La première question à se poser est bien entendu celle de savoir si on est en présence d'une intervention sur un marché. Vous avez jugé que tel n'était pas le cas de la MAPPP, dont la mission se bornait « à mettre en oeuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité ».

Ce faisant, comme le soulignait votre rapporteur public Didier Casas, vous n'avez pas nié l'existence d'un marché des prestations de conseil juridique portant sur les contrats de partenariat. Vous avez simplement jugé que lorsque l'Etat agit dans le cadre de sa mission qui consiste à veiller au respect du principe de légalité, il ne fait pas de commerce. Autrement dit, s'il n'y a pas intervention sur ce marché, ce n'est pas parce qu'il n'existe pas de marché, mais parce que l'État se borne, en dispensant ses prestations, à y exercer les missions qui lui incombent de façon consubstantielle.

En pareil cas, les moyens tirés de la méconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence sont inopérants. Ainsi, comme le soulignait Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, n°306911, T. p. 652-644 : « certaines activités de service public sont sanctuarisées ; pour d'autres, la personne publique doit faire la preuve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence ».

Vous avez jugé par la suite que ne constitue pas une intervention sur un marché la mission de diffusion gratuite sur l'ensemble du territoire national, des informations relatives aux structures d'accueil de la petite enfance, confiée par l'État à la CNAF : CE, 28 mai 2010, Société Enfenconiance, n°328732, T. p. 664.

En revanche, vous avez répondu sur le fond aux moyens tirés de la méconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie ou du droit de la concurrence s'agissant de prestations touristiques liées au séjour de congressistes délivrées par une SEM gestionnaire d'un centre des congrès (CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n°308564, p. 240) ou d'un service téléassistance à domicile aux personnes âgées et handicapées, créé par un département (décision citée Département de la Corrèze).

ii) Une fois franchie cette étape préliminaire – intervention sur un marché ou non – le premier temps du raisonnement est le suivant : les personnes publiques qui entendent, « indépendamment des missions de service public dont elles sont investies », prendre en charge une activité économique, ne peuvent légalement le faire que dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et

du droit de la concurrence. A cet égard elles doivent « non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

La question est donc celle de la légalité de l'intervention publique dans son principe même. On retrouve ici un terrain traditionnel, qui est celui de la liberté du commerce et de l'industrie appréhendée à travers votre jurisprudence CE, Sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, GA n°41 et son critère principal, tiré de la carence de l'initiative privée, que vous appréciez souplement au vu des circonstances d'espèce.

iii) Le second temps du raisonnement ne concerne plus le principe même de l'intervention, mais ses modalités. Votre décision d'Assemblée de 2006 précise en effet que : « une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ».

Vous avez jugé dans cette veine, par exemple, qu'un établissement public ne doit pas proposer un prix pour la détermination duquel il aurait bénéficié d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public : CE, Avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n°222208, p. 492.

10. L'application de cette grille de lecture au présent litige nous conduit à vous proposer de considérer que nous ne sommes pas en présence d'une intervention sur un marché, pour les mêmes motifs que vous avez retenus dans le cas des conseils dispensés par la MAPPP.

Il n'est pas contestable que des personnes privées fournissent, à titre gratuit ou onéreux, des services de médiation, qui peuvent notamment porter sur la matière des marchés publics et s'adresser aux acheteurs et aux entreprises. Nous sommes donc bien en présence d'une activité économique s'exerçant sur un marché.

Toutefois, comme le soulignait vice-président du Conseil d'État en ouvrant, le 17 juin 2015, le colloque consacré à La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative, le renforcement des procédures amiables répond directement à « l'impératif d'une bonne administration de la justice ».

Celle-ci constitue, vous le savez, un objectif à valeur constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel fait découler de l'article 15 de la Déclaration de 1789 selon lequel « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration » (CC 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC) et que votre propre jurisprudence tire de l'article 15 mais également des articles 16 et 12 (« La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique ») de cette Déclaration (CE, 26 décembre 2013, Société Les laboratoires Servier, n°372230, T. p. 603-674-675).

Or la mise à disposition d'un médiateur des entreprises, au bénéfice de toutes les parties aux marchés publics, constitue une illustration notable du développement des modes alternatifs de règlement des litiges. A ce titre, elle s'inscrit pleinement dans l'objectif de bonne administration de la justice et participe d'un service public régalien consubstantiel à l'État.

La MAPPP se bornait à dispenser un « appui » juridique aux personnes publiques et privées, afin de favoriser le respect du

principe de légalité et n'avait aucunement pour mission de négocier les contrats en leur lieu et place.

Le médiateur des entreprises, pour sa part, ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel. Il ne tranche pas un litige comme le ferait un arbitre. Sa mission est « d'aider les parties » à « trouver une solution mutuellement acceptable » : il ne peut donc leur en imposer aucune. Il dispose simplement de la faculté de les inviter à s'entretenir en sa présence, voire de leur faire des propositions dont elles disposeront.

Nous vous proposons donc de considérer qu'à travers le dispositif institué par l'article 142 du décret, l'État se borne à remplir la mission qui est la sienne au titre du service public de la justice. L'effet interruptif qu'il prévoit nous semble un aspect consubstantiel de ce dispositif, puisque c'est lui qui assure son efficacité sur le terrain de la prévention du contentieux. Il n'est donc pas détachable du principe même de la mesure.

Quant à la gratuité des prestations du médiateur des entreprises, qui est l'autre modalité contestée par la requête, elle ne résulte pas des termes de l'article 142.

Nous vous invitons donc à juger que l'Ordre des avocats de Paris ne pouvait utilement invoquer, pour contester la légalité de ce mécanisme, les moyens tirés d'une atteinte excessive à la liberté du commerce et la méconnaissance des règles du droit de la concurrence.

11. Si vous considérez, en revanche, que nous sommes en présence d'une intervention de l'État sur un marché, vous n'aurez aucune difficulté à rejeter au fond les deux moyens.

S'agissant de la liberté du commerce et de l'industrie en effet, le dispositif de l'article 142 répond à un intérêt public pour les raisons que nous venons d'énoncer, tirées de la bonne administration de la justice. Quant à l'avantage que représenterait l'interruption des délais de recours, il ne porte aucune atteinte excessive à cette liberté compte tenu de son caractère très relatif que nous avons précédemment souligné.

S'agissant des règles du droit de la concurrence, en tout état de cause, la requête ne fait état d'aucun élément de nature à accréditer l'idée que l'État, à travers le médiateur des entreprises, serait placé dans une situation dominante et a fortiori qu'il se trouverait en mesure d'en abuser – faute notamment de détenir des droits exclusifs et faute de tout indice révélant que la gratuité pratiquée par le médiateur des entreprises exercerait un effet d'éviction à l'égard des intervenants privés sur ce marché.

12. Vous rejetterez donc les conclusions aux fins d'annulation, en tant qu'elles portent sur l'effet interruptif des délais de recours prévu par le 4ème alinéa de l'article 142 et vous rejetterez par voie de conséquence les conclusions aux fins d'injonction correspondantes.

13. Enfin, il n'y a pas lieu dans les circonstances de l'espèce de faire droit aux conclusions de la requête présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

En effet, l'annulation partielle que nous vous proposons de prononcer intervient en accueillant un moyen que vous avez soulevé d'office et non un moyen des requêtes.

PCMNC :

- à l'annulation du 4ème alinéa de l'article 142 du décret du 25 mars 2016, en tant qu'il prévoit que la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des différentes prescriptions.

- au rejet de la requête de M. Perez et au rejet du surplus des conclusions de la requête de l'Ordre des avocats de Paris.

Référence 4 : CE, 17 mars 2017, 2ème et 7ème ch., M. Perez, **Ordre des avocats de Paris, req. n°403768 n°403817**

1° Sous le n° 403768, par une requête, enregistrée le 26 septembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, M. Franck Perez demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ainsi que la décision implicite du Premier ministre de rejet de sa demande de retrait du décret ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 403817, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 27 septembre 2016 et 2 mars 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, l'Ordre des avocats de Paris demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'article 142 du même décret ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre de modifier les dispositions attaquées dans un délai de quatre mois, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son article 34 ;
- le code civil ;
- le code de commerce ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 ;
- le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 ;
- le code de justice administrative ;
- (...)

2. Considérant que M. Perez doit être regardé comme sollicitant l'annulation pour excès de pouvoir des seules dispositions de l'article 29 et du 8° du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ; que l'Ordre des avocats de Paris conteste les dispositions de l'article 142 du même décret en tant qu'elles sont relatives au médiateur des entreprises ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 29 et 30 du décret :

3. Considérant, en premier lieu, que l'article 29 du décret prévoit que ses dispositions, à l'exception des articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la première partie, ne s'appliquent pas aux marchés publics de « services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits », non plus qu'aux marchés de « services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure » ; que, toutefois, ces deux catégories de services juridiques ne sont pas au nombre de celles qui sont exclues du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics par le 10° de son article 14 ; que leur sont donc applicables les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance, aux termes desquelles : « I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à

la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » ; que l'article 29 du décret attaqué précise que la passation des marchés de services juridiques entrant dans l'une ou l'autre de ces deux catégories est soumise à une obligation de publicité et de mise en concurrence, et que, s'il appartient à l'acheteur d'en définir librement les modalités, celles-ci doivent être déterminées en fonction du montant et des caractéristiques du marché ; que, par suite, M. Perez n'est pas fondé à soutenir que l'article 29 exonérerait les marchés en cause du respect des règles générales rappelées à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;

4. Considérant, en second lieu, qu'en vertu des dispositions du 8° du I de l'article 30 du décret attaqué, les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable ; que, d'une part, cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidature ; que la définition d'un seuil portant sur la valeur estimée du besoin constitue un critère objectif de nature à renforcer la sécurité juridique de la passation du marché pour l'acheteur et le candidat ; que, d'autre part, en précisant que, pour les marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence en application du 8° du I de l'article 30, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin, les dispositions attaquées prévoient des garanties encadrant l'usage de cette possibilité ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des conclusions de la requête, le moyen tiré de ce que les dispositions attaquées auraient méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 142 du décret :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 142 du décret attaqué : « En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret (...). / Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. / La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité (...) » ;

6. Considérant que l'Ordre des avocats de Paris soutient que ces dispositions sont illégales en tant qu'elles concernent le médiateur des entreprises, au motif qu'elles instituent à son seul bénéfice un régime juridique nouveau, dont sont exclues les autres personnes exerçant une activité de médiation ;

En ce qui concerne la compétence du Premier ministre pour édicter des règles relatives à l'interruption de délais de prescription :

7. Considérant que les dispositions de l'article 142 instituent un régime de prescription pour l'action en paiement d'une créance pour les entreprises qui saisissent le médiateur des entreprises ou un comité consultatif de règlement amiable ; que qu'il résulte toutefois de l'article 34 de la Constitution qu'il n'appartient qu'au législateur de déterminer les principes fondamentaux des obligations civiles, au nombre desquels figure la fixation d'un délai de prescription pour l'action en paiement d'une créance ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner sur ce point les moyens de la requête, l'article 142 du décret du 25 mars 2016 est entaché d'illégalité en tant qu'il dispose que la saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions ; que, toutefois, eu égard à la portée des conclusions de la requête, il n'y a lieu d'annuler ces dispositions qu'en tant qu'elles sont relatives à la saisine du médiateur des entreprises ;

En ce qui concerne les moyens de la requête :

8. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 462-2 du code de commerce : « *L'Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : (...) 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones* » ; que l'Ordre des avocats de Paris soutient que la règle selon laquelle la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des délais contentieux est constitutive d'un droit exclusif au sens de ces dispositions ; que, toutefois, il est loisible aux parties à un marché public de prévoir l'intervention, préalablement à la saisine du juge, en cas de différend, d'un organisme chargé d'une mission de conciliation et de médiation et qu'elles peuvent ainsi, si elles le souhaitent, donner un effet interruptif des délais de recours à la saisine du médiateur de leur choix ; qu'au surplus, un tel effet était déjà attaché de plein droit, avant l'intervention du décret contesté, à la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends, organisme également placé auprès du ministre chargé de l'économie, les dispositions en cause se bornant à étendre cette règle au médiateur des entreprises ; qu'elles ne peuvent être regardées comme ayant pour objet ou pour effet d'instituer un « régime nouveau » établissant un droit exclusif au sens des dispositions précitées du code de commerce ; qu'elles n'avaient pas, par suite, à être soumises à l'avis de l'Autorité de la concurrence ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions attaquées, contrairement à ce que soutient l'Ordre des avocats de Paris, n'instituent aucunement un monopole au profit du médiateur des entreprises, les cocontractants d'un marché public demeurant libres de recourir au médiateur de leur choix ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que seul le législateur aurait été compétent pour prévoir l'intervention du médiateur des entreprises ne peut qu'être écarté ;

10. Considérant, en troisième lieu, que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par

rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

11. Considérant que le médiateur des entreprises, service du ministère de l'économie et des finances, a pour objet de proposer gratuitement à tous les acheteurs et à toutes les entreprises, quelles que soient leurs ressources, et donc notamment à ceux disposant de moyens limités, un processus organisé afin de parvenir, avec son aide, à la résolution amiable de leurs différends ; qu'en donnant aux acheteurs et aux entreprises la possibilité de recourir au service du médiateur des entreprises, l'article 142 du décret attaqué s'est borné à mettre en œuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de développer les modes alternatifs de règlement des litiges, corollaire d'une bonne administration de la justice ; qu'en outre, comme il a été dit au point 9, les dispositions en cause n'instituent aucunement un monopole au profit du médiateur des entreprises ; qu'ainsi, aucune des attributions confiées au médiateur des entreprises n'emporte intervention sur un marché ; que par suite, les dispositions de l'article 142 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il n'y a lieu d'annuler le décret du 25 mars 2016 qu'en tant seulement qu'il dispose que la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des différentes prescriptions ; que, par suite, les conclusions de la requête de M. Perez et le surplus des conclusions de la requête de l'ordre des avocats de Paris, y compris ses conclusions aux fins d'injonction, doivent être rejetés ;

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 novembre 2016, Ass., Société Foxmax LNG

Si l'affaire qui vient d'être appelée a été portée devant votre Assemblée du contentieux, c'est qu'elle vous conduira à rien de moins qu'à écrire un nouveau chapitre du contentieux administratif, consacré au contrôle juridictionnel des sentences arbitrales internationales.

Quelques mots pour commencer sur les faits du litige.

Le 17 mai 2004, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a conclu avec le groupement momentané d'entreprises solidaire STS, composé des sociétés Sofregaz, SN technigaz et Saipem, un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier de réception à Fos-sur-Mer, pour un montant de plus de 362 millions d'euros. Les travaux ont commencé le mois suivant. A peine plus d'un an plus tard, Gaz de France, que la loi du 9 août 2004 avait entre temps transformé en société anonyme, a transféré le contrat à l'une de ses filiales, la société du terminal méthanier de Fos Cavaou, qui deviendra la sté Fosmax LNG, société par actions simplifiée. Le 25 janvier 2008, la société Tecnimont SpA, de droit italien, est entrée dans le groupement. Au début de l'année 2010, alors que la date d'achèvement des travaux, initialement fixée au mois de septembre 2008, était largement dépassée, le groupement attributaire a exigé un supplément de prix pour poursuivre les travaux. La société Fosmax l'a refusé et a décidé de confier les travaux à d'autres entreprises aux frais du titulaire. La réception opérationnelle de l'ouvrage a eu lieu le 31 mars 2010, avec de nombreuses réserves.

Dès le mois de juillet 2010, des différends sont apparus entre les parties quant à leurs responsabilités respectives dans les préjudices qu'elles estimaient avoir subis lors l'exécution de ce marché. Le 11 juillet 2011, elles ont conclu une convention d'arbitrage sous la forme d'un avenant au contrat, aux termes de

laquelle « Tout différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci sera tranché définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie internationale en vigueur à la date des présentes par trois arbitres nommés conformément à ce règlement. / L'arbitrage sera conduit en langue française, le lieu de l'arbitrage sera Paris (France) et le droit applicable au fond du litige sera le droit français y compris le cas échéant les dispositions du droit administratif français. / Les parties reconnaissent expressément le caractère international de l'arbitrage eu égard aux mouvements transfrontaliers de fonds, biens, services et personnes qui sont intervenus dans le cadre de l'exécution du contrat. »

La médiation prévue par le contrat ayant échoué, la société Fosmax a engagé au mois de janvier 2012 la procédure d'arbitrage en saisissant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale aux fins de constitution du tribunal arbitral, auquel elle a ensuite présenté une demande tendant à obtenir la condamnation du groupement d'entreprises à lui verser une somme d'environ 263 millions d'euros. Le groupement d'entreprises a quant à lui présenté des conclusions reconventionnelles contre le maître d'ouvrage d'un montant d'environ 281 millions d'euros. Les trois arbitres ont rendu leur sentence le 13 février 2015. Celle-ci condamne STS à payer à Fosmax presque 69 millions d'euros et Fosmax à payer à STS un peu plus de 128 millions d'euros.

