

## RFDA

## RFDA 2017 p.111

**Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif**

Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806(1)

**Benoît Delaunay, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)**

---

La construction d'un régime administratif de l'arbitrage international était annoncée(2) autant que redoutée(3). L'arrêt d'assemblée *Société Fosmax LNG* rendu le 9 novembre 2016 aux conclusions extrêmement riches et fournies de M. Gilles Pellissier, dont les lecteurs ont pu prendre connaissance dans la dernière livraison de la *Revue*, permet au Conseil d'État d'en poser les principales fondations.

Saisi d'un recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige international relatif à l'exécution d'un marché de travaux public, il donne en effet pleine consistance et pleine portée aux mots que le Tribunal des conflits avait retenus dans l'arrêt *INSERM* (4) partageant la compétence juridictionnelle en matière d'arbitrage international des personnes publiques.

On se souvient qu'en vertu de ce partage, fort discuté en doctrine, la compétence de principe du juge judiciaire pour connaître du 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, ne cède que lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique 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 ». Dans ce dernier cas, le Tribunal des conflits juge que « ces contrats relèvent d'un régime administratif d'ordre public et (que) le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat est de la compétence du juge administratif ».

C'est cette dernière formule à laquelle il convenait de donner vie et qu'il fallait en quelque sorte animer - en précisant notamment ce qu'est un régime administratif d'ordre public et en clarifiant l'office du juge administratif ainsi saisi - et qui commandait d'ailleurs la compétence du Conseil d'État, celle-ci n'étant pas ainsi entièrement disponible. Expliquer ce qu'avait entendu dire le Tribunal des conflits dans l'arrêt *INSERM* et les arrêts postérieurs supposait néanmoins d'attendre une occasion juridictionnelle pour ce faire. Celle-ci a été offerte par le contentieux *Fosmax* lui-même renvoyé au Conseil d'État par le Tribunal des conflits. Dans cette affaire, Gaz de France (GDF), alors établissement public industriel et commercial, a conclu un contrat avec un groupement de sociétés, dans lequel est entrée ensuite une entreprise italienne, pour la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou, qui a par la suite été cédé par Gaz de France à l'une de ses filiales, aujourd'hui la société Fosmax LNG. Par un avenant conclu plus tard, la société Fosmax et le groupement d'entreprises ont décidé que tout différend relatif au contrat serait tranché par la voie de l'arbitrage. Le Tribunal des conflits, saisi de la question du juge compétent pour connaître du recours contre la sentence arbitrale, devait déterminer si le contrat devait être regardé comme un contrat soumis aux règles de la commande publique. Selon lui, le contrat avait été conclu administratif et l'est resté. En effet, comme le Tribunal des conflits l'avait déjà jugé dix ans plus tôt, « sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu »(5). Il a par la suite ajouté que cette solution valait quand bien même il y avait cession à une personne privée et que les droits et obligations du contrat nés depuis sa conclusion étaient rétroactivement transférés(6). Reconnu compétent pour régler le litige, le Conseil d'État va plus loin encore sur ce terrain : non seulement le contrat ne change pas de nature mais il ne change pas non plus de contenu. Ainsi, la mise en régie par le maître d'ouvrage public dans l'hypothèse où les contractants, qui ont été mis en demeure sans succès, n'exécutent pas le contrat, faculté qui existait dans le contrat administratif conclu à l'origine, demeure même dans le cadre d'un contrat devenu de droit privé.

Plus spécifiquement, dans l'espèce en cause, la société Fosmax demande l'annulation d'un article de la sentence en tant qu'il l'a condamnée à payer une somme au titre du bouleversement de l'économie du contrat et d'un autre article en tant qu'il a rejeté sa demande tendant à la condamnation du groupement cocontractant à lui verser une somme au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques de ce dernier ; à titre subsidiaire, il demande l'annulation de l'ensemble de la sentence arbitrale. Le Conseil d'État juge que son office de juge du contrôle des sentences arbitrales internationales consiste principalement à vérifier que la sentence rendue ne méconnaît pas une règle d'ordre public. Dans le cas d'espèce, il n'annule la sentence que sur le fait d'avoir méconnu la règle d'ordre public selon laquelle le maître d'ouvrage de travaux publics peut procéder lui-même aux travaux si son cocontractant méconnaît ses obligations, aux frais de ce dernier.

Derrière cette solution apparemment simple, se dissimulent les liens unissant juridiction administrative et arbitrage international qui ne sont pas plus aisés à établir que ceux qui relient les personnes publiques à l'arbitrage même interne(7). En cette matière, la prohibition de l'arbitrage, de nature organique car elle s'applique aux personnes publiques, est de principe et s'élève au rang des principes généraux du droit public français(8) sans toutefois recevoir de consécration constitutionnelle(9) ; figurant à l'article 2060, alinéa 1, du code civil, elle vient d'être rappelée à l'article L. 432-1 du code des relations entre le public et l'administration. Une formule jurisprudentielle ramassée est d'ailleurs venue récemment synthétiser l'état du droit sur cette question : « il résulte des principes généraux du droit public français que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement 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 auxquelles elles sont partie »(10). La décision adoptée par l'Assemblée du contentieux reprend largement cette formulation mais ne limite plus l'interdiction à l'ordre interne, l'étendant au contraire à l'arbitrage international, même s'il existe naturellement des dérogations à cette interdiction. Ainsi, l'arbitrage en matière de commerce international est notamment régi par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961, qui prévoit en son article 2 que « 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 ». Régulièrement ratifiée par la France en 1966 et ayant fait l'objet d'une publication en 1968, cette convention est d'une grande importance. Elle ouvre la voie à la possibilité d'un arbitrage, sous le contrôle du juge.