La société Fosmax vous a seule saisie de conclusions tendant à titre principal à l'annulation de cette sentence en tant qu'elle l'a condamnée à payer au groupement STS une somme de près de 88 millions d'euros, d'autre part qu'elle a rejeté sa demande tendant à la condamnation de ce groupement à lui verser une somme de plus de 36 millions d'euros au titre du remboursement des travaux exécutés aux frais et risques de ce dernier. Elle conclut néanmoins à titre subsidiaire à l'annulation totale de la sentence et, dans tous les cas, au renvoi de l'affaire devant un tribunal arbitral. Les sociétés membres du groupement concluent quant à elles au rejet de la requête.

Vous écarterez sans difficulté leur fin de non recevoir tirée de ce qu'en exécutant la sentence, la société Fosmax aurait manifesté son accord avec elle et renoncé à la contester. Bien qu'elle émane d'une juridiction privée d'origine conventionnelle, la sentence arbitrale est de nature juridictionnelle, ce qui lui confère l'autorité de la chose jugée relativement à la question qu'elle tranche, selon les termes de l'article 1484 du code de procédure civile. Vous lui avez toujours reconnue cette nature, dont découle cette autorité, soit expressément (20 juin 2012, Min du budget c/ Lavanant, n° 345120, T. p. 729) soit en affirmant votre compétence pour en connaître en qualité de juridiction d'appel (Ass, 4 janv 1957, Lamborot, p. 12 et les autres décisions citées plus loin). La Cour européenne des droits de l'Homme voit aussi dans le tribunal arbitral un « tribunal établi par la loi » au sens de l'article 6 § 1 de la CESDH et juge en conséquence que la sentence doit être traitée et exécutée comme l'équivalent d'une décision judiciaire (CEDH, 3 avril 2008, Regent Cie c/ Ukraine, n° 773/03). L'exécution d'une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée, qu'elle émane d'une juridiction étatique ou arbitrale, ne saurait exprimer aucun acquiescement à son contenu ni renonciation à exercer les recours ouverts à son encontre.

L'arbitrabilité du litige ne faisant aucun doute, comme nous le verrons, vous devrez examiner les moyens de la requête de la société Fosmax, qui portent à la fois sur la régularité et le contenu de la sentence. Contrairement au juge judiciaire qui pratique ce contentieux depuis longtemps, sur la base de dispositions du code de procédure civile, ce sera pour vous une première et il vous faudra, en l'absence de dispositions du code de justice administrative, définir préalablement les modalités, le contenu, l'intensité et les effets de votre contrôle des sentences arbitrales,

en l'occurrence internationales. Nous pensons que vous devrez le faire aussi précisément que possible afin d'offrir aux acteurs des relations commerciales internationales la sécurité juridique dont ils ont besoin.

Ces règles rejoindront l'édifice du contentieux français de l'arbitrage, dont il nous faut commencer par décrire les grands traits afin de vous donner la mesure de la place qu'elles y occuperont et parce que vous ne sauriez, au moment de le compléter, ne pas vous préoccuper de sa cohérence d'ensemble.

Les relations entre la justice arbitrale et la justice étatique sont animées de forces contradictoires. D'un côté, la justice arbitrale, qui n'existe que par la volonté de personnes de se soustraire à la justice étatique en confiant le règlement de leur différend à une ou plusieurs personnes privées, tend à se détacher de l'État et des institutions juridictionnelles qui en sont une composante. Cette tendance est logiquement plus marquée dans les relations internationales.

D'un autre côté, cette justice privée, parce qu'elle est une justice privée, est ontologiquement incomplète. Si elle est dotée de la capacité de juger, elle est dépourvue de l'imperium que la justice publique tire de son rattachement à l'État. Les parties qui font le choix de soumettre leur litige à un règlement arbitral pourront donc avoir besoin de recourir à la justice étatique pour qu'elle confère à leur sentence cet imperium qui lui manque et sans lequel elles ne peuvent bénéficier des moyens que l'État met à la disposition des justiciables pour obtenir l'exécution des décisions de justice. Toute sentence arbitrale, rendue à l'étranger ou en France, doit ainsi obtenir l'exequatur d'une juridiction étatique française pour pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée.

Mais les juridictions étatiques offrent aux parties s'étant soumises à l'arbitrage davantage de "services" : d'abord, elles leurs proposent leur appui au cours de la constitution du tribunal arbitral. Ce rôle « d'institution d'arbitrage chargée d'organiser l'arbitrage » témoigne de la faveur que les États accordent à l'arbitrage sur leur sol. Ensuite, elles ouvrent aux parties la possibilité de contester devant elles la sentence arbitrale. Ces deux dernières compétences ne s'exercent qu'à l'égard des procédures d'arbitrage se déroulant sur le territoire de l'État dont les juridictions étatiques relèvent. En effet, ces dernières ne sont pas compétentes pour connaître des décisions de justice étrangères. Elles ne peuvent donc appréhender une sentence rendue à l'étranger qu'à l'occasion d'une demande tendant à son exequatur (voyez notamment, en ce qui concerne les juridictions administratives françaises, votre décision Syndicat mixte des aéroports de Charente du 19 avril 2013, n° 352750, au Recueil, et, en ce qui concerne la juridiction judiciaire : Civ 1ère, 12 octobre 2011, n° 11-11058, au bull).

Ces compétences des juridictions étatiques en matière d'arbitrage ont vocation à être exercées en France par les deux ordres de juridiction, selon un critère de répartition qui a récemment évolué.

Pendant longtemps, ce critère était celui de la juridiction compétente pour connaître du contrat ayant donné lieu à l'arbitrage (TC 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des Architectes Français, p. 639). Il était fondé sur l'idée que l'arbitrage n'était « qu'un mode particulier de règlement juridictionnel des litiges (qui) n'a ni pour objet ni pour effet de modifier la nature des litiges qui demeurent ce qu'ils sont et ne cessent pas d'être régis par les règles juridiques qui leur sont applicables [...] ». Il s'appliquait pour les arbitrages internes comme pour les arbitrages internationaux (TC, 19 mai 1958, Société Myrtoon Steamship, p. 793).

Il convient ici d'ouvrir une parenthèse pour rappeler les termes de cette distinction entre arbitrage interne et arbitrage international qui, en droit français, détermine tant la compétence

juridictionnelle pour connaître de la sentence que le régime contentieux applicable aux recours et le champ d'application des conventions internationales relatives à l'arbitrage. Elle est ancienne et correspond aujourd'hui aux deux titres qui divisent le Livre IV du code de procédure civile consacré à l'arbitrage, même si leurs régimes juridiques tendent de plus en plus à se rapprocher, au point qu'un certain nombre d'auteurs en contestent la pertinence. Quelques États européens l'ont d'ailleurs abandonné, ne distinguant qu'entre les sentences nationales et étrangères. Elle permet cependant d'appréhender deux pratiques bien différentes de l'arbitrage, qui peuvent expliquer le choix des États de ne pas les traiter exactement de la même manière. Disons simplement, à ce stade, que le recours à l'arbitrage dans les relations internationales représente une solution à l'absence de juridictions internationales publiques susceptibles d'accueillir les différends auxquels elles donnent lieu, alors que les juridictions nationales sont naturellement compétentes pour connaître des relations juridiques purement internes. Certes, les parties à un contrat international peuvent toujours saisir des juridictions nationales susceptibles d'être compétentes à un titre ou à un autre. Mais, d'une part, elles peuvent ne pas vouloir se soumettre au droit et/ou aux juridictions de l'une d'entre elles. D'autre part, il existe toujours une incertitude, en l'absence de prévision contractuelle, sur la juridiction compétente et sur le droit qu'elle appliquera, la détermination du droit applicable à une relation juridique internationale n'étant jamais simple ; il suffit d'ouvrir un ouvrage de droit international privé pour s'en convaincre. Dans les relations internationales, le recours à l'arbitrage permet donc aux parties de fixer à l'avance le cadre procédural et normatif de leurs relations contractuelles, dans un souci de sécurité juridique et de neutralité. Cela explique le succès de l'arbitrage dans les relations commerciales internationales et le fait que les parties fixent le plus souvent la loi applicable au litige. Il est ainsi exceptionnel qu'elles donnent aux arbitres une mission d'amiable composition.

Le critère de l'internationalité de l'arbitrage est exclusivement fondé sur les effets économiques de l'opération litigieuse, indépendamment des éléments juridiques d'extranéité du contrat comme la nationalité des parties ou le lieu de leur établissement, même si, en pratique, le plus souvent, ces éléments d'extranéité impliqueront des effets économiques internationaux. Il est aujourd'hui formulé par l'article 1504 du code de procédure civile aux termes duquel : "est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international". La Cour de cassation l'interprète depuis les années 1930 comme conférant un caractère international à toute opération impliquant, selon la formule de son avocat général Paul Matter, "un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières" (conclusions sur Civ, 17 mai 1927, Pelissier du Besset ; Civ, 14 février 1934, Banque hypothécaire franco-argentine). Le terme de commerce ne fait pas référence aux relations commerciales internes du code de commerce mais doit s'entendre au sens large d'opération économique. Enfin, le lieu de l'arbitrage, qui permet de distinguer les sentences nationales des sentences étrangères, est également sans incidence sur cette qualification.

Le Tribunal des conflits a adopté ce critère dégagé par la jurisprudence judiciaire dans l'application qu'il fait de la règle de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction qu'il a posée par son importante décision Inserm du 17 mai 2010 (n° 3754, au rec ; également : TC, 11 avril 2016, Société Fosmax LNG c/ Société TCM FR, Tecnimont et Saipem, n° 4043); il ne nous paraît dès lors pas concevable que vous puissiez en retenir un autre.

Outre le régime contentieux de l'arbitrage, la distinction entre arbitrage interne et international est désormais un élément déterminant de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des sentences arbitrales. En effet, par cette décision

Inserm, le Tribunal des conflits a réduit le champ de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des arbitrages internationaux en jugeant qu'en principe "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, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires". Le Tribunal des conflits substitue ainsi, en ce qui concerne l'arbitrage international, au critère de la nature du contrat un critère tiré de son internationalité, qui institue au profit du juge judiciaire une compétence de principe en matière d'arbitrage international, y compris pour les contrats administratifs. Mais ce principe est assorti d'une exception concernant les recours dirigés "contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, [qui] impliquent le 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". La décision Fosmax rendue le 11 avril 2016 dans le cadre du présent recours a légèrement modifié cette rédaction en supprimant l'énumération des contrats de la commande publique. Il ressort de ces décisions que si vous demeurez compétents pour connaître de toutes les sentences arbitrales internes dès lors qu'elles règlent un litige administratif (voyez, pour une application postérieure à la décision Inserm, la décision du TC du 16 novembre 2015, sté Broadband Pacific c/ Administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, n° 4025, relatif à une sentence portant sur la réparation des conséquences dommageables d'un acte administratif), vous n'êtes compétents pour connaître que des sentences arbitrales internationales rendues dans des litiges nés de l'exécution ou de la rupture de contrats administratifs de la commande publique ou relatifs à l'occupation du domaine public.

La plupart des commentateurs ont relevé à juste titre que le champ de cette exception couvrait en pratique la plupart des contrats administratifs internationaux susceptibles de donner lieu à des arbitrages, à savoir les contrats publics d'affaires. La plupart, mais pas tous : l'affaire Inserm, qui concernait une offre de concours entre un établissement public à caractère scientifique et une personne morale de droit norvégien, en fournit un contre exemple. On peut également citer les litiges relatifs à la restitution des biens culturels, qui sont arbitrables (art 24 de la loi du 3 août 1995), qui peuvent être internationaux mais ne relever ni de l'achat public, ni de l'occupation domaniale.

Quantitativement, les arbitrages internationaux concernant des personnes publiques ne représentent qu'une petite partie des arbitrages internationaux. Pour s'en tenir aux procédures d'arbitrages se déroulant en France sous l'égide de la cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, une personne publique, toutes nationalités confondues, n'était impliquée que dans 13 % des affaires (sur un total d'environ 800) en 2015.

S'agissant plus précisément de ceux relevant de la compétence de la juridiction administrative, le nombre est encore plus faible. D'une part, le principe demeure l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage et il apparaît largement

respecté. Lorsqu'il ne l'est pas, vous serez compétents pour connaître de la sentence mais vous n'aurez pas l'occasion d'un contrôle de sa régularité ni du fond. D'autre part, les dérogations au principe de l'interdiction de l'arbitrage ne couvrent qu'une petite partie de la commande publique et de l'occupation domaniale.

L'exception la plus générale est aujourd'hui celle qui permet le recours à l'arbitrage dans les marchés de partenariat, lesquels peuvent comporter des dispositions relatives à l'occupation du domaine public. Elle résulte de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui autorise les acheteurs "à recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile". Malgré la regrettable ambiguïté que comporte cette rédaction, qui pourrait laisser entendre que ce renvoi au code de procédure civile rend applicables aux arbitrages des marchés de partenariat toutes les dispositions du code de procédure civile, y compris celles relatives à la compétence de la cour d'appel⁶, nous pensons que sa portée est limitée à l'application des règles qui organisent la procédure arbitrale. Une portée plus large n'a tout d'abord jamais été donnée à la loi de finances de 1906, qui comportait un renvoi dans les mêmes termes. Ensuite et surtout, le renvoi à des dispositions d'un code de procédure ne saurait à notre avis avoir pour objet ni pour effet de modifier la répartition des compétences juridictionnelles, que ce code n'a pas pour objet de traiter. La répartition des compétences juridictionnelles doit faire l'objet de dispositions législatives expresses et ne saurait découler du renvoi à un code, qui plus est de nature réglementaire, comportant une règle fixant la compétence d'une juridiction au sein du seul ordre juridictionnel auquel ce code s'applique. Or il ne fait aucun doute que les auteurs de l'ordonnance de 2015 n'ont à aucun moment songé à bouleverser la répartition des compétences issue de la jurisprudence Inserm en privant la juridiction administrative du principal champ d'application légal de l'arbitrage dont elle pourrait avoir à connaître.

La voie de l'arbitrage est également ouverte par la loi aux établissements à caractère scientifique et technologique et aux établissements publics d'enseignement supérieur dans le cadre de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers (art L. 321-4 du code de la recherche) ainsi qu'aux chambres de commerce et d'industrie (art L. 710-1 du code de commerce).

L'article 2060 du code civil habilite le pouvoir réglementaire à autoriser des catégories d'établissements publics à compromettre. La plupart de ceux qui l'ont été ont soit disparu (Charbonnages de France), soit sont devenus des sociétés de droit privé (EDF-GDF; La Poste). Il reste néanmoins les trois établissements publics SNCF et d'autres pourront être autorisés. Deux décrets de juillet et août 2010 ont ainsi respectivement ouvert le recours à l'arbitrage à deux grands établissements publics d'aménagement susceptibles de passer des contrats portant commande publique ou occupation domaniale : l'établissement public d'aménagement de La Défense Seine Arche et l'établissement public de Paris Saclay.

Enfin, l'autorisation de recourir à l'arbitrage peut résulter d'habilitations législatives ponctuelles, parfois assez générales, comme la loi du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016, qui vise les marchés publics passés pour la réalisation d'ouvrages en vue de cette compétition, ou de conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, dont la plus connue est la convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961 qui stipule que, pour les opérations de commerce international entre ressortissants des États contractants, "les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage" (art II).

D'un point de vue pratique, il apparaît que les personnes publiques recourent peu à l'arbitrage, même lorsqu'elles y sont légalement habilitées. Cela peut cependant évoluer : la commande publique, sous l'influence du droit de l'Union européenne, s'internationalise et l'habitude des entreprises évoluant hors de leurs frontières d'introduire des clauses compromissaires est tellement répandue qu'elle ne peut manquer d'atteindre aussi les contrats de commande publique. La recrudescence des contentieux administratifs d'arbitrage ces dernières années, presque aussi nombreux qu'au cours du demi-siècle précédent et le fait que vous n'êtes qu'aujourd'hui confrontés à la détermination des termes d'un contrôle de la sentence que vous n'avez jamais eu à exercer auparavant, est probablement le signe d'une telle évolution.

La compétence de la juridiction administrative résultant de la décision Inserm devrait porter sur toutes les sentences ainsi définies, quel que soit le droit qui leur est applicable, puisqu'en l'absence de disposition législative contraire, rien n'interdit aux parties de choisir une autre loi que la loi française pour régler leur litige. Le lieu où se déroule la procédure d'arbitrage ne détermine pas le droit applicable au litige. La juridiction judiciaire française connaît ainsi des recours en annulation contre des sentences rendues en France mais ne faisant pas application du droit français, les parties, le plus souvent parce qu'elles n'ont aucun lien avec la France, ayant décidé de soumettre la résolution de leur différend à un droit étranger et n'ayant choisi la France comme siège de l'arbitrage que pour la qualité des institutions d'arbitrage qui s'y trouvent. S'agissant de votre compétence, le choix par des personnes morales de droit public d'un droit étranger relève du cas d'école, ne serait-ce que parce que les textes qui les autorisent à compromettre prévoient en général l'application de la loi française. Mais dans une telle hypothèse, il nous semble que vous demeurerez compétents pour connaître de la sentence et par conséquent pour contrôler le respect des règles d'ordre public, alors même qu'en règle générale vous ne vous reconnaissez pas compétent pour connaître d'un contrat entièrement régi par une loi étrangère (Section, 19 novembre 1999, Tegos, p. 356, RFDA 2000, p. 833, concl. J. Arrighi de Casanova ; TC, 22 octobre 2001, Mmes Issa et Le Gouy, p. 752).

Précisons enfin pour lever un doute que la motivation de la décision Inserm avait pu faire naître chez certains lecteurs, que votre compétence tient à l'objet du contrat - commande publique ou occupation domaniale - et non aux moyens qui pourraient être invoqués, la référence au contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à ces contrats étant, comme nous allons le voir, la justification de votre compétence et non un critère de son périmètre.

Ainsi définie, la compétence de la juridiction administrative pour connaître des recours contre ces sentences arbitrales devrait logiquement s'étendre aux demandes d'exequatur de sentences relatives à l'exécution de ces mêmes contrats, puisque, comme nous vous le démontrerons dans quelques instants, les recours portant directement sur la sentence ou tendant à son exequatur convergent procéduralement et doivent donner lieu au même contrôle de la sentence. Vous l'avez affirmé dans une décision Syndicat mixte des aéroports de la Charente du 19 avril 2013 (n° 352750, au rec) en indiquant, à propos d'un contrat administratif relatif à la commande publique, que "quel que soit le siège de la juridiction arbitrale qui a statué sur un litige né d'un tel contrat, le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tendant à l'exequatur de la sentence, dont l'exécution forcée ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public".

Ce n'est pourtant pas la position de la Cour de cassation qui, postérieurement à votre décision et dans le même litige, a jugé que la demande d'exequatur devait être présentée à la juridiction

judiciaire (Civ 1ere, 8 juillet 2015, Sté Ryanair, n° 13-25846, au Bull), au motif que la convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 "interdit toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales ainsi que toute révision au fond". Cette justification peut surprendre car elle aurait plutôt dû conduire la Cour à appliquer à la sentence étrangère le même critère de compétence que celui applicable à la sentence nationale, votre jurisprudence n'ayant par ailleurs jusqu'à présent jamais révisé au fond une sentence arbitrale internationale. La question vous est aujourd'hui posée et la solution que nous vous proposerons devrait faire mentir, sur ce point, cet arrêt qui, en l'état, créé une situation potentielle de conflits positifs qu'il serait souhaitable que le Tribunal des conflits puisse trancher le plus tôt possible.

Quoi qu'il en soit, le présent litige s'inscrit bien dans le champ de la compétence de la juridiction administrative résultant de la décision Inserm, ainsi que cela ressort de la décision Fosmax précitée par laquelle le Tribunal des conflits l'a expressément attribué à la juridiction administrative. Il l'a fait par application du critère issu de la décision Inserm, en jugeant que le contrat, malgré la cession dont il avait fait l'objet à une personne privée, n'avait pas perdu son caractère administratif, qu'il relevait de la commande publique et en estimant implicitement mais nécessairement que le litige mettait en jeu les intérêts du commerce international. Et, de fait, la présence parmi les membres du groupement d'une société de droit italien impliquera un flux financier transfrontalier.

Vous pourrez donc considérer comme acquis ces éléments qui déterminent votre compétence et le champ des principes que vous allez dégager, qui s'appliqueront au contrôle par la juridiction administrative des sentences arbitrales internationales rendues dans des litiges mettant en jeu les intérêts du commerce international relatifs à l'exécution de contrats de la commande publique ou portant occupation du domaine public.

S'il occupe un champ relativement étroit, le droit public de l'arbitrage international qu'il vous revient à présent de commencer à élaborer n'en est pas pour autant isolé.

Il est tout d'abord soumis au respect des conventions internationales en matière d'arbitrage auxquelles la France est partie¹⁰. La plus importante est la convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, du 10 juin 1958, que nous avons déjà évoquée. Véritable charte fondamentale de l'arbitrage international, négociée dans le cadre de l'ONU, elle a été ratifiée par plus de 150 États, dont tous les États d'Europe. Elle n'est certes pas directement applicable aux recours formés dans les États parties contre les sentences arbitrales rendues sur leur territoire, puisqu'elle ne régit que la reconnaissance et l'exequatur des sentences étrangères. Mais le contrôle effectué à l'occasion d'un recours en annulation d'une sentence rendue en France doit être de mêmes nature, contenu et intensité que le contrôle effectué à l'occasion d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence étrangère. Car rien n'est plus contingent que le choix du siège du tribunal arbitral, qui ne dépend que de la volonté des parties. Un contrôle plus approfondi sur la sentence rendue en France que sur celle rendue à l'étranger inciterait simplement les parties à déplacer le siège de leur tribunal arbitral hors du territoire national. L'article 1525 du code de procédure civile français prévoit ainsi les mêmes motifs d'annulation de la sentence et de refus de son exequatur.

La convention européenne sur l'arbitrage commercial international de Genève du 21 avril 1961 s'inscrit dans le prolongement de la convention de New-York, à laquelle elle renvoie parfois, notamment s'agissant des motifs que les États parties peuvent

invoquer pour prononcer l'annulation de la sentence. Son champ d'application régional est plus réduit, puisqu'elle a été ratifiée par 25 pays européens, dont la France, mais son objet est plus large puisqu'elle concerne toute la procédure arbitrale.

Ce droit public que vous allez définir ne peut ensuite ignorer le droit existant de l'arbitrage international privé qu'il a vocation à compléter. Ce droit est constitué d'un ensemble cohérent de dispositions procédurales de nature réglementaire qui composent le Titre II du Livre IV du code de procédure civile, qui a fait l'objet d'une importante réforme en 2011 et d'une jurisprudence fournie de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris.

Le code de procédure civile n'est bien entendu pas applicable aux litiges portés devant les juridictions administratives. Toutefois, en l'absence de toute disposition applicable aux recours en matière d'arbitrage portés devant les juridictions administratives, il nous semble que vous pourrez utilement vous en inspirer, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que le droit privé de l'arbitrage international représente aujourd'hui le droit commun, la juridiction judiciaire exerçant désormais, depuis l'arrêt Inserm, une compétence de principe pour connaître des sentences arbitrales internationales qui s'étend aux autres contrats administratifs que ceux de la commande publique ou de l'occupation domaniale.

Ensuite, parce que, s'il n'est pas transposable tel quel et nécessite des adaptations aux spécificités de votre contrôle, la méthode consistant à élaborer un droit spécial à partir d'un socle commun dont il ne convient de s'écarter qu'en tant que de besoin vous est habituelle. Vous l'avez suivie de manière générale pour déterminer les règles applicables aux personnes publiques, après avoir été investi par l'arrêt Blanco d'une compétence pour connaître de leurs litiges. Il serait évidemment trop long d'en faire la démonstration, d'autant qu'elle vous est bien connue. Le droit des contrats fourmille d'exemples de régimes juridiques puisant leur source dans le code civil, directement ou indirectement par l'intermédiaire des principes généraux du droit (notion de contrat ; vices du consentement ; responsabilités quasi-contractuelles et post-contractuelles ; etc.).

Dans le domaine des transactions en particulier qui, par certains aspects, se rapproche de l'arbitrage, vous avez, comme le rappelait Gilles Le Chatelier dans ses conclusions sur l'avis d'Assemblée du 6 décembre 2002 "Syndicat intercommunal des établissements du 2nd cycle du 2nd degré du district de l'Haÿ-les-Roses" (n° 249153), "été conduits à définir un régime de la transaction administrative qui emprunte sur de nombreux points à celui mis en œuvre par les juridictions judiciaires sur la base du code civil", tout en s'en éloignant lorsque cela apparaissait nécessaire, par exemple en exerçant sur le fond des transactions un contrôle plus approfondi que le juge judiciaire. Ce que nous allons vous inviter à faire en matière d'arbitrage ne sera pas si différent.

Le législateur lui-même procède souvent de la sorte, notamment pour deux des dérogations les plus générales à l'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques qu'il a instituées. L'ancien article 128 du code des marchés publics, issu de la loi de finances du 17 avril 1906, autorisait l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, "à recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile" "pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures". Plus récemment, nous l'avons vu, l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics permet le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, en renvoyant au code de procédure civile dans les mêmes termes, c'est à dire de manière très générale. La circonstance que le législateur ait rendu les dispositions du code de procédure civile applicables aux

principaux litiges arbitrables dont le juge administratif peut avoir à connaître incite à ne pas s'en éloigner sans justification valable au moment de définir les règles applicables en l'absence de texte.

L'Assemblée générale du Conseil d'État a également suivi cette méthode pour imaginer un régime administratif de l'arbitrage dans son étude "Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative", adoptée le 4 février 1993. On peut ainsi y lire qu'"il y a lieu de transposer les dispositions du nouveau code de procédure civile relatives à l'arbitrage pour les adapter en tant que de besoin aux problèmes spécifiques de l'arbitrage administratif" (p. 95). La même approche a guidée les membres du groupe de travail sur l'arbitrage présidé par le président Labetoulle, qui a remis son rapport le 13 mars 2007.

Cette méthode nous semble enfin la mieux à même de garantir qu'une fois les principes de votre contrôle posés, le droit français de l'arbitrage international apparaisse comme un droit lisible et cohérent qui intègre harmonieusement les spécificités des différents contrats auquel il peut s'appliquer. Cette cohérence ne vise pas seulement à satisfaire les faiseurs de systèmes; elle est aussi un gage de sécurité juridique ; elle a enfin son importance dans la réputation internationale du droit français et dans l'attractivité de la France comme siège d'arbitrages internationaux.

Le cadre juridique des principes que vous êtes appelés à dégager et la méthode pour y procéder étant ainsi précisés, nous pouvons aborder le vif du sujet, à savoir les modalités, le contenu et les effets de votre contrôle sur les sentences arbitrales internationales qui relèvent de la compétence de la juridiction administrative. Mais, contrairement à l'ordre habituel d'examen des questions contentieuses, nous commencerons par définir le contenu et les effets du contrôle avant de traiter de la nature et des modalités du recours, qui en dépendent étroitement.

Plutôt que d'essayer de bâtir une théorie générale du recours contre les sentences arbitrales internationales de droit public, nous allons procéder par cas d'ouverture du contrôle, comme le fait le code de procédure civile aux articles 1492 pour les sentences internes et 1520 pour les sentences internationales, afin de déterminer aussi précisément que possible quels éléments de la sentence arbitrale internationale nous semblent devoir être soumis à votre contrôle, par quels moyens et avec quelle intensité.

Le premier point que vous devrez vérifier, à notre avis systématiquement, est l'arbitrabilité du litige. Vous vous démarquerez sur ce point nettement de l'état actuel de la jurisprudence judiciaire.

L'article 1520 du code de procédure civile, pas plus d'ailleurs que l'article 1492, ne le mentionnent expressément, alors que les dispositions du code civil qui encadrent le recours à l'arbitrage s'appliquent également aux personnes privées. Ces dispositions sont celles des articles 2059, 2060 et 2061. Le premier n'ouvre aux personnes la possibilité de compromettre que sur les droits dont elles ont la libre disposition. Le deuxième interdit de compromettre "sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public". Le troisième concerne plus particulièrement une modalité de recours à l'arbitrage qui était longtemps interdite en principe en autorisant l'insertion de clauses compromissoires dans les "contrats conclus en raison d'une activité professionnelle", sauf dispositions législatives contraires.

Alors qu'il semble contrôler, dans une certaine mesure, la validité des conventions arbitrales internes au regard de ces dispositions, le juge judiciaire a abandonné, à partir des 1960, tout contrôle de

l'arbitrabilité organique du litige international, au motif que "si la prohibition résultant des articles 83 et 1004 de l'ancien code de procédure civile (repris dans l'article 2060 du code civil) est d'ordre public interne, elle n'est pas d'ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu'un établissement public soumette, comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu'il passe, à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire, lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international » (Cass. 1ère civ., 14 avril 1964 Onic c/San Carlo : Bull. civ. I, n° 188 ; Cass. 1ère civ., 2 mai 1966 Trésor public c/ Galakis : Bull. civ. I, n° 256). Le juge judiciaire se réserve toutefois la possibilité d'annuler une sentence arbitrale, y compris internationale, rendue dans un litige qui n'était manifestement pas arbitrable, tel que l'état des personnes ou le droit du travail ou de connaître en premier ressort d'un différend que les parties avaient voué à l'arbitrage, par dérogation au principe selon lequel il revient d'abord au tribunal arbitral de se prononcer sur sa compétence (principe de compétence compétence) lorsque la clause d'arbitrage est manifestement inapplicable en raison de sa contrariété à l'ordre public (Civ 1ere, 6 juil 2016, Sté Apple distribution, n° 15-21811, s'agissant d'un recours à l'arbitrage qui avait pour effet de priver le ministre de l'économie de sa faculté de saisir le juge pour qu'il prononce des amendes, faculté qui lui a été attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique). Ces exemples montrent que ce sont principalement les interdictions organiques de compromettre posées par l'article 2060, qui concernent les personnes publiques, dont la juridiction judiciaire refuse d'assurer le respect dans les relations commerciales internationales.

Ce refus repose à la fois sur une conception de l'arbitrage international comme relevant d'un ordre juridictionnel autonome, indépendant du droit national, que nous partageons et sur un principe d'estoppel, sur lequel nous sommes plus réservés. Pour le dire de manière très synthétique, l'ordre juridique arbitral procédant de la seule volonté contractuelle des parties qui l'ont précisément institué pour ne pas soumettre le mode de règlement de leur différend au droit de l'une d'entre elles, celles-ci ne peuvent se prévaloir d'une règle propre à leur droit national telle que leur incapacité à compromettre pour se soustraire à leurs engagements.

Nous pensons toutefois que, contrairement à la jurisprudence judiciaire, vous devrez exercer un contrôle complet sur l'arbitrabilité du litige, pour au moins deux raisons principales.

La première est que vous ne pouvez reconnaître à une personne publique la capacité d'instituer un ordre juridictionnel propre qu'à la condition qu'elle y soit légalement habilitée.

En effet, comme le rappelle l'article 2059 du code civil, la possibilité de l'arbitrage, comme d'ailleurs de la relation contractuelle qu'il prolonge, repose fondamentalement sur la disponibilité des droits que les parties mettent en jeu. Or, à la différence des personnes privées qui ont en principe la libre disposition de leurs droits, sous réserve des limitations que la loi pose à leur exercice, les personnes publiques n'ont de droits qu'en vue des compétences qui leur sont reconnues dans l'intérêt général. Leur liberté contractuelle est davantage un moyen d'exercer ces compétences qu'un droit subjectif. Cette différence fondamentale entre les personnes privées et les personnes publiques les place face à l'arbitrage dans des positions diamétralement opposées. Alors que les premières ont en principe la liberté d'y recourir, il est en principe interdit aux secondes.

Vous avez donné à cette interdiction, dont on trouve des manifestations jurisprudentielles dès le XIXème siècle¹⁶ et une expression forte sous la plume entre autres d'E. Laferrière¹⁷, la valeur d'un principe général du droit public, par l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État du 6 mars 1986 (n°

339710, Gds avis du CE, n° 12, avec un commentaire du président Labetoulle), rendu à propos du contrat Eurodisneyland : « qu'il résulte des principes généraux du droit public français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, que, sous réserve de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, 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 » (formulation reprise par votre décision du 29 oct 2004, Sueur et autres, n° 269814, au rec). La question de savoir si cette interdiction s'appliquait également aux contrats internationaux de l'administration, catégorie au demeurant difficile à cerner, a été récemment tranchée par votre décision du 23 décembre 2015, Territoire des îles Wallis et Futuna (n° 376018, au rec) qui reprend la formulation de l'avis précité tout en omettant les derniers mots selon lesquels l'interdiction ne concerne que les litiges « qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ».

Cette interdiction n'a en revanche pas valeur constitutionnelle, ce qui permet au législateur d'y déroger (CC, 2005-506 DC du 2 décembre 2004).

Cette interdiction de principe qui vise à protéger, au-delà des personnes publiques, les intérêts généraux dont elles ont la charge, est une règle d'ordre public qui s'impose à elles, comme toutes les règles relatives à la compétence des juridictions, y compris lorsqu'elles évoluent dans le champ du commerce international. Toutes les décisions par lesquelles vous vous êtes prononcés sur des sentences arbitrales, même si elles étaient internes, le rappellent puisque vous les avez annulées au motif que la personne publique n'était pas habilitée à compromettre.

La seconde raison est que la compétence de la juridiction administrative pour connaître des recours contre certaines sentences arbitrales internationales lui a précisément été attribuée par le Tribunal des conflits pour qu'elle assure par un contrôle effectif de la sentence le respect des règles d'ordre public qui s'imposent aux personnes publiques, en particulier le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage.

Ce contrôle de l'arbitrabilité du litige est d'ailleurs prévu par la convention de New-York de 1958 qui stipule en son article V.2 que "a) la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale pourra être refusée si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage". Il est également pratiqué par de très nombreux États.