La question du juge compétent pour contrôler les sentences arbitrales internationales, abondamment commentée depuis plusieurs années(11), ayant été tranchée par l'arrêt *INSERM*, il restait à élucider celle du contrôle opéré sur la sentence par le juge compétent. Contrairement à l'arbitrage international des personnes privées pour lequel c'est le code de procédure civile qui règle les choses, c'est ici le juge administratif qui construit, de manière prétorienne, aucun texte ne l'ayant fait - pas même le code de justice administrative -, le régime de l'arbitrage international des personnes publiques.

Dans une décision qu'on peut juger plutôt équilibrée, s'efforçant de ménager les intérêts attachés à l'arbitrage international et ceux d'un contrôle étatique nécessaire, le Conseil d'État consacre ainsi pleinement le principe d'un contrôle du contenu des sentences arbitrales internationales, qui implique en retour de préciser le contenu du contrôle ainsi opéré.

## **Le contrôle du contenu des sentences arbitrales internationales**

Le juge administratif se trouve placé en première ligne pour opérer le contrôle des sentences arbitrales internationales dès lors qu'il doit vérifier la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français. La qualité de juge d'appel qui lui est alors reconnue n'est cependant pas des plus simples à justifier.

## **L'appel au contrôle du juge administratif**

Cet appel avait été lancé par certains en considération de ce que le juge judiciaire n'exerçait, en contrepoint, qu'un contrôle trop lointain et trop distancié des sentences arbitrales internationales qui relèvent de sa compétence ; il était au contraire redouté par d'autres craignant que le juge administratif vienne ruiner l'édifice arbitral patiemment construit au fil des ans et reconnu comme faisant de Paris une place importante de l'arbitrage international. Le souci

de préserver les spécificités de l'arbitrage international de droit public, tout en ne laissant pas sans contrôle les sentences arbitrales internationales, a ainsi semblé légitimement guider la décision du Conseil d'État. Si, depuis fort longtemps les États ouvraient aux parties la possibilité de contester devant les juridictions étatiques les sentences arbitrales, c'est en effet par l'arrêt *Fosmax* que le Conseil d'État exerce pour la toute première fois un contrôle du contenu d'une sentence arbitrale internationale.

En réalité, la décision du Conseil d'État doit être principalement lue comme une réponse - ou plus exactement une suite donnée - aux décisions du Tribunal des conflits qui lui ont dessiné le cadre de la compétence à exercer en la matière. Il faut ainsi considérer que le Conseil d'État disposait d'une marge de manoeuvre en partie réduite, le principe et les limites du contrôle ayant été préalablement tracés par le Tribunal des conflits. À ce titre, si l'on entend critiquer la décision *Fosmax*, que nous approuvons pour notre part dans ses grandes lignes, ce n'est pas tant la décision du Conseil d'État qu'il faut blâmer que celles du Tribunal des conflits qui l'ont précédée et qui ont largement figé le cadre d'analyse, laissant au juge administratif le soin de préciser les modalités et le contenu du contrôle.

On rappellera que le contrôle en cause dans la décision du Conseil d'État porte naturellement sur l'arbitrage international « qui met en cause les intérêts du commerce international » (C. pr. civ., art. 1504).

Le juge administratif reste pour sa part compétent - sans aucune limitation alors - pour connaître de toutes les sentences arbitrales internes dès lors qu'elles règlent un litige administratif<sup>(12)</sup>. Il y a tout lieu de penser qu'en la matière le juge n'effectuera pas un contrôle fondamentalement différent, en tous les cas pas inférieur à celui qu'il exerce en matière d'arbitrage international.

Au surplus, la décision *Fosmax* envisage à titre principal le contrôle des sentences arbitrales internationales rendues en France mais précise également qu'elle opère un contrôle de même nature sur les sentences rendues à l'étranger *via l'exequatur*, étant rappelé que les juridictions nationales ne peuvent connaître des décisions arbitrales étrangères qu'à l'occasion d'une demande tendant à son *exequatur* : « 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 (relatif au contrôle direct de la sentence) doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'*exequatur* d'une sentence arbitrale 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 ». Il semble ainsi qu'en matière d'*exequatur* d'une sentence étrangère, le juge administratif ne fasse que différer le contrôle qu'opèrerait normalement le juge administratif au stade du contrôle de la sentence si celle-ci était rendue en France. Cette solution est toutefois discutable dans la mesure où l'on pourrait à l'inverse considérer qu'au stade de l'*exequatur*, l'office du juge n'est pas le même que l'office du juge qui contrôle la sentence, et qu'il doit adopter une grille de lecture différente. En effet, le contrôle de l'*exequatur* est un contrôle plus restreint puisqu'il ne s'agit en la matière que de conférer un titre exécutoire à une décision. Sans doute, le Conseil d'État - au demeurant déjà dans sa décision *SMAC* qui étendait les principes de l'arrêt *INSERM* aux sentences étrangères - a-t-il craint l'effet d'éviction : si le contrôle de l'*exequatur* n'est pas le même que le contrôle direct porté sur la sentence, il existe un risque que les parties s'entendent pour que la sentence arbitrale soit rendue à l'étranger et que l'*exequatur* demandée en France échappe ainsi à un contrôle plus poussé.

Le contrôle du juge administratif se trouve également étendu aux contrats de partenariat - « 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 des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international » - alors même que cet article contenait une solution apparemment favorable aux juridictions judiciaires à l'égard de l'arbitrage des marchés de partenariat : « les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le titre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, en application avec la loi française ». Le Conseil d'État a considéré - contrairement à certains auteurs pour qui l'article 90 de l'ordonnance constituait une véritable amputation de la compétence administrative attribuée par l'arrêt *INSERM*, puisque la lecture du livre IV du code de procédure civile indique que seule y est prévue la compétence des juridictions judiciaires en matière d'arbitrage international<sup>(13)</sup> - que le renvoi opéré par cet article au code de procédure civile ne saurait s'entendre 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.