Le caractère d'ordre public de ce principe d'interdiction doit conduire à ce qu'il puisse être opposé à tout moment de la procédure : les arbitres doivent s'assurer que la personne publique qu'ils ont en face d'eux est habilitée à compromettre; la personne publique peut s'en prévaloir à tout moment, sans que l'on puisse lui opposer un principe de loyauté des relations contractuelles qui cède toujours face aux règles d'ordre public qui s'imposent aux relations contractuelles (23 décembre 2015, Territoire des îles Wallis et Futuna, précitée).

Enfin, vous devrez toujours, en tant que juge de la sentence, commencer par vérifier que le litige dans lequel elle a été rendue était arbitral, y compris si aucune des parties ne le conteste. Non seulement parce qu'il s'agit d'une règle d'ordre public, mais aussi parce qu'elle concerne les recours juridictionnels et qu'elle a donc, par voie de conséquence, une incidence sur votre office. Vous ne pourriez sans méconnaître vous-mêmes le champ

d'application de l'interdiction de l'arbitrage statuer en tant que juge de l'arbitrage dans un litige qui n'en relève pas.

Ajoutons pour conclure sur ce premier point que ces principes devraient également s'appliquer en cas d'annulation contentieuse de la décision de la personne publique de soumettre un litige à l'arbitrage. Cette décision peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (26 juillet 2011, Mme Sroussi et autres, n° 347086) et l'autorité de la chose jugée est toujours d'ordre public.

Le deuxième champ du contrôle juridictionnel de la sentence arbitrale est celui de sa régularité externe. Ce contrôle fait l'objet d'un très large consensus, au niveau international comme national. Il vise à garantir à la fois le respect par le tribunal arbitral de la volonté contractuelle des parties, volonté contractuelle dont il procède essentiellement, et des principes fondamentaux du procès équitable auxquelles toute juridiction est tenue.

L'article V de la convention de New-York prévoit ainsi que la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont refusées lorsqu'il est établi que la sentence n'a pas été rendue contradictoirement (1 b), que le tribunal arbitral n'a pas respecté sa mission (c), que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'est pas conforme à la convention des parties (d).

En ce qui concerne le droit français, l'article 1520 du code de procédure civile vise quatre catégories d'irrégularités dont vous pourrez vous inspirer : « 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ». Ces cas d'ouverture sont les mêmes que ceux applicables au contrôle des sentences internes en vertu de l'article 1492 du même code, qui ajoute le cas où « La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ».

Ces cas d'ouverture se passent de longs commentaires : la compétence du tribunal arbitral concerne la validité conventionnelle de la clause d'arbitrage, c'est-à-dire le consentement des parties à l'arbitrage, l'arbitrabilité du litige faisant l'objet d'un contrôle spécifique.

L'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral inclut non seulement le respect des choix des parties mais aussi l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

Le respect par le tribunal arbitral de sa mission couvre principalement l'hypothèse de l'ultra petita, mais aussi l'application des règles de procédure fixées par les parties et de la loi qu'elles ont choisie, ainsi que de la mission qu'elles lui ont donné de statuer ou non en amiable compositeur.

Enfin, nous n'avons pas besoin de vous expliquer le principe de la contradiction.

Ces irrégularités ne comportent aucune spécificité propre aux litiges de droit international privé qui justifierait de ne pas les transposer au contrôle des sentences arbitrales internationales rendues dans des litiges relatifs aux contrats de la commande publique ou relatifs à l'occupation du domaine public. Tant l'étude de l'Assemblée générale du Conseil d'État de 1993 que le groupe de travail présidé par le Président Labetoulle proposaient d'ailleurs de le faire.

Nous nous sommes cependant demandé s'il ne convenait pas de prévoir le contrôle du respect d'autres principes procéduraux qui représenteraient des garanties essentielles pour les personnes

publiques parties au procès et les intérêts publics qu'elles représentent, sachant qu'il n'est pas question d'établir à travers les cas d'ouverture du recours en annulation tout un régime procédural de l'instance arbitrale, comparable à celui qui figure dans le code de procédure civile (art 1462 et suivants que l'article 1506 3° rend applicable aux arbitrages internationaux).

A cet égard, nous pensons que, bien que le code de procédure civile ne le prévoit pas pour les sentences internationales, il y a lieu de vérifier que les sentences sont motivées. La motivation des décisions de justice, à laquelle vous avez reconnu la valeur d'un principe général du droit (4 déc 1924, Légillon, p. 985 ; 8 juil 1970, Doré, p. 471), nous paraît devoir être imposée à une juridiction dont les décisions peuvent avoir un impact significatif sur des intérêts publics. Il est donc indispensable que la personne publique puisse avoir un minimum d'indications quant aux considérations de fait et de droit qui a conduits les arbitres à statuer comme ils l'ont fait. Par ailleurs, la motivation des sentences arbitrales n'est pas une obligation étrangère au droit de l'arbitrage international, la convention européenne de Genève la posant en principe (art 8).

Plus délicate est la question de savoir s'il convient d'imposer un principe de publicité et à quel stade de la procédure. Elle est en réalité double en ce qu'elle porte à la fois sur la publicité de l'instance et de la décision qui en résulte. Le code de justice administrative traite ainsi séparément ces deux aspects de la publicité, l'article L. 6 prévoyant la publicité des débats, l'article L. 10 celle des jugements.

Sur le premier point, il ne nous paraît pas possible d'imposer une règle de publicité des débats devant l'instance arbitrale. D'une part, elle méconnaîtrait la nature privée d'une instance juridictionnelle qui ne donne pas toujours lieu à une audience. La publicité des audiences devant les juridictions nationales est fondée sur l'idée que les jugements sont rendus au nom du peuple, ce qui n'est pas le cas d'une sentence arbitrale qui est rendue au nom des parties qui ont institué le tribunal arbitral.

D'autre part, elle ne correspond pas à une règle fondamentale inhérente à la nature juridictionnelle de la procédure qui pourrait justifier que vous imposiez de manière prétorienne aux arbitres de tenir des audiences et de le faire publiquement. Vous n'avez ainsi jamais reconnu l'existence d'un principe général du droit de publicité des audiences (Ass, 4 oct 1974, Dame David, p. 464). De nombreuses juridictions étrangères statuent d'ailleurs sans audience.

Le second point concerne la confidentialité de la procédure et de la sentence. Elle est prévue en matière interne, à moins que les parties n'en disposent autrement (art 1464, al 4), mais non internationale (l'article 1506 n'y renvoie pas). Dans les litiges internationaux, il revient donc aux parties de l'imposer à elles-mêmes et aux arbitres, ce qu'elles font souvent afin de se protéger contre la divulgation de secrets, principalement industriels et commerciaux, et contre les effets négatifs qui peuvent résulter, dans le monde des affaires, de la publicité des contentieux. Si une certaine publicité devait être assurée aux arbitrages qui concernent une personne publique, ce ne pourrait être qu'une publicité de la sentence qui, parce qu'elle peut imposer à une personne publique des obligations, notamment financières, doit être connue des citoyens qui en supporteront la charge (cf. art 14 et 15 DDHC). En l'état actuel du droit, la sentence étant une décision juridictionnelle, elle n'est pas communicable en application de la loi du 17 juillet 1978 (27 juil 1984, Assoc SOS Défense, p. 284 ; 3 sept 1997, François, T. p. 823).

Le principe de cette publicité comme ses modalités ne nous paraissent cependant pas ressortir du champ du contrôle de la sentence. Vous jugez ainsi que les conditions dans lesquelles les

jugements sont affichés après leur lecture sont sans incidence sur leur régularité (9 nov 1983, Assoc. SOS Défense, T. p. 827).

Ajoutons pour conclure sur le contrôle de la régularité du processus arbitral que nous ne pensons pas qu'il vous appartienne d'y procéder d'office. A l'exception peut-être de la motivation, ce contrôle porte sur la régularité de la procédure au regard du cadre que les parties ont donné aux arbitres et de leurs droits processuels. Il s'agit de droits subjectifs dont seuls ceux qui en sont titulaires peuvent invoquer la violation (cf. 15 mai 2000, Mme Drannikova, n° 185837, aux T, à propos du principe du contradictoire).

Le troisième champ du contrôle porte sur le contenu de la sentence. C'est assurément le plus complexe et le plus controversé car il se trouve au point où se rencontrent les deux ordres juridiques que sont l'ordre juridique privé de l'arbitrage qui a produit une décision et l'ordre juridique public de l'État auquel il est demandé de l'annuler ou de la reconnaître. En ce qu'il porte sur le contenu de la sentence, c'est à dire sur l'exercice par le tribunal arbitral de sa mission juridictionnelle, il traduit l'autonomie que l'ordre juridique étatique est prêt à reconnaître à une institution qui lui est radicalement étrangère puisqu'elle ne procède que de la capacité reconnue à des personnes de créer temporairement, par le seul effet de leur volonté et le pouvoir de leur liberté contractuelle, un ordre juridique propre qu'elles vont charger de se prononcer sur leurs droits et obligations. La capacité des personnes à créer un ordre juridique propre, c'est à dire à instituer un dispositif dynamique source de droits et d'obligations, n'est certes pas spécifique à l'arbitrage. Elle caractérise même le phénomène contractuel, que l'arbitrage prolonge pour le règlement des différends relatifs à l'exécution du contrat, en évinçant les juridictions étatiques. Mais cette éviction n'est pas anodine puisque si le juge étatique saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat est d'abord chargé de faire application du contrat, c'est à dire de fixer les droits et obligations des parties selon les règles qu'elles se sont données, il le fait en tenant compte des règles du droit national dans lequel le contrat s'inscrit, règles qui pour certaines limitent la volonté contractuelle des parties. L'intervention du juge étatique garantit ainsi à la fois le respect des règles qui s'imposent au contrat et l'application du contrat conforme au droit interne. C'est pourquoi elle est en principe obligatoire pour les personnes publiques qui ne disposent pas complètement des droits qu'elles engagent dans la relation contractuelle.

Mais lorsque l'ordre juridique étatique a permis à la personne publique de recourir à l'arbitrage, ce qui est par hypothèse le cas au stade du contrôle où nous en sommes arrivés, le contrôle qu'il est amené à effectuer sur la sentence doit respecter l'autonomie juridictionnelle inhérente à ce mode de règlement des litiges. Il ne s'agit pas de renoncer à tout contrôle, mais d'admettre que ce contrôle est situé un cran plus loin du litige, qui a déjà été réglé par une juridiction conventionnelle.

Le contrôle du juge étatique sur la sentence doit ainsi parvenir à concilier la liberté contractuelle qu'exercent les parties en recourant à une procédure de règlement de leur différend que la loi leur a ouverte et les limites que l'ordre juridique étatique est fondé à leur imposer. Ces limites, ce sont les règles d'ordre public. Comme l'écrit le professeur Seraglini, « le juge, qui est le gardien de l'intégrité de son ordre juridique et de son ordre public, ne peut, lorsqu'il lui est demandé de donner effet à une sentence arbitrale sur son territoire, faire prévaloir la volonté des parties sur des intérêts que son État considère comme supérieurs aux intérêts privés des parties et constituant des limites à cette volonté. »

Ce principe de conciliation n'est pas propre aux arbitrages internationaux des personnes publiques, puisque la liberté contractuelle des personnes privées n'est pas non plus illimitée. En

revanche, le contenu de ces règles d'ordre public n'est pas le même pour les personnes publiques et pour les personnes privées. Il varie d'ailleurs aussi selon les personnes privées et la nature de leurs activités.

Le principe selon lequel le juge étatique doit limiter son contrôle de la sentence arbitrale à l'ordre public est aujourd'hui très largement reconnu par les conventions internationales relatives à l'arbitrage, par la plupart des droits étrangers ainsi que par le droit international privé français.

La convention de New-York n'autorise les autorités compétentes des États parties à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger que si elles constatent, outre que le litige n'est pas arbitral, que « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays » (art V, 2 b). Ce motif est repris pour l'annulation par la convention de Genève. Il est également, avec l'inarbitrabilité du litige, le seul motif d'annulation d'une sentence internationale retenu par la loi type élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) le 21 juin 1985 et recommandée par l'Assemblée générale des Nations Unies aux États « pour qu'ils la prennent en considération lorsqu'ils promulguent ou révisent leur législation pour répondre aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international », par une résolution du 11 décembre 1985. Très largement inspirée de la convention de New-York et fondée sur une méthode consensuelle d'harmonisation des lois étatiques, cette loi-type, révisée en 2006, a connu un grand succès puisqu'elle a été reprise telle quelle par les législations de plus de trente États dans le monde, dont 12 en Europe et en a inspirés de nombreux autres. Les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la Suisse, la Belgique, le Portugal, entre autres États qui n'ont pas attendu cette loi type pour développer un régime juridique de l'arbitrage, limitent tous le contrôle de la sentence arbitrale à l'ordre public.

Ce contrôle constitue également le droit commun privé français, puisque l'article 1520 du code de procédure civile dispose que le recours en annulation, qui est le seul recours contre une sentence arbitrale internationale, "n'est ouvert que si (...) 5° la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international". Il n'est pas sans intérêt de relever la nuance de rédaction qui distingue cette formulation de celle de l'article 1492 relative au recours en annulation contre les sentences arbitrales internes, qui ne l'ouvre que lorsque "la sentence est contraire à l'ordre public". Outre la référence à l'ordre public international, la formulation de l'article 1520, comme celle, identique sur ce point, de la convention de New-York, souligne que l'objet du contrôle n'est pas la sentence elle-même mais les effets qu'elle peut produire sur l'ordre public que le juge étatique a pour mission de défendre.

Le contrôle du juge étatique sur les sentences arbitrales internationales qui résulte de ces normes internes et internationales se distingue très nettement des contrôles d'appel comme de cassation qui ont tous deux pour effet de conduire le juge à porter une appréciation, en fait et/ou en droit, sur la manière dont les arbitres ont tranché le litige.

Bien qu'à de degrés divers, de tels contrôles ne permettent pas de réaliser l'équilibre recherché, car ils portent atteinte au principe même de l'arbitrage - et par conséquent au droit des parties d'y recourir - sans pour autant assurer une meilleure protection des règles impératives du droit public qui s'imposent aux personnes publiques dans leurs relations contractuelles. Ils reposent sur une conception de la sentence arbitrale internationale comme émanant d'une juridiction interne spéciale de première instance, relevant donc du même ordre juridique que le juge étatique du siège du tribunal arbitral compétent pour statuer sur la demande tendant à

son annulation, qui est historiquement datée et dont la convention de New-York a consacré l'abandon.

L'exercice d'un contrôle d'appel de la sentence, saisissant le juge de la sentence de l'entier litige (effet dévolutif) et impliquant la possibilité de la réformer, est celui qui méconnaît le plus radicalement le principe même de l'arbitrage. Le rapport du groupe de travail sur l'arbitrage souligne ainsi que "L'arbitrage consiste à soumettre un litige en premier ressort à une instance juridictionnelle distincte des juridictions de droit commun, statuant selon une procédure d'instruction spécifique. Il y aurait une contradiction à soumettre un litige à l'arbitrage, puis à faire appel de la sentence devant une juridiction étatique se prononçant selon les règles de procédure de droit commun, chargée de statuer à nouveau au fond sur le litige" (p. 16). Comme le souligne D. Foussard, « l'arbitrage et le recours au juge répondent à des logiques distinctes, au point que l'appel conduit en fait à superposer pour un même contentieux deux systèmes de résolution des litiges ».

A partir du moment où elle est légalement et régulièrement constituée, ce que les deux premiers champs du contrôle ont permis de vérifier, la juridiction arbitrale dispose d'une plénitude de compétence pour régler complètement le différend que les parties lui soumettent. Cette compétence est exclusive de toute autre voie de recours juridictionnelle et, sauf stipulation contraire de la convention d'arbitrage, elle n'est pas limitée à la première instance. Le choix que les parties ont fait de la voie arbitrale les lie jusqu'au règlement complet de leur litige. En effet, le tribunal arbitral est fondé sur une convention qui, comme toute convention, tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, dès lors qu'elle a été légalement formée. L'argument selon lequel le recours contre la sentence brise le consensus entre les parties pour recourir à l'arbitrage et habilite le juge étatique à juger de nouveau le litige nous paraît méconnaître le principe selon lequel les parties sont tenues par le mode de règlement auquel elles ont par avance choisi de soumettre leur différend. De même, en autorisant une personne publique à recourir à l'arbitrage, le législateur a nécessairement accepté qu'elle s'engage dans cette voie juridictionnelle conventionnelle qui lui fermera complètement l'accès aux juridictions étatiques pour le règlement du litige.

En méconnaissant la compétence de principe de la juridiction arbitrale, le contrôle d'appel méconnaît aussi l'autonomie juridique qui en découle. Or elle est au cœur du dispositif arbitral, notamment international, auquel les parties à un contrat international recourent précisément pour ne pas soumettre leur litige au droit et aux juridictions de l'une d'entre elles. La liberté des parties de fixer le cadre procédural et le droit applicable au règlement de leur différend est ainsi reconnu par l'article 7 de la convention de Genève de 1961, ce qui n'empêche pas que le choix de l'une des parties sur ce point peut lui être dicté par une règle de son droit national (tel est le plus souvent le cas des personnes publiques françaises, auxquelles les dispositions les autorisant à recourir à l'arbitrage imposent l'application de la loi française). Mais la circonstance que la loi fixée par les parties soit la loi du juge étatique ne saurait avoir pour effet d'autoriser celui-ci à rejeter le litige selon cette loi. La compétence du tribunal arbitral pour appliquer la loi demeure entière. Ainsi, rejeter au fond un litige légalement soumis à un arbitrage international revient donc à replacer dans l'ordre juridique de l'État du siège de l'arbitrage un litige qui, fondamentalement, n'en relève pas, ce qu'exprime la formule, souvent reprise, selon laquelle "les arbitres n'ont pas de for".

Ces raisons expliquent que le rejugement du litige au fond par une juridiction étatique fasse aujourd'hui l'objet d'un rejet unanime, que traduit l'un des principes généraux du droit de l'arbitrage international les mieux établis et les plus universellement

reconnus, à savoir la prohibition de la révision au fond des sentences. Cette expression, apparue dans la jurisprudence judiciaire du début du siècle précédent dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, désigne un contrôle consistant à « s'assurer que le juge étranger a prononcé la décision qu'aurait prononcée le juge de la révision s'il avait été directement saisi », autrement dit à rejurer le litige en droit et en fait afin de faire dépendre le sort du recours contre la sentence de l'identité entre ce qui a été ainsi rejugé et ce qu'on jugé les arbitres, soit très exactement l'office du juge d'appel.

Le droit international privé français ne prévoit ainsi comme recours ordinaire contre les sentences arbitrales internationales rendues en France que le recours en annulation (art 1518) et ne réserve à l'appel qu'une place tout à fait marginale à l'encontre des sentences internes. Pour ces dernières seulement, l'article 1489 dispose que « La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». Et encore cet appel n'est pas celui d'un jugement, puisque « la cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral » (art 1490). En d'autres termes, cet appel saisit la cour comme un second degré d'arbitrage puisqu'elle ne peut exercer cet office que si l'ensemble des parties l'a voulu et que son office correspond à la mission qu'elles ont donnée aux arbitres.

Si le contrôle de cassation laisse davantage de marge d'appréciation à la juridiction contrôlée, il n'est pas mieux adapté à la spécificité de l'arbitrage. Comme le contrôle d'appel, il repose sur l'idée que la sentence arbitrale émane d'une juridiction relevant du même ordre juridique interne que la juridiction de contrôle ce qui, nous l'avons vu, ne correspond pas à l'esprit de l'arbitrage international, voire à l'esprit de l'arbitrage en général. Dès lors, la marge d'appréciation qu'il reconnaît au tribunal arbitral ne procède pas de la reconnaissance d'une plénitude de compétence pour trancher le litige, mais d'une décision de limiter son contrôle aux aspects juridiques des motifs de la décision attaquée, ce qui conduit à un contrôle plus étendu que ce qu'autorisent les conventions internationales que nous avons citées et que pratiquent tant la juridiction judiciaire sur le fondement du code de procédure civile qui ne prévoit qu'un contrôle de l'ordre public que la plupart des États. Le contrôle de l'ordre public n'est ni un contrôle de l'erreur de droit, qui porte sur le raisonnement juridique du premier juge indépendamment de ses conséquences sur une éventuelle contrariété de la sentence avec l'ordre public, ni, a fortiori, un contrôle de la qualification juridique des faits ou de la dénaturation, qui conduisent à une forme de révision au fond de la sentence. Si le rapport du groupe de travail sur l'arbitrage préconisait un recours en cassation contre les sentences arbitrales, sans d'ailleurs distinguer sur ce point le cas particulier des sentences internationales, il prenait soin de préciser que "la mise en œuvre du recours en cassation devant le Conseil d'État saurait tenir compte des particularités de l'instance arbitrale et ne différerait pas sensiblement du recours en annulation devant la juridiction civile" (p. 17).

Effectuer un contrôle d'appel ou de cassation de la sentence arbitrale internationale vous isolerait donc non seulement du droit commun français de l'arbitrage mais aussi du droit commun international et vous mettrait en contradiction avec les engagements internationaux de la France que nous avons cités qui n'envisagent qu'un contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public. Au demeurant, comme nous le verrons dans un instant, la nécessité d'exercer un contrôle effectif du respect des règles d'ordre public par la sentence, qui justifie votre compétence en la matière, n'implique aucunement de rejurer le litige ou de contrôler la rectitude juridique de la sentence, puisque ces contrôles portent sur des éléments étrangers à l'ordre public.

Nous pensons d'ailleurs que vous n'avez jamais sérieusement songé à opérer un tel contrôle du contenu d'une sentence arbitrale internationale.

Nous n'ignorons certes pas que vous affirmez avec constance, au moins depuis vos décisions de Section du 2 mars 1956, SARL "Le secteur électrique de Reuilly" (p. 102) et d'Assemblée du 4 janvier 1957, Lamborot (p. 12), que les recours contre les sentences arbitrales sont portées devant vous en qualité de juridiction d'appel (13 février 1959, Cie des chemins de fer du Midi, p. 113; Sect, 3 mars 1989, sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA), p. 69). Cette solution est aujourd'hui fondée sur l'article L. 321-2 du code de justice administrative, aux termes duquel "dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives" (28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, n° 274527, au rec, par laquelle vous avez jugé que seul le législateur pouvait décider d'attribuer aux cours administrative d'appel le jugement des recours contre des sentences arbitrales, en l'occurrence internes). Vous l'avez réaffirmée très récemment dans vos décisions précitées Syndicat mixte des aéroports de la Charente (2013) et Territoire des Iles Wallis et Futuna (2015).

Nous sommes contraints à des conjectures sur les raisons qui ont conduit vos premières décisions à vous proclamer juge d'appel, car ni leurs motifs ni les conclusions des commissaires du gouvernement ne fournissent la moindre explication, mais nous sommes certains que cette affirmation n'a jamais procédé d'un choix quant à la nature de votre contrôle sur les sentences arbitrales internationales, que vous n'avez jamais eu l'occasion d'exercer. La seule décision dans laquelle vous avez évoqué l'affaire pour statuer sur la demande est la décision AREA, qui concernait une sentence interne. Elle ne dit rien sur le contrôle que vous avez entendu exercer sur la sentence car vous l'avez annulée en raison de l'inarbitrabilité du litige. Vous avez ensuite statué sur la demande, comme vous le demandaient les parties. Quant à votre commissaire du gouvernement, il vous invitait à vous inspirer du code de procédure civile « en l'adaptant à la procédure administrative contentieuse compte tenu de vos exigences propres ». La seule réflexion globale à laquelle vous vous êtes livrés sur cette question, dans l'étude adoptée par l'Assemblée générale en 1993, proposait également de transposer le recours en annulation du code de procédure civile, qui déjà à l'époque n'était pas un recours en appel. Plus récemment, le groupe de travail présidé par le président Labetoulle a également très nettement écarté l'idée d'un contrôle d'appel.

Le choix de l'appel semble avoir été initialement fondé sur la nature juridictionnelle de la sentence, ce qui est exact et sur son assimilation à un jugement d'une juridiction administrative spéciale de première instance, ce qui est plus discutable. Le Conseil d'État se trouvant depuis le 1er janvier 1954 juge d'appel des jugements des tribunaux administratifs, vous avez spontanément placé les recours contre les sentences arbitrales dans la même voie contentieuse. Un raisonnement différent aurait été envisageable, consistant à considérer qu'en l'absence de disposition prévoyant une voie de recours contre les sentences, elles ne pouvaient faire l'objet que d'un recours en cassation, puisque seul ce recours est ouvert même sans texte (Ass, 7 février 1947, d'Aillères, p. 50) et que vous n'avez jamais consacré de principe ni de règle générale du double degré de juridiction. Il le serait encore aujourd'hui car si l'article L. 321-2 conduit nécessairement à porter devant le Conseil d'État les appels qui ne sont pas expressément attribués par la loi aux cours administratives d'appel, il n'y a toujours pas de disposition indiquant que les sentences arbitrales sont susceptibles d'appel. Cette solution n'aurait en tout état de cause pas été mieux adaptée

à la spécificité du contenu du contrôle de la sentence internationale.

Disons enfin, pour achever de vous convaincre que ces précédents ne doivent absolument pas influencer sur la détermination du contenu de votre contrôle qu'il vous revient de faire à présent, que d'une part ils concernent tous des litiges purement internes, à l'exception de votre décision Syndicat mixte des aéroports de la Charente, à propos de laquelle nous pouvons témoigner que vous vous êtes contentés de reprendre la formulation de vos précédents. Vous y affirmez par ailleurs que l'exequatur ne doit donner lieu qu'à un contrôle du respect par la sentence de l'ordre public. Et que, d'autre part, la conception de l'office du juge étatique vis à vis des sentences internationales a profondément évolué depuis l'affirmation initiale de votre compétence d'appel, qui est antérieure à la convention de New-York.

Ni appel ni cassation, le contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale internationale, qu'il l'exerce directement lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'annulation d'une sentence rendue sur son territoire ou indirectement à l'occasion d'une demande tendant à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence rendue en France ou à l'étranger doit donc être un contrôle particulier adapté à la spécificité de son objet qui porte sur une décision juridictionnelle n'émanant pas de l'ordre juridictionnel dont il relève et de sa finalité, qui est de s'assurer de sa conformité à l'ordre public. Son office n'est pas de garantir les parties contre un mauvais jugement de leur litige par le tribunal arbitral, dont elles ont pris le risque en recourant à ce mode de règlement de leur litige, mais de préserver l'intégrité de l'ordre juridique étatique dont elle est garante en empêchant que s'y forme ou y déploie ses effets une décision contraire aux principes et règles fondamentales qui le constituent.

Deux conséquences découlent de cette définition du contrôle du juge étatique de la sentence internationale. La première est que l'objet du contrôle n'est pas le litige, que les parties ont soustrait aux juridictions étatiques, mais la sentence seule. La seconde est que ce contrôle ne s'exerce pas au regard de l'ensemble des règles constituant l'ordre juridique étatique mais seulement au regard de celles qui sont d'ordre public. Le juge national doit être, selon l'expression imagée du professeur C. Kessedjian, "en position de veille d'ordre public". Ni plus, nous venons de voir pourquoi, ni moins.

Ni moins, parce que cette veille, il doit l'assurer pleinement et efficacement.

En ce qui vous concerne plus précisément, vous savez que votre compétence dérogatoire pour connaître des sentences internationales est fondée sur la nécessité d'effectuer un contrôle effectif de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à la commande publique, pour reprendre les termes de la décision Inserm, contrôle effectif que la jurisprudence actuelle des juges judiciaires de l'arbitrage ne permet pas de garantir. Sur ce point de l'intensité du contrôle, comme sur ce celui de l'arbitrabilité du litige, vous devrez donc vous en distinguer.

Cette jurisprudence a été inaugurée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt Thalès du 18 novembre 2004 puis réaffirmée par la même juridiction dans un arrêt du 23 mars 2006, SNF c/ Cytec en ces termes : « s'il est exact qu'au titre de l'article 1502 du code de procédure civile la Cour d'appel exerce son pouvoir de contrôle sur les griefs énumérés par cet article en recherchant en droit et en fait et sans aucune limitation tous les éléments concernant l'existence des cas d'ouverture, s'agissant de la violation de l'ordre public international, la Cour, qui n'est pas juge du procès mais de la sentence, n'exerce cette fois sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est

examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge ». La Cour de cassation a ensuite confirmé cette ligne en jugeant, dans la même affaire, que « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée » (Civ. 1re, 4 juin 2008, SNF c./ Cytec, pourvoi n° 06-15.320; Civ 1ère, 5 oct 2010, Abela, pourvoi n° 09-10.530). Un tel contrôle limité à "l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public"³⁴ ne permet évidemment pas d'en assurer effectivement le respect. La Cour le justifie par les deux caractéristiques générales de l'office du juge étatique, qui doit se concentrer sur les conséquences de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence et doit éviter de réviser au fond la sentence. Or nous pensons, avec une partie croissante de la doctrine privatiste³⁵ très critique vis à vis de cette jurisprudence judiciaire, que ces principes fondamentaux du contrôle du juge étatique ne font pas obstacle à l'exercice d'un contrôle entier sur le respect de l'ordre public par les sentences arbitrales internationales.

En premier lieu, que le contrôle ne porte que sur la sentence et même sur sa reconnaissance ou son exécution, ne saurait avoir pour effet d'en réduire l'efficacité à assurer la prééminence de l'ordre public. Or cette efficacité tient à la double fonction du contrôle juridictionnel, qui doit non seulement mettre fin à une violation matérielle de l'ordre public qui résulterait de l'exécution même de la sentence, ce à quoi il parvient en annulant la sentence ou en refusant sa reconnaissance, mais également assurer l'effectivité du respect de la règle d'ordre public dans les relations contractuelles. Pour ce faire, il doit pouvoir permettre de censurer toute sentence fondée sur une violation de la règle, alors même que son exécution, en elle-même, ne heurterait pas l'ordre public. Cette fonction est en quelque sorte prophylactique : elle vise à rappeler aux justiciables et à leurs juges, fussent-ils privés, les règles impératives que l'ordre juridique français leur impose, dans les limites de sa compétence territoriale. Le professeur Lalive, dont la réputation dans le monde de l'arbitrage international n'est plus à faire, n'hésitait pas à affirmer « qu'en tant qu'arbitre, je pense qu'il est bon et sain de savoir que l'on court le risque de voir sa décision examinée, rectifiée ou annulée par d'autres ; ... il est toujours bon d'être conscient de cette épée de Damoclès ».

Vous êtes parfaitement dans votre rôle de juge de l'administration, y compris lorsqu'elle agit par la voie contractuelle et qu'elle conclut des contrats internationaux, lorsque vous assurez cette seconde fonction pour lui rappeler les règles qu'elle doit respecter en toutes circonstances.

Nous pensons donc que pour être effectif, votre contrôle de l'ordre public doit vous permettre d'annuler ou de refuser l'exequatur à toute sentence qui méconnaît une règle d'ordre public, c'est-à-dire qui donne au litige qu'elle tranche une solution qui repose la violation d'une telle règle. En d'autres termes que nous empruntons à Louis-Christophe Delanoy, « il y a atteinte à l'ordre public dès lors que la prise en compte correcte d'une règle d'ordre public applicable aurait abouti à une solution opposée à celle que la sentence examinée a retenue ».

En second lieu, ce contrôle, qui est donc un contrôle concret, situé dans le litige, qui tient compte des faits et du droit applicable, peut parfaitement être exercé sans rejurer le litige ni, par conséquent, réviser au fond la sentence. Le positionnement juste n'est pas difficile à trouver dès lors que le contrôle ne porte que sur l'application d'une règle d'ordre public et non sur l'appréciation de la manière dont les arbitres ont jugé le litige. Nombreux sont les spécialistes du droit de l'arbitrage international qui ont montré que le principe de l'interdiction de la révision au fond des

sentences ne fait pas obstacle à un contrôle réel de l'ordre public, qu'effectuait d'ailleurs le juge judiciaire jusqu'à relativement récemment et vers lequel il est peut-être en train de revenir. La cour d'appel pouvait ainsi écrire en 1998, dans la droite ligne de la position exprimée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu sur l'affaire Plateau des Pyramides (Civ 1ere, 6 janv 1987, Rev. arb. 1987, p. 469)⁴¹, que le contrôle exercé par le juge de l'annulation et de l'exequatur fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international implique « la faculté pour celui-ci de porter une appréciation en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier de l'application de la règle d'ordre public international... En décider autrement aboutirait, en effet, à priver le contrôle du juge de toute efficacité et, partant, de sa raison d'être ». En réalité, tant le contenu des règles d'ordre public que les effets du contrôle de la sentence suffisent le plus souvent à prévenir toute révision au fond du litige. Au demeurant, on peut également soutenir, avec Christophe Séraglini et Jérôme Ortscheidt, que l'existence même d'un contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international vient nécessairement limiter le principe de l'interdiction de la révision au fond de la sentence si son effectivité le commande. L'examen des moyens de la présente affaire montrera que l'on peut effectuer un contrôle effectif de l'ordre public sans se substituer aux arbitres.

Les principes directeurs de votre contrôle étant ainsi posés, il convient de préciser les contours et, dans la mesure du possible, de donner un aperçu du contenu, de l'ordre public dont il a pour fonction d'assurer le respect.

Même s'il est qualifié d'international par l'article 1520 du code de procédure civile, cet ordre public n'est pas une notion transnationale qui ne recouvrirait que les valeurs fondamentales internationalement partagées, telles que la condamnation de la corruption, du trafic de stupéfiants ou d'organes humains. Une telle conception, défendue par certains auteurs et dont on trouve quelques rares manifestations en droit comparé, est fondée sur l'idée que l'ordre juridique arbitral international ne devrait être soumis qu'à un ordre public lui-même « réellement international ».