Cela étant considéré, reconnaître le principe d'un contrôle du contenu des sentences arbitrales n'allait pas nécessairement de soi et supposait de dépasser un principe issu du droit privé de l'arbitrage, tenant à l'interdiction de la révision au fond des sentences arbitrales. On le sait, en principe les sentences sont les décisions des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance : partant, le droit français de l'arbitrage international prohibe traditionnellement la révision au fond des sentences(14), principe régulièrement rappelé par les juridictions judiciaires(15). Dans le même temps cependant, il existe un contrôle étatique, condition de la reconnaissance de l'arbitrage auquel il faut donner son effet utile. Ces réflexions ont pu conduire nombre d'auteurs à considérer, non sans raison, que dans le domaine de l'arbitrage international, il convient de dépasser l'alternative droit privé/droit public et de privilégier un ordre juridique autonome qui répond à ses propres logiques.

Au-delà, l'incompétence du juge pour réviser au fond les sentences arbitrales, qui n'est pas reconnue comme telle dans l'arrêt *Fosmax* mais semble implicitement s'y trouver, paraît devoir être conciliée avec la compétence du juge du fond - en l'espèce du juge administratif - pour contrôler les sentences arbitrales internationales.

## Le contrôle du juge administratif d'appel

On a longtemps présenté le juge administratif des sentences arbitrales comme un juge d'appel, le juge de première instance étant précisément l'instance arbitrale. Cette solution, issue de la jurisprudence administrative(16), faisait même du seul Conseil d'État le juge compétent en la matière(17). L'avis *Eurodisneyland* l'affirmait avec une force presque excessive puisque paraissant faire du double degré de juridiction un principe qu'il n'est pourtant pas : « l'appel à l'encontre d'une sentence arbitrale est en effet ouvert de plein droit et ne peut être écarté que par une disposition législative expresse ». L'arrêt *SMAC* (18) n'a, par la suite, pas dit autre chose. Ces vues jurisprudentielles étaient partagées par le professeur René Chapus : « la sentence est en principe susceptible d'appel, voie de recours permettant le mieux un plein contrôle (...) Cette solution doit être regardée comme résultant d'une règle générale de procédure impérative »(19).

Cette lecture traditionnelle n'est pas ouvertement remise en cause par l'arrêt *Fosmax*. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux derniers mots du quatrième considérant de l'arrêt : « au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'État 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 ». Pour rappel, cet article prévoit que « 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 ». Inscrites au sein d'un titre dénommé « la compétence d'appel » et d'un chapitre intitulé « la compétence en raison de la matière », ces dispositions ne semblent laisser aucune place pour un doute quant à leur portée : la compétence du Conseil d'État dans l'arrêt *Fosmax* est sa compétence d'appel. On peut en comprendre les raisons : en l'absence d'un texte créant une voie de droit spécifique en matière d'arbitrage, la voie disponible est celle ouverte par l'article L. 321-2 du code de justice administrative.

C'est cependant sans doute là une difficulté qui conduit à dire que cette solution n'emporte pas nécessairement la conviction. Assimiler les tribunaux arbitraux à des juridictions administratives spécialisées ne s'impose pas avec évidence, ne serait-ce que parce que ces tribunaux arbitraux sont créés par convention alors qu'une juridiction administrative ne paraît pouvoir être créée que par l'État. La solution retenue paraît d'ailleurs en défaut d'harmonie avec les conclusions du rapporteur public dans la présente affaire qui relève que « 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 rapporteur public trouve même « contestable » d'avoir assimilé la sentence à un jugement administratif de première instance ; il faudrait selon lui s'en tenir aux suppositions que n'a jamais procédé d'un choix ; la nature du contrôle sur les sentences arbitrales internationales. René Chapus, qui trouvait des raisons à qualifier d'appel la voie de recours ouverte devant le Conseil d'État, a pu lui-même écrire que « quelle que soit la puissance de la fiction en matière juridique, on a peine à croire que ces sentences pourraient être assimilées aux jugements que des tribunaux administratifs auraient prononcés, si (en l'absence de recours à l'arbitrage) ils avaient été saisis(20).

Plus encore, l'appel ainsi dessiné en est-il vraiment un ? Le Conseil d'État n'agit-il pas comme un juge d'appel

amputé ? Après l'annulation du jugement, le juge d'appel peut traditionnellement choisir de manière discrétionnaire de conserver le litige et de le régler directement par ce qu'on appelle l'évocation : il juge alors en première instance aux lieu et place des premiers juges. Ici le Conseil d'État, 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 ». Cependant, il s'agit d'un appel conçu sur un mode mineur : de l'aveu même des commentateurs du Conseil d'État, il s'agit d'un appel *sui generis* qui « n'a rien de commun avec un appel qui, par l'effet dévolutif, conduit la juridiction à rejuger l'affaire »(21). Il importe alors de se demander si n'est pas créée, de manière prétorienne, une autre voie de recours. Pour le dire autrement, est-il possible de reconnaître un appel sans en accepter toutes les conséquences ? Le Conseil d'État n'a-t-il pas créé une voie de recours de toutes pièces - « ni appel ni cassation » - selon les mots du rapporteur public dans un domaine marqué par l'ordre public du régime des voies de recours et où il n'appartient pas au juge de le faire.

Enfin, à tout bien considérer, si l'on estime que le tribunal arbitral est une juridiction administrative spécialisée, il convient alors de créer un échelon d'appel - mais lequel ? - et que le Conseil d'État intervienne comme juge de cassation(22), étant entendu qu'un recours en cassation est toujours ouvert, même sans texte(23), les juridictions administratives spécialisées étant en effet toujours placées sous le contrôle de cassation du Conseil d'État. Au demeurant, l'arrêt *Fosmax* se présente à certains égards comme un arrêt de cassation tant le contrôle semble davantage porter sur la sentence que sur le litige(24).

Pour en terminer sur cette question, si on peut, selon nous, se réjouir que le Conseil d'État n'opère pas un véritable contrôle d'appel, qui paraîtrait trop poussé, sur les sentences arbitrales, il est permis de regretter qu'on continue de se référer à un appel qui n'en est pas vraiment un, le juge étant ici largement *ad hoc*. Sans doute, y-a-t-il ici, comme en d'autres domaines s'agissant de l'arbitrage, matière à intervention du législateur. On peut trouver une consolation en relevant que le contrôle opéré par le Conseil d'État sur les sentences internationales s'inspire du contrôle qu'exerce le juge judiciaire en matière d'arbitrage interne. Cela est manifeste s'agissant des éléments vérifiés, ce que fait apparaître l'examen du contenu du contrôle des sentences arbitrales internationales.

## Le contenu du contrôle des sentences arbitrales internationales

Dans ses conclusions, le rapporteur public Gilles Pellissier appelait le Conseil d'État à définir une « conception du rôle du juge étatique de la sentence arbitrale internationale » qui prenne la forme d'un « contrôle de conformité » de la sentence aux « règles impératives du droit public français » telles que dégagées par le Tribunal des conflits. C'est donc la question de l'office du juge administratif en la matière qui se trouve posée ; le Conseil d'État y répond en identifiant des cas d'ouverture du recours dont s'évince et se distingue la question première de l'arbitrabilité du litige. Tout en maintenant le principe d'un contrôle de l'arbitrabilité du litige, le Conseil étend le contrôle aux règles d'ordre public.

## Le contrôle maintenu de l'arbitrabilité du litige

C'est le seul contrôle qu'avait exercé jusqu'à présent le juge administratif sur une sentence arbitrale(25), la question de l'arbitrabilité de la sentence étant une question d'ordre public(26), et qui l'avait d'ailleurs conduit à constater l'illicéité du recours à l'arbitrage et à annuler la sentence sur ce point(27). Dans l'espèce considérée, il ne saurait au contraire y avoir de difficulté d'arbitrabilité du litige : GDF, établissement public au moment de la signature du contrat, était autorisé à compromettre par un décret de 2002 pris pour l'application de l'article 2060 du code civil et, en 2011, au moment de la signature du compromis, les deux signataires étaient des personnes privées, donc libres de recourir à l'arbitrage.

Le contrôle de l'arbitrabilité du litige par le juge administratif constitue cependant depuis longtemps une singularité par rapport au contrôle opéré par le juge judiciaire, qui se refuse en principe, et sous réserve d'une irrégularité manifeste(28), à contrôler l'arbitrabilité du litige dès lors que les cocontractants peuvent choisir la loi du contrat et écarter les dispositions rendant un litige inarbitrable, en vertu de la jurisprudence *Galakis* (29) et de ses

prolongements textuels figurant dans le code de procédure civile. Autrement dit, et conformément aux standards internationaux, l'arbitrabilité est de principe devant le juge judiciaire. On se souvient qu'à l'inverse le droit français pose un principe très général d'inarbitrabilité des litiges des personnes publiques françaises, que certains auteurs de droit public ont d'ailleurs combattu non sans raison dans le champ international(30), relayés en ce sens par plusieurs rapports d'importance, malheureusement restés sans suite(31).

À cet égard, il n'était pas interdit de penser que la question de l'arbitrabilité avait pu paraître rouverte par les arrêts *INSERM* et *SMAC* sans qu'il soit aisé de conclure dans un sens ou l'autre. D'un côté, on peut observer que ces arrêts ne se prononcent pas expressément sur cette question mais que, le juge administratif, « ayant été désigné pour assurer un contrôle effectif, on comprendrait mal qu'il capitule d'emblée sur la question primordiale de l'arbitrabilité en s'abstenant de la contrôler »(32). D'un autre côté cependant, on peinerait à comprendre pourquoi ces deux arrêts auraient dessiné un régime de contrôle des sentences arbitrales rendues à propos de contrats administratifs internationaux pour considérer aussitôt que l'inarbitrabilité continuait de prospérer à l'égard des contrats administratifs qui relèvent de la compétence du juge administratif : la concession, le partenariat, le marché public et la délégation de service public. Le professeur Mathias Audit va même plus loin : « aujourd'hui, en droit français, il est acquis que l'inarbitrabilité d'un contrat conclu par une personne publique doit être levée lorsqu'il s'agit par ailleurs d'une opération du commerce international dans deux hypothèses : en présence soit d'un contrat de droit privé d'une personne publique française, soit d'un contrat administratif d'une personne publique étrangère. Dans ces conditions, on conçoit mal que le système juridique français, sans porter atteinte à la cohérence d'ensemble devant le gouverner, puisse admettre que des contrats administratifs des personnes publiques françaises qu'il qualifie lui-même d'opérations de commerce international puissent échapper, de leur côté, à l'arbitrabilité. C'est ici l'enseignement qui peut être tiré des affaires *INSERM* et *Ryanair* sur cette question »(33). D'une certaine façon, le juge aurait dégagé jusqu'à présent un régime de la sentence alors même que la question de l'arbitrabilité du litige n'était pas réglée.

L'un des apports de l'arrêt *Fosmax* est de faire clairement de l'arbitrabilité un élément du contrôle de la sentence arbitrale. C'est que l'arbitrabilité est en soi un élément de l'ordre public. D'autres avant nous ont cité le doyen Vedel à ce sujet, qui a souligné combien l'État et les autres personnes publiques se distinguent des autres requérants en ce qu'ils ne sont jamais pleinement maîtres des intérêts qui leur sont confiés. C'est une collectivité de citoyens, d'administrés ou de contribuables qui, en dernière analyse, est le véritable titulaire des droits et obligations en litige. Par conséquent, le choix des arbitres, l'étendue des pouvoirs de ceux-ci ne peuvent être laissés à la seule volonté des parties. Il subsiste toujours, même dans un litige civil ou commercial dès lors qu'une personne publique y est mêlée, une "frange" d'ordre public »(34).