Toutefois, les juridictions étatiques ne sont pas des juridictions internationales chargées de faire respecter l'ordre public international par des juridictions internationales privées. Elles sont des juridictions nationales qui défendent l'ordre public de l'État dont elles relèvent. La convention de New-York évoque ainsi « l'ordre public » du pays où l'exécution de la sentence est demandée. Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, « l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du nouveau code de procédure civile (devenu 1520-5°), s'entend de la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance même dans des situations à caractère international » (14 juin 2001, Rev. Arb 2001, p. 773, note Ch. Séraglini). Cette conception de l'ordre public international est partagée par la majorité des États et de la doctrine française comme étrangère. L'Association de droit international a ainsi adopté en 2002 (New Delhi) une résolution aux termes de laquelle « l'ordre public international d'un État comprend : les principes fondamentaux relatifs à la justice et à la morale que l'État désire protéger, même lorsqu'il n'est pas directement concerné ; les règles destinées à servir les intérêts politiques, sociaux ou économiques de l'État connues sous l'appellation « lois de police » et le devoir de l'État de respecter ses obligations envers d'autres États ou des organisations internationales ». Cette référence aux lois de police nous paraît intéressante car elle désigne précisément une règle nationale que l'État est fondé à imposer quelle que soit la loi applicable au contrat international. Ainsi, la convention de Rome du 19 juin 1980, qui fixe les modalités de détermination de

la loi applicable aux contrats conclus dans le cadre de la Communauté économique européenne, réserve l'application de la loi du for lorsqu'elle a le caractère d'une loi de police, que le règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 pris pour l'application de cette convention définit comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat » (art 9).

L'ordre public dont les juridictions étatiques doivent ainsi assurer le respect est cependant éminemment plastique, comme l'est d'ailleurs cette notion lorsqu'elle est maniée à usage interne. Il est évident qu'une juridiction étatique n'imposera pas les mêmes règles d'ordre public lorsqu'elle sera saisie de la contestation d'une sentence qui ne se rattache à l'État par aucun autre aspect que le siège du tribunal arbitral et lorsqu'elle le sera d'une sentence qui a vocation à s'exécuter en France. Dans le premier cas, dont vous n'aurez jamais à connaître compte tenu du périmètre de votre compétence mais qui se présente souvent au juge judiciaire, la juridiction étatique aura essentiellement à cœur de ne pas cautionner une situation juridique qui porte atteinte à des valeurs qui dépassent son ordre juridique national. Dans le second, elle devra aussi veiller à ce que l'exécution dans son ordre juridique de la sentence n'en méconnaisse pas les règles les plus importantes, qui s'imposent à tous dans l'intérêt général. Or les sentences dont vous aurez à connaître, parce qu'elles sont rendues dans des litiges relatifs à des contrats administratifs passés par des personnes publiques, se situent toujours dans ce second cas. Dès lors, la différence entre conception interne ou internationale de l'ordre public s'estompe : toutes les règles d'ordre public qui s'imposent aux relations contractuelles des personnes publiques nous paraissent devoir être respectées, que le contrat ait ou non un caractère international et ce d'autant plus que l'internationalité d'un contrat est très largement entendue. Autrement dit, la conception française de l'ordre public international en ces matières recouvre toutes les règles d'ordre public.

Cette définition de l'ordre public recouvre les règles impératives auquel fait référence la décision Inserm. Comme l'expliquait M. Guyomar dans ses conclusions sur cette affaire, « c'est précisément parce que ces règles impératives s'imposent à la personne publique au stade du contrat qu'elles doivent continuer de s'imposer à elles, ainsi qu'à son cocontractant, en aval pour la résolution du litige auquel ce contrat aura donné lieu ». Et pourquoi s'imposent-elles aux parties, sinon parce qu'elles sont porteuses d'intérêts d'une valeur supérieure, qui justifient qu'elles ne puissent être écartées par la commune volonté des parties contractantes. Dès lors que ces règles sont indisponibles aux parties, celles-ci ne sauraient échapper à leur application ni en recourant à l'arbitrage, ni en y recourant à l'étranger. Vous vous référez d'ailleurs également aux règles d'ordre public pour marquer les limites de la liberté contractuelle des parties lorsqu'elles règlent leurs litiges nés ou à naître par une transaction (avis précité Syndicat intercommunal des établissements ... de l'Haÿ-les-Roses et, pour une application en matière de commande publique : 17 octobre 2003, Ministre de l'intérieur c/ syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet, n° 249822, au rec).

Ces règles d'ordre public ne couvrent donc pas, contrairement à une idée fréquemment émise selon laquelle tout le droit public serait d'ordre public, tout le droit de la commande publique ou de la domanialité publique. A cet égard, l'affirmation du Tribunal des conflits selon laquelle les contrats de la commande publique et portant occupation du domaine public "relèvent d'un régime administratif d'ordre public" ne doit pas être comprise comme qualifiant de règles d'ordre public tout le droit applicable à ces

contrats, ce qu'il n'aurait en tout état de cause pas compétence pour juger. Cette rédaction de compromis vise essentiellement à justifier la réserve de votre compétence pour connaître des sentences arbitrales internationales relatives à ces contrats, qui sont effectivement régis par quelques grands principes d'ordre public dont nous allons à présent essayer de vous donner un aperçu synthétique, sans prétendre à l'exhaustivité.

Signe de la valeur supérieure pour l'ordre juridique français des intérêts dont elles sont porteuses, ces règles trouvent pour la plupart leur source au plus haut de la hiérarchie des normes. Dans la Constitution, tout d'abord, comme le principe de la continuité des services publics (CC, 79-105 DC du 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, p. 33, GDCC n° 25) ainsi que les « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics » évoquées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. Dans les règles impératives du droit de droit de l'Union européenne, ensuite, dont la Cour de justice a jugé qu'elles devaient pouvoir faire l'objet d'un contrôle effectif de la part des juridictions nationales, sans que la circonstance que leur violation résultât d'une sentence arbitrale pût y faire obstacle (CJCE, 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97 ; CJCE, 26 oct 2006, Mostaza Claro, C-186/05).

D'une manière quelque peu paradoxale, alors que le principe d'égalité devant la commande publique et, plus généralement, les principes fondamentaux de la commande publique – liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures – consacrés par cette même décision du Conseil constitutionnel, représentent le premier ensemble de règles d'ordre public qui vient à l'esprit lorsque l'on pense à cette catégorie de contrats, ils trouveront peu d'applications dans le contentieux de l'arbitrage.

Car ces règles d'ordre public sont relatives à la passation du contrat alors que le litige que règle la sentence arbitrale a trait à son exécution, que n'affectent en principe pas les conditions dans lesquelles il a été conclu. Tout l'édifice du contentieux contractuel que vous avez bâti à partir de votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, cne de Béziers (p. 509) repose sur l'idée que le respect des règles relatives à la passation du contrat est assuré par des voies de droit spécialement conçues pour cela, comme les référés pré-contractuel ou contractuel, voire éventuellement par le recours général en contestation de la validité du contrat, mais qu'il n'appartient pas au juge de l'exécution du contrat, auquel il incombe en principe de faire application du contrat, de les sanctionner. Pour le juge de l'exécution du contrat – et le tribunal arbitral en est un – ne sont d'ordre public que « les irrégularités tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ». Et vous savez pour l'avoir souvent jugé que la méconnaissance des règles de passation du contrat ne constitue pas, sauf circonstances particulières, un vice d'une particulière gravité justifiant que le juge du contrat n'en fasse pas application (12 janvier 2011, Manoukian, n° 338551, au rec)47. Par ces circonstances particulières, vous avez cependant voulu réserver le cas d'un contrat conclu dans des circonstances frauduleuses, pénalement répréhensibles, qui font résolument obstacle à son application. Cette réserve de la fraude comme cause d'inapplicabilité des contrats est d'ailleurs unanimement admise en droit international de l'arbitrage.

Si la méconnaissance des règles relatives à la passation de la commande publique ne fait donc en principe pas obstacle à ce que le tribunal arbitral fasse application du contrat, ces règles peuvent entacher d'illicéité une clause du contrat dont la sentence ne pourra faire application sans méconnaître une règle d'ordre

public. Tel serait par exemple le cas d'une sentence qui condamnerait la personne publique en application d'une stipulation du contrat qui aurait prévu une indemnité au profit du cocontractant ou une pénalité à la charge de la personne publique au cas où elle ferait obstacle à la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction, illicite dans les contrats soumis à des règles de mise en concurrence (17 oct 2016, cne de Villeneuve-le-roi, n° 398131, aux T).

La sentence qui ferait application d'un contrat ou d'une clause d'un contrat dont l'objet est illicite méconnaîtrait également la règle d'ordre public qui interdit de conclure un tel contrat et qui s'impose au juge de l'exécution du contrat, ainsi que cela ressort de votre décision Cne de Béziers (voyez par exemple : 10 juil 2013, Cne de Vias et SEBLI, n° 362304, au rec). Il en irait de même de l'application d'un contrat conclu à la faveur d'un vice du consentement. Dans ce dernier cas, l'inapplicabilité du contrat est cependant subordonnée à ce que la partie dont le consentement a été vicié l'invoque et qu'elle demande que le contrat soit résilié (CE, 19 déc 2007, Sté Campenon-Bernard et autres, n° 268918, au rec).

La protection des propriétés publiques et de la continuité des services publics qu'elle a d'ailleurs pour fonction de garantir conduisent à reconnaître comme présentant le caractère de règles d'ordre public les principes d'inaliénabilité (4 mai 2011, Cte de communes du Queyras, n° 340089, au rec) et d'imprescriptibilité du domaine public, ainsi que les règles du régime des biens de retour qui s'imposent aux parties ayant conclu une concession (Ass, 21 décembre 2012, Cne de Douai, n° 342788).

Même si le bon usage des deniers publics est une exigence constitutionnelle, cette formulation est trop générale pour en faire une règle d'ordre public. En revanche, la prohibition des libéralités, qui s'y rattache, en est bien une (Sect, 19 mars 1971, Sieur Mergui, p. 235, concl. Rougevin-Baville). Cette règle s'impose aux personnes publiques lorsqu'elles terminent un différend par une transaction, qui est un contrat (décision Syndicat intercommunal des établissements ... de l'Hay-les-Roses, précitée). Elle doit donc s'imposer également à elles dans le règlement de leurs litiges contractuels par voie d'arbitrage. Rappelons, afin de rassurer ceux qui pourraient craindre qu'un contrôle de cette règle donne lieu à un rejugement du litige, qu'elle ne conduit pas à vérifier que la personne publique n'a pas été condamnée à payer une somme supérieure à celle que le juge du contrôle aurait fixée s'il avait été juge du litige. Une libéralité est un transfert de bien sans contrepartie. Le contrôle de l'interdiction faite aux personnes publiques d'en consentir consiste simplement à s'assurer que cette condamnation n'est pas fondée sur une obligation qui n'existe pas ou qui est illicite, c'est-à-dire qu'elle n'est pas sans cause, ou n'est pas si manifestement disproportionnée au regard de ce qui la justifie qu'elle apparaisse comme dépourvue de cause (voyez, par exemple, 4 mai 2001, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, n° 334280, au rec ; 22 juin 2012, CCI de Montpellier et sté aéroport de Montpellier-Méditerranée, n° 348676, aux T, ainsi que les conclusions du président Rougevin-Baville).

Les prérogatives de puissance publique dont la personne publique dispose dans la conduite de ses relations contractuelles en raison des nécessités du fonctionnement du service public, et notamment de sa continuité, nous paraissent également d'ordre public. Vous avez ainsi jugé « incompatible avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public » une clause par laquelle une personne publique s'interdisait de résilier un bail (26 avril 1985, Association Eurolat France, p. 141, avec les conclusions du président Genevois) et illicite la clause par laquelle une personne publique renonçait à la mise en œuvre de son pouvoir de résiliation unilatérale (1er oct 2013, sté Espace habitat

construction, n° 349099, au rec)48. La présente affaire vous conduira peut-être à ajouter à cette liste le pouvoir du maître

Nous nous sommes enfin demandé si l'encadrement législatif de la mission du tribunal arbitral, à savoir la loi applicable et l'interdiction de l'amiable composition, devait être regardé comme une règle d'ordre public. L'hypothèse, hautement improbable à notre avis, est ici celle de personnes publiques parties au contrat qui méconnaîtraient la loi prévoyant l'application de la loi française en donnant aux arbitres la mission d'appliquer un droit étranger ou de statuer en amiable compositeur. Il nous semble qu'une réponse positive s'impose en ce qui concerne l'obligation de statuer en droit et non en amiable compositeur, car la méconnaissance de cette obligation affecte profondément l'office que le tribunal arbitral a exercé et par conséquent le contenu des droits en présence dont, encore une fois, la personne publique ne dispose pas librement. Nous sommes davantage hésitants en ce qui concerne la loi applicable. Elle est certes obligatoire. Mais l'application d'une loi inapplicable n'est pas fondamentalement différente d'une mauvaise application de la loi applicable. Dans les deux cas, le contrôle de l'ordre public suffit à assurer le respect des règles impératives du droit français.

Ces règles d'ordre public matériel sont aussi, et pour la même raison, des règles d'ordre public contentieux, dont la méconnaissance peut être relevée d'office par le juge saisi de la sentence ou d'une demande tendant à son exécution. Dès lors qu'elles s'imposent aux parties, leur application ne saurait dépendre de leur volonté de s'en prévaloir. Cela étant dit, vous savez que le juge, quel qu'il soit, ne peut appréhender d'office que les violations de règles d'ordre public qui ressortent des pièces du dossier. Il ne s'agira donc pas de procéder à une instruction approfondie de l'affaire pour faire émerger des irrégularités qui n'auraient pas été invoquées par les parties. Mais certaines règles d'ordre public, souvent les plus importantes, telle que, par exemple, l'illicéité de l'objet du contrat, ressortent de sa simple lecture.

Ainsi conçu, votre contrôle des sentences arbitrales internationales qui relèvent de votre compétence nous semble en mesure d'intégrer harmonieusement l'édifice existant du droit international de l'arbitrage tout en assurant pleinement sa fonction de gardien du respect des règles d'ordre public relatives à la commande publique et à la gestion du domaine public. Respectueux des principes fondamentaux de l'arbitrage que sont la reconnaissance de la compétence exclusive du tribunal arbitral légalement constitué pour trancher le litige et son corollaire qui interdit au juge étatique de se saisir du litige, s'inscrivant dans les cas d'ouverture du recours en annulation et du refus d'exécution prévus tant par le droit commun interne que par le droit conventionnel international, votre contrôle ne se distinguera de celui du juge judiciaire que par le contenu des règles d'ordre public dont il fera application et par l'intensité avec laquelle il en assurera le respect. La première différence est inhérente à la spécificité des règles applicables aux contrats de la commande publique et d'occupation domaniale, de même que le juge judiciaire n'applique pas les mêmes règles d'ordre public à tous les contrats qui relèvent de sa compétence. La seconde est une question de politique jurisprudentielle. Nous n'avons pour notre part aucun doute sur votre légitimité à exercer un contrôle effectif du respect des conditions légales de recours à l'arbitrage et des règles d'ordre public qui s'imposent avec une force toute particulière à des personnes publiques dont la liberté contractuelle est par nature beaucoup plus limitée que celle des personnes privées et toujours subordonnée à l'intérêt général.

Si vous partagez notre conception du rôle du juge étatique de la sentence arbitrale internationale, vous n'aurez guère de difficultés à définir votre office en cas d'annulation de la sentence.

Lorsque cette annulation est fondée sur l'inarbitrabilité du litige, vous avez jusqu'à présent toujours renvoyé l'affaire au tribunal administratif compétent ou l'avez évoquée pour statuer vous-même sur les réclamations présentées au tribunal arbitral (décision AREA précitée). On pourrait soutenir que les parties ayant entendu évincer le juge étatique, il leur appartient de décider de la suite qu'elles entendent donner à leur différend compte tenu du fait qu'elles ne peuvent pas recourir à l'arbitrage. Peut-être préféreraient-elles abandonner leurs réclamations. Nous ne vous proposerons cependant pas de revenir sur votre pratique, les parties pouvant toujours, si elles souhaitent éviter à tout prix le juge étatique, se désister de leurs prétentions.

Lorsque les parties ont pu valablement soumettre leur différend à l'arbitrage, l'annulation de la sentence, qu'elle soit totale ou partielle, ne remet pas en cause la validité de la convention d'arbitrage. Vous ne pouvez donc ni renvoyer l'affaire à un tribunal administratif ni régler vous-mêmes l'affaire au fond, puisque ce règlement relève de la seule compétence d'une juridiction arbitrale, mais seulement annuler la sentence, les parties se retrouvant dans la situation qui était la leur avant de saisir le tribunal arbitral. Il ne pourrait en aller différemment que si la convention d'arbitrage avait prévu la compétence du juge étatique pour régler l'affaire en cas d'annulation de la sentence ou si l'ensemble des parties le demandait, ce qui s'analyserait en une résiliation consensuelle de la convention d'arbitrage. En revanche, pour les mêmes raisons que nous avons exposées à propos de l'appel, la volonté unilatérale d'une seule partie ne saurait entraîner la résiliation de la convention d'arbitrage. Le code de procédure civile ne prévoit pas, en matière d'arbitrage international, la possibilité pour l'ensemble des parties de sortir de la convention d'arbitrage et le juge judiciaire écarte comme nulles les clauses en ce sens, au motif que les règles de procédure contentieuses sont d'ordre public. Cette rigueur ne nous paraît pas s'imposer, dès lors que telle est la volonté commune des parties. Et le souci de leur épargner les dépenses importantes d'un nouvel arbitrage dont elles ne veulent pas justifier à nos yeux de leur permettre d'y renoncer pour revenir dans la voie contentieuse de droit commun.