On ne manquera pas néanmoins de s'interroger sur ce contrôle en soulignant l'insatisfaction qu'il procure sur le terrain d'une certaine loyauté des relations contractuelles, par ailleurs de mise aujourd'hui dans le droit des contrats administratifs, consacré notamment par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* (35). Expliquons-nous : lorsque la personne publique a signé une clause compromissoire puis s'est prêtée à l'arbitrage, peut-elle revenir sur la sentence qu'elle jugerait défavorable et la remettre ainsi en cause devant le juge étatique en tirant argument de l'inarbitrabilité du litige dès l'origine, élément dont elle avait nécessairement connaissance en concluant une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage ? La sécurité juridique pour les opérateurs économiques s'en trouve inévitablement affectée, d'autant plus que le contrôle de l'ordre public opéré par le Conseil d'État s'étend au-delà des règles d'inarbitrabilité.

## **Le contrôle étendu aux règles de l'ordre public**

Le Conseil d'État a voulu éviter un contrôle minimaliste tel que le recours en annulation exercé devant le juge judiciaire contre la sentence arbitrale internationale et selon lequel seules les erreurs grossières commises par l'arbitre dans l'application de l'ordre public international peuvent être censurées par le juge étatique(36). S'écartant ainsi d'une jurisprudence libérale qui ne contrôle pratiquement plus l'ordre public, le Conseil consacre un contrôle de la procédure et du fond de la sentence arbitrale mais en choisissant un contrôle « distancié ».

Le juge vérifie d'abord certains éléments relatifs à la régularité de la procédure, c'est-à-dire le respect par le tribunal de sa compétence et de sa mission, sa correcte composition, le respect des principes d'indépendance et

d'impartialité des juges, ainsi que le respect du caractère contradictoire de la procédure et de la motivation de la sentence. Puis, sur le fond, le juge s'assure que la sentence n'est pas contraire à l'ordre public, c'est-à-dire que le contrat n'était pas dès le départ entaché d'un vice d'une particulière gravité, notamment d'un vice du consentement ou n'est pas contraire à une règle à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger.

Sur ce point, le Conseil a voulu illustrer son propos en fournissant quatre exemples de ces règles : l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont les personnes publiques disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ainsi que la méconnaissance des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne. L'emploi de l'adverbe « notamment » rappelle qu'il n'y a ici aucune prétention à l'exhaustivité ; certains principes directement liés à ceux qui sont expressément visés dans la décision doivent aussi y être rapportés. Il en va ainsi s'agissant de l'interdiction des libéralités, principe solidement ancré dans le droit administratif, qui renvoie également à l'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas<sup>(37)</sup>, et au bon usage des deniers publics. De même, l'inaliénabilité du domaine public se rapporte aussi à la protection du domaine public (qui compte également l'imprescriptibilité du domaine) et même, au-delà, à la protection des propriétés publiques au travers des principes d'incessibilité à vil prix ou d'insaisissabilité des biens publics. Ces deux points font écho à la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 qui relève les « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »<sup>(38)</sup>.

Sur le dernier point envisagé, l'arrêt du Conseil d'État rejoint l'opinion de plusieurs auteurs privatistes selon lesquels « l'ordre public international intègre la défense de certains principes d'origine européenne »<sup>(39)</sup>. On songe ainsi à l'arrêt de la Cour de justice de 1999 en vertu duquel une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 CE (aujourd'hui 101 TFUE), dès lors qu'elle doit, selon les règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public<sup>(40)</sup>. L'arrêt va plus loin encore : « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter les règles de procédure internes, selon lesquelles une sentence arbitrale ultérieure, même si cela est nécessaire pour pouvoir examiner, dans le cadre de la procédure en annulation d'une sentence arbitrale ultérieure, si un contrat que la sentence arbitrale intermédiaire a déclaré valable en droit est néanmoins nul au regard de l'article 81 CE ». Cette solution croise d'ailleurs des jurisprudences judiciaires internes dont il résulte qu'« il est indéniable que l'ordre public international des États membres a également une source communautaire »<sup>(41)</sup>.

Bien entendu, si les quatre règles citées ne sont pas exhaustives, on ne saurait non plus considérer que l'ordre public s'identifie au droit public tout entier. Ce sont seules les « règles impératives du droit public français » qui sont visées, c'est-à-dire celles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, qui s'imposent, qui ont le caractère de la nécessité. On retrouve ici la formule de l'arrêt *INSERM* à laquelle il convenait de donner davantage de consistance et d'illustration : « 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 ».

La terminologie, répétée dans l'arrêt *SMAC*, et ici reprise, n'est pas des plus limpides en ce qu'elle évoque à la fois un « régime administratif d'ordre public » et les « règles impératives du droit public, expressions ambiguës qui ne correspondent à aucune catégorie identifiée en droit public français et sont peu précises. N'y avait-il pas intérêt à faire masse des deux formulations en préférant celle des règles d'ordre public, davantage fidèle tant à l'arbitrage international en droit privé qu'aux règles du droit international public ?

Avec l'arbitrage international de droit privé, d'une part, on observe là un point de rencontre avec le recours en annulation, seul recours ouvert contre une sentence arbitrale internationale dans le cas où « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ». Les juges étatiques doivent ainsi contrôler le respect de l'ordre public par l'arbitre : il s'agit de « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique national ne peut souffrir méconnaissance »<sup>(42)</sup>. Dans l'affaire *Grands moulins de Strasbourg*, la Cour de cassation juge ainsi

que la cour d'appel ne s'est pas déterminée par le seul motif, inadéquat en la cause, pris de l'effet atténué de l'ordre public international au regard de droits régulièrement acquis à l'étranger, mais par la considération que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ne contrevenaient pas, de manière flagrante, à l'ordre public (43).

En droit international public, d'autre part, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale prévoit que pourront aussi être refusées les sentences « si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises, constate a) que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ou b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ». Cette solution est assez largement partagée par les textes internationaux en matière d'arbitrage.

C'est sans doute que l'expression « d'ordre public » est un mécanisme au service de la défense des valeurs essentielles du for. Si les contrats exécutés à l'étranger échappent selon la jurisprudence *Tegos* (44) au droit administratif, il convient par conséquent de réserver l'hypothèse d'application d'une loi de police, c'est-à-dire une règle dont le juge administratif décide du caractère impératif compte tenu de l'importance spécifique qu'il attache à son respect(45), de la même manière qu'en droit privé(46).

Dans l'hypothèse où le litige est arbitral, ce qui est ici supposé, le juge peut soit rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale soit annuler totalement ou partiellement celle-ci. Cette annulation n'a cependant pas pour effet de conduire le Conseil d'État à rejurer l'affaire. Les parties doivent, si elles le souhaitent, solliciter une juridiction arbitrale ; elles peuvent aussi, en amendant la convention d'arbitrage, faire trancher ce point par la juridiction administrative.

\*\*\*

Il faut se réjouir que la période ne soit plus au « sentimentalisme » consistant dans le refus de la généralisation de l'arbitrage administratif relevé par Maurice Hauriou dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif* en 1933(47) et que l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques sur le plan du commerce international soit ainsi en pleine construction au travers d'un grand arrêt. Le régime reste encore à parfaire : est maintenant venu, plus que jamais, le temps du législateur.

#### Mots clés :

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Office du juge \* Conseil d'Etat \* Sentence arbitrale \* Modes alternatifs de règlement des conflits \* Arbitrage \* Arbitrage international  
**CONTRAT** \* Contrat administratif \* Notion de contrat administratif \* Contrat cédé à une personne privée

(1) Cet arrêt et les conclusions de G. Pellissier ont été publiés à la RFDA 2016. 1154.

(2) A. Bizard et Q. de Kersauson, « Le Conseil d'État bâtit sa jurisprudence en matière d'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 2, p. 429.

(3) M. Audit, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires *INSERM* et *Ryanair (SMAC)* », Cahiers de l'arbitrage, 1<sup>er</sup> juill. 2015, p. 235 ; S. Lemaire, « Personnes publiques et arbitrage », RD publ. 2014. 603 s.

(4) T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Lebon p. 580 ; AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. Cassia ; *ibid.* 2337, tribune P. Cassia ; D. 2010. 2633, obs. X. Delpech, note S. Lemaire ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay ; *ibid.* 2011. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959,



concl. M. Guyomar ; *ibid.* 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 27 mai 2010, p. 27, note M. Guyomar ; JCP 2010. 1045, note T. Clay, p. 1096, obs. E. Gaillard, chron. 644 comm. 12 J. Ortscheidt ; Rev. arb. 2010. 275, concl. M. Guyomar ; Rev. arb. 2010. 253, ét. M. Audit ; Dr. adm. 2010 comm. 122, note F. Brenet et F. Melleray ; D. Foussard, Gaz. Pal. 2010. 717, ét. D. Foussard.

(5) T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c/ Mutuelle des architectes français*, Lebon p. 640 ; AJDA 2006. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2007. 284, concl. J.-H. Stahl ; *ibid.* 290, note B. Delaunay ; RTD com. 2007. 37, obs. G. Orsoni.

(6) T. confl., 11 avr. 2016, n° 4043, *Société Fosmax Lng*, Lebon ; AJDA 2016. 750 ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2589, obs. T. Clay.

(7) Y. Gaudemet, « L'arbitrage : aspects de droit public », Rev. arb. 1992. 241 ; P. Delvolvé, « L'arbitrage en droit public français » in D. Renders, P. Delvolvé, T. Tanquerel (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010 ; Ph. Terneyre, « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques », BJCP 2007. 170.

(8) CE, avis, ass. 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, Grands avis, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 12, obs. D. Labetoulle.

(9) Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier.

(10) CE, 23 déc. 2015, n° 376018, *Territoire des îles Wallis*, Lebon p. 484 ; AJDA 2016. 7 ; *ibid.* 1182, note A. Gras ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2589, obs. T. Clay.

(11) M. Chambon, « Renoncer à une guerre microcholine : retour sur la controverse jurisprudentielle relative au recours par les personnes publiques à l'arbitrage international », Dr. adm. juill. 2016. Étude 12 ; F. Lombard, « Des moyens de résoudre le conflit de juridictions sur l'arbitrage international », AJDA 2016. 671.

(12) T. confl., 16 nov. 2015, n° 4025, *Société Broadband Pacific c/ Administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna*, Lebon T. p. 597 ; D. 2016. 2589, obs. T. Clay.

(13) M. Laazouzi, « Marchés de partenariat et arbitrage. L'arbitrage international des marchés de partenariat soumis au régime du code de procédure civile », AJDA 2016. 1163.

(14) V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse Paris II, 2007.

(15) Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Omenex c/ M. Hugon*, D. 2006. 199, avis J. Sainte-Rose ; *ibid.* 2005. 3050, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2006. 103 s., note J.-B. Racine ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 févr. 2014, n° 10-17.076, Bull. civ. I, n° 22, D. 2014. 490 ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay.

(16) CE, sect., 2 mars 1956, *SARL Le secteur électrique de Reuilly*, Lebon p. 102 ; CE, ass., 4 janv. 1957, *Lamborot*, Lebon p. 12 ; AJ 1957. 108.