Enfin il nous semble que, comme le prévoit le code de procédure civile (art 1527, al 2), le rejet du recours en contestation de la sentence devrait avoir pour effet de conférer l'exequatur à la sentence arbitrale ou, en cas d'annulation partielle, à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure que vous aurez prononcée. Cet effet n'est pas automatique, puisque tel n'est pas l'objet du recours et qu'en l'absence de dispositif particulier, la demande d'exequatur relève du tribunal administratif, comme vous l'avez rappelé dans votre décision Syndicat mixte des aéroports de Charente. Il faudrait donc indiquer que, par dérogation à cette compétence de principe, le rejet d'une demande d'annulation de la sentence par le Conseil d'État confère l'exequatur à la sentence.

Car, indépendamment de cette question de compétence, les contrôles effectués par la juge de la sentence et par le juge de l'exequatur doivent être strictement identiques. Cette identité est prévue par le dernier alinéa de l'article 1525 du code de procédure civile, code qui comporte par ailleurs une série d'articles faisant le lien entre le recours en annulation de la sentence et la demande d'exequatur (articles 1522 et suivants). Elle est parfaitement logique si l'on admet comme nous vous le proposons que le juge étatique n'intervient dans le processus arbitral que pour s'assurer qu'il était légalement possible, qu'il s'est régulièrement déroulé et qu'il a respecté l'ordre public, afin d'éviter qu'une sentence qui ne répondrait pas à ces exigences soit intégrée dans l'ordre juridique national. Elle est au demeurant nécessaire à la fois pour assurer le respect par les parties des règles d'ordre public, dont le contrôle ne saurait dépendre de leur choix, totalement libre, du

siège du tribunal arbitral et pour éviter tout effet d'éviction de la France comme lieu de l'arbitrage. Si vous avez suffisamment à faire aujourd'hui avec le recours en contestation de la sentence pour ne pas aborder le régime contentieux de l'exequatur, il nous semble que vous pourriez utilement affirmer cette identité des contrôles dont la nécessité est l'une des justifications de votre office de juge saisi d'une contestation de la sentence.

En revanche, il ne nous paraît pas nécessaire de vous prononcer sur une éventuelle transposition des règles et principes que nous venons de dégager pour l'arbitrage international à l'arbitrage interne. Si la logique contractuelle et ses limites sont à l'oeuvre dans ces deux catégories d'arbitrage, l'internationalité de l'arbitrage justifie également des solutions qui pourraient être différentes dans le cas d'un arbitrage purement interne. Le droit administratif de l'arbitrage international qui résultera de votre décision représentera certainement une source d'inspiration lorsque vous aurez à élaborer celui de l'arbitrage interne, mais tel n'est pas le cas aujourd'hui.

Il nous faut pour finir répondre à la question que nous avons laissée en suspens des modalités de votre saisine, au sein de la juridiction administrative, pour connaître des recours contre les sentences arbitrales.

Votre compétence ne fait aucun doute : la sentence étant une décision juridictionnelle, sa contestation ne peut être portée devant un tribunal administratif - contrairement à la demande d'exequatur (cf. votre décision Syndicat mixte des aéroports de Charente) - ni devant une cour administrative d'appel, dont la compétence est limitativement fixée par la loi (art L. 321-1 et 2 CJA).

Reste à déterminer à quel titre. Si vous nous suivez pour effectuer un contrôle spécifique qui ne soit ni un appel ni un pourvoi en cassation, vous conviendrez que la question perd beaucoup de son intérêt. Les règles de recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat étant les mêmes qu'il s'agisse d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (article R. 821-6 CJA), le seul enjeu est l'application de la procédure d'admission des pourvois en cassation, qui n'est certainement pas faite pour le recours contre les sentences arbitrales. Ainsi, si vous deviez vous rattacher à une voie de recours existante, il serait préférable de continuer à affirmer votre compétence comme juge d'appel.

Mais il nous semble que vous pourriez aussi bien affirmer votre compétence pour connaître des recours en annulation des sentences arbitrales dans les conditions d'introduction de l'instance devant le Conseil d'Etat définies au Livre IV du CJA, pour reprendre les termes de l'article R. 821-6, sans vous référer à l'article L. 321-2 du CJA. Une telle indication suffirait à exclure l'application de la procédure d'admission des pourvois en cassation tout en soumettant le recours aux règles de recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat. Nous ne sommes pas certains que les caractéristiques du recours contre les sentences arbitrales le rendent nécessaire, mais vous pourriez ajouter l'application des dispositions relatives au sursis à l'exécution de la décision attaquée. L'abandon de la référence à l'appel à travers l'article L. 321-2 éviterait tout malentendu sur la réalité de votre office. Elle est au demeurant discutable puisqu'elle repose sur l'idée que le tribunal arbitral est une juridiction administrative spéciale, ce qui ne nous paraît pas du tout évident, en particulier s'agissant d'une sentence internationale.

Ces principes étant posés, il nous faut à présent en faire application au cas d'espèce.

Vous devrez commencer par vous assurer de l'arbitrabilité du litige, même si, en l'absence de toute contestation des parties, vous n'aurez pas à vous prononcer expressément sur ce point.

La licéité de la convention d'arbitrage doit à notre avis s'apprécier à la date à laquelle elle a été conclue. En effet, la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis, est indépendante du contrat dans lequel elle figure ou dont elle a pour objet de régler les difficultés d'exécution. Cette indépendance a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt Gosset du 7 mai 1963 avant d'être inscrite dans le code de procédure civile pour les arbitrages internes (art 1447 al 1) comme pour les arbitrages internationaux (par renvoi de l'article 1506 à l'article 1447). Elle est également très largement reconnue par la plupart des États, qu'ils aient adopté la loi type CNUDCI qui l'affirme ou qu'ils l'aient inscrite dans leur législation, au point que de nombreux auteurs y voient l'un des rares principes généraux du droit de l'arbitrage international. La portée de ce principe est d'abord de préserver la convention d'arbitrage d'une éventuelle illicéité du contrat. La convention d'arbitrage institue le tribunal arbitral en juge des obligations des parties nées du contrat ou à l'occasion du contrat et il lui appartiendra, comme le juge étatique du contrat, d'apprécier la validité du contrat et, au cas où il estimerait ne pouvoir en faire application, de statuer sur les droits des parties sur d'autres fondements. Mais ce principe d'indépendance a également pour effet d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage à la date à laquelle elle est conclue et non à la date de la conclusion du contrat.

Or, à la date à laquelle la convention d'arbitrage a été conclue (juillet 2011), les parties étaient toutes des personnes privées, et ce depuis plusieurs années, Gaz de France, maître d'ouvrage initial, ayant cédé le contrat à la société Fosmax un an après l'avoir signé. La convention d'arbitrage n'entre donc pas dans le champ de la prohibition organique de l'article 2060 du code civil. L'article 2061 ne faisait pas non plus obstacle à l'introduction de la clause compromissoire dans le contrat, puisqu'il était conclu pour les activités professionnelles des parties. Enfin, l'interdiction posée par l'article 2060 de compromettre "dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public" n'a ni pour objet ni pour effet d'interdire de régler par voie d'arbitrage des litiges nés de l'exécution de contrats soumis à des règles d'ordre public, ce qui est probablement le cas de tous les contrats. Une telle interprétation rendrait d'ailleurs inutiles les autres dispositions de l'article 2060 et de l'article 2061 ainsi que la jurisprudence Inserm. A l'exception de la règle d'ordre public les privant de leur compétence, il appartient aux arbitres, sous le contrôle du juge étatique, d'assurer le respect des règles d'ordre public applicables au contrat.

La société requérante soulève trois moyens à l'encontre de la régularité de la sentence attaquée.

Les deux premiers sont dirigés contre les motifs de la sentence justifiant la qualification du contrat de contrat d'entreprise de droit privé. Ce ne sont certes pas les développements les plus longs de cette sentence de 260 pages, mais une dizaine de pages sont consacrées au sujet et témoignent de ce que le tribunal arbitral a pris en compte les arguments des parties sur ce point. La requérante ne peut donc sérieusement soutenir que la sentence ne serait pas motivée sur ce point.

Il est également reproché au tribunal arbitral de ne pas s'être conformé à sa mission en faisant application du droit privé au contrat alors que le Tribunal des conflits a jugé qu'il s'agissait d'un contrat de droit public. La méconnaissance par le tribunal arbitral de sa mission recouvre essentiellement les situations où le tribunal a statué sur des réclamations qui ne lui étaient pas soumises par les parties (ultra petita), où il n'a pas respecté les règles de procédure fixées par les parties ni l'obligation de statuer en droit et non en amiable compositeur. Si le choix de la loi applicable au litige peut entrer dans le champ de ce cas d'ouverture lorsque le tribunal arbitral a ouvertement et complètement écarté la loi choisie par les parties, il ne saurait lui être reproché à ce titre d'avoir fait application d'une loi que les parties n'avaient pas

exclue ni, a fortiori, de l'avoir mal appliquée. Or, en l'espèce, la convention d'arbitrage stipulait que "le droit applicable au fond du litige sera le droit français, y compris le cas échéant les dispositions du droit administratif français ». Les parties n'avaient donc pas tranché la question des règles de droit français applicables au litige et le tribunal arbitral a pu décider d'appliquer le droit privé sans méconnaître la mission que lui avaient confiée les parties.

Contrairement à ce que soutient enfin la société Fosmax, le tribunal arbitral n'a pas retenu pour indemniser le groupement titulaire des surcoûts imputables à son comportement dans la conduite du contrat un fondement de responsabilité qui n'avait pas été débattu entre les parties, en méconnaissance du principe du caractère contradictoire de la procédure. La condamnation prononcée est fondée sur la responsabilité contractuelle que le groupement avait soulevée en demandant à être indemnisé des conséquences de l'augmentation du volume des travaux, qui avait fait l'objet de plusieurs avenants, de l'immixtion de la société Fosmax dans l'exécution du contrat et de sa responsabilité dans un certain nombre de retards.

Trois moyens sont dirigés contre le contenu de la sentence.

Le premier est tiré de ce que le tribunal arbitral aurait méconnu une règle d'ordre public en appliquant au litige les règles du droit privé alors que le contrat relevait du droit public. Si vous partagez les développements qui précèdent sur l'objet et le contenu de votre contrôle de la sentence arbitrale internationale, vous jugerez que l'erreur de droit que peut commettre une juridiction arbitrale sur le droit applicable à un litige ne constitue pas, par elle-même, et pas davantage qu'une erreur lors l'application de la loi, la méconnaissance d'une règle d'ordre public. Une telle méconnaissance ne peut résulter que du constat de ce que la solution donnée au litige par la sentence repose sur la violation d'une règle d'ordre public. Ce n'est donc pas l'erreur sur le droit applicable qui peut caractériser une telle violation mais son éventuelle conséquence sur l'application d'une règle d'ordre public (voyez, pour une affirmation explicite de la Cour de cassation de cette solution, qui sous-tend toute sa jurisprudence : Civ 2ème, 20 février 1991, n° 89-19159). Votre contrôle étant lui-même limité aux règles d'ordre public, l'erreur sur le droit applicable, tant qu'elle ne conduit pas à méconnaître une règle d'ordre public, demeure étrangère à votre office, de sorte que la méconnaissance du champ d'application de la loi par le tribunal arbitral ne vous conduit pas ici à faire application d'une loi inapplicable, ce qui est la raison pour laquelle vous soulevez d'office ce moyen dans les contentieux de droit commun.

Le deuxième moyen critique le refus du tribunal arbitral de mettre à la charge du groupement titulaire du marché les frais engagés par le maître d'ouvrage pour faire réaliser par des tiers la quasi-totalité des travaux que la défaillance du titulaire avait laissé inachevés au mois de février 2010. Ce refus est fondé sur les stipulations de l'article 34.2.1 du contrat qui ne prévoient la possibilité pour le maître d'ouvrage de procéder à une telle mise en régie des travaux que dans le cadre de la résiliation du marché pour défaillance du titulaire. Le tribunal en a conclu qu'à défaut d'avoir préalablement résilié le contrat, le maître d'ouvrage ne pouvait faire supporter par son cocontractant les frais de cette mise en régie. La société Fosmax soutient que la faculté de mettre en régie indépendamment de la résiliation du contrat est une prérogative du maître d'ouvrage qui constitue une règle d'ordre public que le tribunal arbitral a méconnue.

Contrairement au précédent, ce moyen peut être opérant si la règle invoquée est d'ordre public. La sentence est effectivement fondée sur sa méconnaissance, puisque la solution du litige sur ce point aurait été différente si elle avait été appliquée par le tribunal arbitral.

La question de savoir si cette règle est d'ordre public n'est en revanche pas évidente. Précisons tout d'abord que la mise en régie n'a véritablement de sens qu'avant la résiliation du contrat. Vous avez ainsi jugé qu'elle n'avait pas pour effet de rompre les liens contractuels, contrairement à la résiliation (23 janvier 1981, Commune d'Aulnay-sur-Odon et autre, n° 6760, 6806, 6807, au Recueil sur ce point ; 30 septembre 1983, SARL Comexp, n° 26611, au Recueil sur ce point). Une fois le contrat résilié, le maître d'ouvrage retrouve toute latitude pour conclure de nouveaux contrats pour la réalisation des prestations non exécutées, dont le coût aura été déduit, dans le décompte général, des sommes dues au cocontractant au titre du marché.

La faculté pour le maître d'ouvrage de mettre les travaux en régie en cas de défaillance du titulaire n'est prévue par aucune disposition générale régissant les marchés publics de travaux. Elle figure dans le cahier des clauses administratives générales – travaux au nombre des « mesures coercitives » à la disposition du maître d'ouvrage, mais ce document contractuel n'est pas applicable au présent marché. Votre jurisprudence n'est guère plus prolixe : vous n'avez ainsi jamais jugé, comme vous l'avez fait pour le pouvoir de résiliation unilatérale par les décisions que nous avons citées, qu'il ne pouvait faire l'objet d'une renonciation. Vous avez cependant affirmé au moins une fois, dans une décision Daval du 9 janvier 1957 (T, p. 955), que la mise en régie pouvait être prononcée « même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément » et une décision inédite plus récente, du 6 mai 1985, Office public d'HLM d'Avignon (RDP, 1985, p. 1706), indique, à l'occasion du contrôle de la décision de les mettre en œuvre, que « ces pouvoirs de coercition sont inhérents à tout contrat passé pour l'exécution d'un service public ».

Nous pensons qu'il s'agit effectivement d'une prérogative reconnue au maître d'ouvrage afin qu'il puisse en toute circonstance assurer la continuité du service pour la bonne exécution duquel le marché est passé. Imposer au maître d'ouvrage de résilier le contrat pour pouvoir faire exécuter les travaux en cas de défaillance du titulaire représente une contrainte qui peut se révéler incompatible avec les nécessités du service public. La mise en régie est une mesure provisoire, rapide, même si elle doit être précédée d'une mise en demeure, et souple, qui peut ne concerner que certaines prestations, alors que la résiliation est une mesure définitive, totale et qui peut être longue et complexe à mettre en œuvre. Une défaillance du titulaire sur certaines prestations pourrait ainsi rendre nécessaire une mise en régie sans pour autant justifier la résiliation du marché.

Dès lors qu'elle constitue une garantie de la bonne exécution des contrats administratifs de la commande publique, par lesquels les personnes publiques obtiennent les moyens leur permettant d'exercer leurs missions de service public, la faculté de mettre en régie les prestations du marché ne saurait être regardée comme un droit dont le maître d'ouvrage aurait la disposition. Non seulement cette faculté doit toujours lui être reconnue dans le silence du contrat, mais toute clause du contrat qui l'en priverait ou en limiterait l'exercice serait illicite et devrait être écartée par le juge du contrat, qu'il soit public ou privé.

La circonstance qu'à la date à laquelle ces prérogatives ont été exercées le maître d'ouvrage n'était plus une personne publique ne nous semble pas devoir remettre en cause cette analyse. Car cette prérogative n'est pas fondée sur la nature juridique du maître d'ouvrage mais sur celle du contrat, en raison des finalités qu'il poursuit. Or ces finalités sont attachées à l'objet du contrat, qui demeure la réalisation de travaux dans l'intérêt général, par-delà les changements de personnalité du maître d'ouvrage, qui n'affectent d'ailleurs pas non plus son régime juridique. La présente espèce l'illustre parfaitement puisque nul ne disconviendra, comme l'a souligné le Tribunal des conflits dans

cette affaire, qu'un terminal méthanier est un ouvrage indispensable à l'approvisionnement en gaz du pays et donc à la continuité du service public du gaz naturel qui comprend, aux termes de l'article L. 121-32 du code de l'énergie, la continuité de la fourniture de gaz et la sécurité de son approvisionnement.