(17) CE, 28 déc. 2005, n° 274527, *Union syndicale des magistrats administratifs*, Lebon p. 591 ; AJDA 2006. 12 ; *ibid.* 940, note J.-M. Pontier ; D. 2006. 3026, obs. T. Clay : seul le législateur peut décider d'attribuer aux cours administratives d'appel le jugement des recours contre des sentences arbitrales.

(18) CE, 19 avr. 2013, n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, Lebon p. 102 ; AJDA 2013. 822 ; *ibid.* 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 1445, obs. M.-C. de Montecler, note P. Cassia ; *ibid.* 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2936, obs. T. Clay ; RDI 2013. 362, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 427, obs. S. Hul ; RTD com. 2014. 326, obs. E. Loquin ; Contrats Marchés publ. 2013. 174, note P. Devillers ; Dr. adm. 2013. 49, note F. Brenet ; Gaz. Pal. 30 mai 2013, p. 18, note M. Guyomar et 18 juin 2013, p. 10, obs. B. Seiller ; JCP 2013. 748, note S. Lemaire et p. 784, note J. Ortscheidt ; p. 1117, note G. Eveillard ; JCP Adm. 2013. 2245, note H. Muscat et 2330, note C. Blanchon ; Rev. arb. 2013. 761, note M. Laazouzi ; RJEP nov. 2013, p. 27, concl. G. Pellissier.

(19) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2006, p. 266.

(20) R. Chapus, *ibid.*

(21) L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, chron. AJDA 2016. 2368.

(22) En ce sens, O. Le Bot, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Cahiers de l'arbitrage, 2015, p. 243.

(23) CE, ass., 7 févr. 1947, n° 79128, *D'Aillières*, Lebon p. 50 ; RD publ. 1947. 68, concl. R. Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, 3508, note G. Morange.

(24) V. en ce sens la discussion du rapport du président D. Labetoulle, « L'arbitrage dans les litiges intéressant les personnes publiques », JCP Adm 2007, n° 2082.

(25) CE, ass., 13 déc. 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Lebon p. 677 ; D. 1958. 517, concl. F. Gazier, note L'Huillier ; Dr. soc. 1958. 89, concl. F. Gazier ; AJ 1958. 91, chron. J. Fournier et G. Braibant ; JCP 1958, II, 10800, note H. Motulski ; RPDA 1958. 80, note Borella. V. aussi, CE, 8 mars 1961, *Société Air-Couzinet Transocéanic*, Lebon p. 162.

(26) CE, 13 févr. 1959, *Compagnie des chemins de fer du Midi*, Lebon p. 113 ; CE, sect., 3 mars 1989, n° 79532, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, Lebon p. 69 ; D. 1990. 67, obs. P. Terneyre.

(27) CE, sect., 3 mars 1989, n° 79532, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, préc. ; CE, 23 déc. 2015, n° 376018, *Territoire des îles Wallis*, Lebon ; AJDA 2016. 7 ; *ibid.* 1182, note A. Gras ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2589, obs. T. Clay.

(28) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, D. 2016. 1910, note J.-C. Roda ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2589, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2016. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier ; *ibid.* 921, obs. P. Théry.

- (29) Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, Bull. civ. 1966, I, n° 256.
- (30) V. notamment, Y. Gaudemet, « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2002, p. 165 ; S. Braconnier, « Arbitrage et contrats publics d'affaires. Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », *Mélanges Michel Guibal*, PU Montpellier, 2006, p. 319.
- (31) Rapport du président D. Labetoulle, « L'arbitrage dans les litiges intéressant les personnes publiques », JCP Adm. 2007, n° 2082 ; synthétisé in *Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif français*, *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 667 ; v. aussi M. Prada, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, 2011.
- (32) C. Broyelle, « L'intérêt général, l'arbitrage et les personnes publiques », *Mélanges Didier Truchet*, Dalloz, p. 41, spéc. p. 51.
- (33) M. Audit, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires *INSERM et Ryanair (SMAC)* », *Cahiers de l'arbitrage*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, p. 235.
- (34) G. Vedel, « Rapport devant le congrès de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1961, cité par M. Guyomar in JCP Adm. 2011, comm. 2040.
- (35) V., en ce sens, M. Guyomar, « Personnes publiques et arbitrage », *RD publ.* 2014. 603, spéc. p. 618.
- (36) Cass., 4 juin 2008, *Société SNF*.
- (37) B. Delaunay, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence *Mergui* », *Mélanges Gilles Darcy*, Bruylant, 2012, p. 199..
- (38) Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664 , note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. Montecler ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.
- (39) B. Le Bars et J. Dalmasso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, 2016, p. 316 ; V. aussi, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2013.
- (40) CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, AJDA 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1999. 181 ; RTD com. 2000. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *ibid.* 340, obs. E. Loquin ; RTD eur. 2000. 741, chron. L. Idot.
- (41) Paris, 18 nov. 2004, n° 2002/19606, D. 2005. 3050, obs. T. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2006. 104, note S. Bollée ; RTD

com. 2005. 263, obs. E. Loquin ; RTD eur. 2006. 477, chron. J.-B. Blaise ; Rev. arb. 2005. 529 s., note L. G. Radicati di Brozolo.

(42) J. Béguin et M. Menjuq, *Droit du commerce international*, p. 1080, n° 2745.

(43) Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 1991, n° 89-22.042, *Grands moulins de Strasbourg c/ Compagnie continentale France*, Rev. arb. 1992. 76 s., note L. Idot.

(44) CE, 19 nov. 1999, n° 183648, *Tegos*, Lebon p. 356 ; AJFP 2000. 10, obs. F. Berguin ; RFDA 2000. 833, concl. J. Arrighi de Casanova ; Rev. crit. DIP 2000. 409, note S. Lemaire.