Si vous partagez notre avis, vous jugerez qu'en déniant à la société Fosmax le droit d'être indemnisée des travaux qu'elle avait mis en régie au seul motif qu'elle n'avait pas préalablement résilié le contrat comme celui-ci le prévoyait, la sentence a méconnu une règle d'ordre public et l'annulerez en tant qu'elle a rejeté la demande de la société Fosmax à ce titre.

Le troisième et dernier moyen est dirigé contre la condamnation de la société requérante à payer au groupement titulaire une somme correspondant aux divers surcoûts qu'elle a dû supporter pour l'exécution du marché. Le tribunal arbitral a constaté d'une part qu'à partir de l'année 2008, plusieurs avenants au contrat et interventions du maître d'ouvrage avaient eu pour effet d'augmenter le volume et le coût des travaux, d'autre part que certains retards de chantier étaient imputables au maître d'ouvrage, qui n'avait pas obtenu les autorisations administratives nécessaires. Il a considéré que ces modifications, par leur ampleur, avaient bouleversé l'économie générale du contrat et qu'elles ouvraient droit au profit du titulaire au paiement de la totalité des travaux supplémentaires effectués puisqu'elles étaient imputables au maître d'ouvrage, sans que puisse lui être opposé le caractère forfaitaire du marché. La société Fosmax soutient que le tribunal arbitral aurait ce faisant méconnu la règle selon laquelle le titulaire d'un marché à prix forfaitaire ne peut être indemnisé des surcoûts auxquels l'exécution du marché a donné lieu que s'ils résultent de sujétions imprévues et non du seul fait qu'ils représenteraient un bouleversement économique du contrat.

Ce moyen nous paraît tout d'abord inopérant. Les modalités d'indemnisation des travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire ne constituent pas des règles impératives auxquelles les parties au contrat ne pourraient déroger. Si, dans le silence du contrat, vous jugez que le titulaire d'un marché à prix forfaitaire ne peut réclamer le paiement de travaux supplémentaires qu'il a dû effectuer que s'ils ont été demandés par le maître d'ouvrage, s'ils sont « indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché » ou encore s'ils procèdent de sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie du contrat ou d'une faute contractuelle du maître d'ouvrage, vous n'avez jamais jugé que les parties ne pouvaient pas aménager différemment l'application du forfait qu'elles ont convenu. Le prix du marché est en effet, comme les autres composantes de son objet, un élément négocié par les cocontractants et nous ne voyons pas ce qui les empêcherait de prévoir des cas supplémentaires d'indemnisation du titulaire, dès lors qu'ils pourraient aussi bien faire l'objet d'avenants. Cette liberté contractuelle s'exerce naturellement sous réserve du respect des principes de mise en concurrence, qui encadrent aussi les avenants. Une sentence arbitrale ne saurait ainsi faire application de modifications substantielles de l'objet du marché qui auraient nécessité une nouvelle mise en concurrence. La Cour de justice de l'Union européenne vient de le juger à propos d'une transaction prévoyant la réduction très substantielle de l'objet du marché (7 septembre 2016, Finn Frogne, aff. C-549/14). Mais, en l'espèce, les sommes que le maître d'ouvrage a été condamné à payer, pour importantes qu'elles soient, ne correspondent pas à de nouvelles prestations modifiant l'objet du marché, mais, pour une part, à des demandes du maître d'ouvrage relatives à l'exécution des travaux prévus et, pour une autre part, à la mise en oeuvre de sa responsabilité contractuelle. Par ailleurs, il n'est pas soutenu que la condamnation prononcée serait tellement hors de proportion avec le coût des travaux supplémentaires exécutés qu'elle constituerait une libéralité.

A supposer même que l'on considère ces cas d'indemnisation comme d'ordre public, ils n'ont pas été méconnus en l'espèce. Certes, le vocabulaire utilisé par le tribunal arbitral est celui du droit privé, sous lequel il s'est placé. Mais le résultat auquel il est parvenu s'inscrit parfaitement dans les cas d'indemnisation que vous appliquez, puisqu'il a condamné le maître d'ouvrage à payer des travaux qu'il avait, selon lui, demandés, qui pour certains avaient fait l'objet d'un avenant et des surcoûts liés à son comportement dans la conduite du marché et à des retards qui lui étaient imputables (CE, 16 décembre 2009, Société SPIE SCGPM, n° 301775). La question de savoir si les travaux supplémentaires demandés par le maître d'ouvrage correspondaient à des exigences nouvelles ou ne tendaient qu'à obtenir la bonne exécution des travaux commandés relève d'une appréciation des faits qui ne peut être discutée devant vous.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc la sentence attaquée en tant seulement qu'elle a rejeté la demande de la société Fosmax tendant au paiement par le groupement STS d'une somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement et rejetterez le surplus de ses conclusions.

Vous n'aurez rien à ajouter à cette annulation partielle. La sentence deviendra définitive pour les autres réclamations. Quant à celle qui fait l'objet de cette annulation, elle relève de la convention d'arbitrage, qu'il appartiendra à la requérante de mettre en oeuvre, à moins que les parties parviennent à un accord ou que la requérante obtienne l'accord des autres parties pour saisir la juridiction administrative, autrement dit que les parties décident de résilier cette convention d'arbitrage.

Vous pourrez enfin mettre à la charge des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem le versement à la société Fosmax d'une somme de 2 000 euros chacune au titre des frais exposés par cette dernière.

Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 6 : CE, Ass., 9 novembre 2016, Soc. Foxmax LNG, n°388806

Par une requête sommaire et des mémoires complémentaires, enregistrés les 18 mars, 18 juin et 5 octobre 2015, 13 juillet et 3 octobre 2016, au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Fosmax LNG demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la sentence arbitrale (CCI n°18466/ND/MHM) rendue à Paris le 13 février 2015 par le tribunal arbitral composé sous l'égide de la Chambre de commerce internationale qui, en premier lieu, a limité à 68 805 345 euros, dont 48 217 345 euros assortis des intérêts à compter du 28 février 2009 et de leur capitalisation, la somme que le groupement d'entreprises STS, composé des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem, devra lui verser, en deuxième lieu, l'a condamnée à payer au groupement d'entreprises STS la somme de 128 162 021 euros assortie des intérêts et de leur capitalisation et, en dernier lieu, l'a condamnée à supporter la moitié des frais de l'arbitrage, fixés à la somme de 1 200 000 dollars américains ;

2°) de mettre à la charge des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem le versement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- la convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment son article V ;
- le code civil ;

- le code de l'énergie ;
 - le code de procédure civile ;
 - la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992;
 - la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003;
 - la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 ;
 - l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
 - le décret n° 93-990 du 3 août 1993;
 - le décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002;
 - le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
 - la décision n° 4043 du 11 avril 2016 du Tribunal des conflits ;
 - le code de justice administrative ;
- (...)

1. Considérant que, par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne le 27 novembre 2001, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou, ouvrage comprenant principalement des installations de déchargement des navires méthaniers, des réservoirs de stockage et des unités de regazéification ; que le contrat a été attribué le 17 mai 2004 au groupement momentanément d'entreprises solidaires STS, composé des sociétés Sofregaz, devenue TCM FR, SN Technigaz et Saipem ; que, par un avenant du 17 juin 2005, Gaz de France, devenu société anonyme, a cédé le contrat, avec effet rétroactif à sa date de signature, à sa filiale, la Société du terminal méthanier de Fos Cavaou, laquelle a ensuite pris le nom de Fosmax LNG ; que, par avenant du 23 janvier 2008, les droits et obligations de la société SN Technigaz ont été transférés à la société Saipem et la société de droit italien Tecnimont est entrée dans le groupement ; que, par un nouvel avenant conclu le 11 juillet 2011, les parties au contrat y ont inséré une clause compromissoire prévoyant que tout différend relatif au contrat serait tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par trois arbitres nommés conformément à ce règlement ; qu'un différend étant né entre les parties, la société Fosmax LNG a mis en œuvre la procédure d'arbitrage, sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, afin d'obtenir réparation du préjudice résultant pour elle du retard et des malheurs dans la livraison du terminal méthanier ; que le groupement STS a formé de son côté des conclusions reconventionnelles tendant au remboursement de l'intégralité des surcoûts supportés par lui pour la réalisation du terminal ; qu'aux termes d'une sentence rendue le 13 février 2015, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a jugé que le groupement STS devrait payer la somme de 68 805 345 euros à la société Fosmax LNG et que celle-ci devrait payer au groupement la somme de 128 162 021 euros et rejeté le surplus des demandes ; que, le 18 mars 2015, la société Fosmax LNG a saisi le Conseil d'Etat d'un recours tendant à l'annulation de la sentence arbitrale ; que, par décision du 3 décembre 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015 ; que celui-ci, par une décision du 11 avril 2016, a jugé que le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale ressortissait à la compétence de la juridiction administrative ;

Sur l'étendue du litige :

2. Considérant que la société Fosmax LNG doit être regardée comme demandant à titre principal l'annulation de l'article II de la sentence arbitrale en tant qu'il l'a condamnée à payer au groupement STS une somme de 87 947 425 euros au titre du bouleversement de l'économie du contrat et l'annulation de son article VI en tant qu'il a rejeté sa demande tendant à la condamnation de ce groupement à lui verser une somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux

exécutés aux frais et risques de ce dernier ; que la société Fosmax LNG demande, à titre subsidiaire, l'annulation de l'ensemble de la sentence arbitrale ; qu'elle demande, dans tous les cas, le renvoi des parties devant un nouveau tribunal arbitral ;

Sur la fin de non-recevoir opposée au recours :

3. Considérant que contrairement à ce qui est soutenu, la circonstance que la société Fosmax LNG ait procédé au paiement des sommes mises à sa charge par la sentence arbitrale ne saurait être interprétée comme un acquiescement de la société à cette sentence ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la requête en raison de l'acquiescement de la société Fosmax LNG à la sentence ne peut qu'être écartée ;

Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international :

4. Considérant que le recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France 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, exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, ressortit, lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, à la compétence de la juridiction administrative ; qu'il en va ainsi y compris pour les sentences rendues, sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international, dès lors que le renvoi que cet article comporte aux dispositions du livre IV du code de procédure civile ne saurait s'entendre, s'agissant de dispositions réglementaires, comme emportant dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les ordres de juridiction en ce qui concerne les voies de recours contre une sentence arbitrale ; qu'au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sentence arbitrale, en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative ;

5. Considérant que lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; que s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine

public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne ;

6. Considérant qu'à l'issue de ce contrôle, le Conseil d'Etat, s'il constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, notamment du fait de la méconnaissance du principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sauf dérogation prévue par des dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral ; que s'il constate que le litige est arbitral, il peut rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci ; qu'il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; qu'à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent ;

7. Considérant, enfin, que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public ; que, par suite, un contrôle analogue à celui décrit au point 5 doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution d'un contrat administratif entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, mettant en jeu les intérêts du commerce international et soumis à un régime administratif d'ordre public, qu'elle ait été rendue en France ou à l'étranger ;

Sur la sentence arbitrale en cause :

En ce qui concerne les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure :

8. Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence a examiné les moyens opérants soulevés devant le tribunal par la société Fosmax LNG pour établir le caractère administratif du contrat ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de motivation de la sentence arbitrale doit être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que l'avenant n°6 conclu le 11 juillet 2011 qui a introduit la clause compromissoire dans le contrat stipulait, à son article 2, que « L'arbitrage sera conduit en langue française, le lieu de l'arbitrage sera Paris (France) et le droit applicable au fond du litige sera le droit français, y compris le cas échéant les dispositions du droit administratif français » et, à son article 4, que « Les Parties sont en désaccord sur la question de l'application du droit administratif au contrat. Il est précisé que le choix de l'arbitrage est sans influence sur la solution de cette question et que le tribunal devra décider de l'application ou de la non application du droit administratif au contrat en fonction des critères fixés par la loi et la jurisprudence des tribunaux français. Le tribunal arbitral aura pour mission de déterminer si le droit administratif est applicable en faisant une stricte application de ces critères... » ; que si le tribunal arbitral a conclu que le contrat devait être qualifié de « contrat d'entreprise de droit privé au sens du droit français applicable » alors qu'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat litigieux est un contrat de droit public, cette circonstance ne saurait conduire à considérer que le tribunal arbitral ne s'est pas

conformé à sa mission telle qu'elle avait été définie par les parties ;

10. Considérant, enfin, que le groupement STS demandait dans ses écritures devant le tribunal arbitral une indemnisation de 165 407 813 euros au titre d'un bouleversement économique du contrat résultant de divers événements survenus après la conclusion de l'avenant n°5 en date du 24 janvier 2008 ; qu'il invoquait à l'appui de sa demande non seulement la signature d'avenants ayant augmenté le volume des travaux et par voie de conséquence le prix, mais également l'immixtion de la société Fosmax LNG dans l'exécution du contrat ; que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence n'a pas, en ce qu'elle relève que les interventions répétées de la société Fosmax LNG dans le cours de l'exécution du contrat ont créé un bouleversement économique du contrat de nature à remettre en cause le prix forfaitaire, fondé l'indemnisation du préjudice sur un fondement juridique non débattu entre les parties ; que le tribunal arbitral n'avait pas à recueillir les observations des parties sur le raisonnement qu'il entendait déduire des éléments de fait et de droit dont les parties ont débattu ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance de règles d'ordre public :

11. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 que le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public ; que s'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat en cause était un contrat administratif et si, par suite, c'est à tort que les arbitres, chargés de déterminer le droit applicable au contrat, ont estimé que le litige était régi par le droit privé, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat ne saurait être encourue que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs ;

12. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage de travaux publics qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même ; que la mise en régie, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de travaux publics, peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement d'un ouvrage public ; que la mise en œuvre de cette mesure coercitive, qui revêt un caractère provisoire, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et qui n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel existant entre le maître d'ouvrage et son cocontractant, ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat par le maître d'ouvrage ; que la règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ; que, par suite, les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer ;

13. Considérant que le contrat en cause dans le présent litige portait sur la réalisation d'un terminal méthanier destiné à Gaz de

France ; que ce nouveau terminal devait permettre d'assurer la sécurité d'approvisionnement et la continuité de la fourniture du gaz, conformément aux obligations de service public assignées à Gaz de France ; qu'eu égard à l'objet de ce marché, qui portait sur la réalisation de travaux publics, la société Fosmax LNG est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal arbitral, s'arrêtant à la constatation que les stipulations des articles 34.2.1 et 34.2.3 du contrat litigieux subordonnaient l'exercice de cette prérogative à la résiliation préalable du contrat et estimant qu'en ne procédant pas à la résiliation du contrat avant de prononcer la mise en régie des travaux, la société avait violé la loi du contrat, a rejeté sa demande tendant à la condamnation du groupement STS au paiement de l'intégralité du coût des travaux que la société a fait exécuter par des tiers aux frais et risques de celui-ci ;

14. Considérant, enfin, que la sentence arbitrale a mis à la charge de la société Fosmax LNG divers surcoûts occasionnés par le comportement du maître d'ouvrage dans la conduite du contrat, dont elle a estimé qu'il avait provoqué un bouleversement économique du contrat ; que s'il est soutenu que le tribunal arbitral a, en accueillant l'essentiel des demandes reconventionnelles du groupement STS au motif que le contrat de construction avait connu un bouleversement économique rendant caduc le prix forfaitaire convenu dans le contrat, méconnu les règles impératives du droit de la commande publique relatives aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause, les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public ; qu'en mettant à la charge de la société Fosmax LNG les surcoûts résultant du comportement de la société maître d'ouvrage durant le chantier, dont les interventions ont conduit à des travaux supplémentaires importants, et de l'arrêt du chantier pendant plus de trois mois à la suite de l'annulation par le tribunal administratif de Marseille, le 29 juin 2009, de l'arrêté préfectoral du 15 décembre 2003 autorisant l'exploitation du terminal méthanier, le tribunal arbitral n'a pas méconnu de règle d'ordre public ;

15. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Fosmax LNG est fondée à demander l'annulation de la sentence attaquée en tant seulement qu'elle a rejeté sa demande tendant au paiement par le groupement STS d'une somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement ; que ses conclusions tendant à l'annulation de cette sentence en tant qu'elle l'a condamnée à payer à celui-ci une somme de 87 947 425 euros au titre du bouleversement de l'économie du contrat doivent en revanche être rejetées ; qu'il appartient le cas échéant à la société Fosmax LNG de saisir de nouveau, dans la limite de l'annulation prononcée par la présente décision, un tribunal arbitral, à moins que les parties ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent de leur litige contractuel ;

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le versement d'une somme soit mis à la charge de la société Fosmax LNG qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem le versement à la société Fosmax LNG de la somme de 2 000 euros chacune au titre des frais exposés par cette dernière et non compris dans les dépens ;