(45) CE, 5 juill. 2013, n° 348050, *Région Alsace*, Lebon T. p. 499 ; AJDA 2013. 1417 ; RJEP 2014, n° 11, p. 24, concl. V. Daumas.

(46) P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *Liber amicorum* H. Gaudemet-Tallon, p. 461.

(47) Cité par F. Lombard, *in* « Arbitrage et droit administratif : une incompatibilité de principe ? », Cahiers de l'arbitrage, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 2, p. 209.

RFDA 2016 p.1145

## Le contentieux de l'arbitrage commercial international impliquant des personnes publiques - Questions de compétence

Conclusions sur cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, *Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC)*, n° 13BX02331, AJDA 2016. 2357

David Katz, Premier conseiller à la cour administrative d'appel de Bordeaux, rapporteur public

---

### L'essentiel

Lorsque le juge contrat est saisi d'un litige né de l'exécution d'un contrat administratif comportant une clause compromissoire, il lui appartient d'examiner la licéité de cette clause. Dans le cas où le contrat met en jeu les intérêts du commerce international, la clause compromissoire est licite, ce qui emporte l'incompétence du juge administratif du contrat pour connaître du litige.

L'arbitrage dans les litiges impliquant une personne publique fait partie de ces curiosités qui constituent une source d'inspiration intarissable pour les juristes. On en espère autant qu'on s'en méfie. Les uns sont pour, d'autres sont contre, tandis que certains autres ont une opinion nuancée(1). Pour y voir plus clair, beaucoup attendent des précisions de la jurisprudence, mais les Hautes juridictions, par leurs divergences ou leurs solutions, obscurcissent parfois le débat davantage qu'elles ne l'éclairent(2). Pour les spécialistes du droit de l'arbitrage, le sujet est déroutant, assimilable à un « grand bazar »(3). Les spécialistes de droit public interne, quant à eux, se comportent souvent avec l'arbitrage comme un chat face à une pelote de laine. Au départ, la chose est inerte car, en principe, l'arbitrage n'est pas autorisé pour les personnes morales de droit public. Puis, du bout de la patte, on commence à animer l'objet, en percevant que l'interdiction n'a pas un caractère absolu. À la manière d'une griffe qui accroche un fil, on s'attarde ensuite sur une ou plusieurs exceptions et on voit alors la pelote se dérouler. Enfin, comme pour les chats, la taquinerie cesse en général de deux façons : soit on rencontre un noeud inextricable, soit on se retrouve emmêlé avec pour seul délivrance un argument d'opportunité agissant tel un coup de ciseau.

Voici aujourd'hui devant vous cette pelote de laine que nous déroulerons autant que nous le pourrons.

### Des faits simples donnant lieu à des procédures complexes

L'affaire qui vous est soumise est un épisode du feuilleton qui oppose le syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) à la société Ryanair Limited. Le 8 février 2008, la SMAC a conclu avec cette société et la société Airport Marketing Services Limited, sa filiale à 100 %, deux conventions ayant pour objet le développement d'une liaison aérienne régulière entre les aéroports d'Angoulême et de Londres-Stansted à compter du printemps 2008. Ces conventions, expressément soumises au droit français, comportent chacune des stipulations imposant le recours à l'arbitrage en cas de litige. Selon les stipulations, rédigées en termes identiques, de l'article 19 de la convention conclue avec la société Ryanair Limited et de l'article 16 de la convention avec la société Airport Marketing Services Limited : « Les parties s'engagent à résoudre à l'amiable tout différend découlant ou en relation avec la convention, y compris toute question concernant son existence, sa validité ou sa résiliation. Les différends non résolus à l'amiable seront déférés et résolus en dernier recours par l'arbitrage en vertu des règles de la Cour internationale d'arbitrage de Londres, qui sont considérées comme incorporées par renvoi dans cette clause. Le nombre d'arbitres sera limité à un arbitre. Le siège, ou établissement légal, de l'arbitrage sera Londres, Angleterre ». À la suite de difficultés commerciales, la société Ryanair Limited a notifié au SMAC, le 17 février 2010, sa décision de résilier la convention portant sur la ligne aérienne entre Londres et Angoulême, ce qui a également mis un terme à la seconde convention, dite « de services marketing », conclue entre le SMAC et la société Airport Marketing Services Limited.

S'en est suivi un litige entre le SMAC et la société Ryanair et sa filiale, chacun ayant recherché une issue devant

deux instances différentes : le juge administratif français pour la personne publique, la juridiction arbitrale pour son cocontractant. Agissant le premier, par demande du 30 juin 2010, le SMAC a saisi le tribunal administratif de Poitiers d'une demande tendant, d'une part, à la résiliation des deux contrats aux torts exclusifs des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited et, d'autre part, à la condamnation de ces mêmes sociétés au paiement d'indemnités. Six mois plus tard, le 30 décembre 2010, les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ont demandé un arbitrage à la Cour d'arbitrage international de Londres.

Les événements se sont ensuite succédés de la manière suivante.

Le 22 juillet 2011, une sentence avant dire-droit a été rendue, aux termes de laquelle la Cour d'arbitrage international de Londres s'est déclarée compétente pour connaître du litige opposant la société Ryanair au SMAC et a refusé de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif de Poitiers se soit prononcé sur le même litige. Par une sentence au fond du 18 juin 2012, la même juridiction arbitrale a confirmé la validité de la résiliation des conventions par la société Ryanair et a rejeté les conclusions reconventionnelles du SMAC, qui tendaient à la résiliation des conventions aux torts exclusifs des sociétés et à leur condamnation à lui verser des dommages et intérêts.

Puis, la question de l'*exequatur* des sentences arbitrales a été soumise aux juridictions françaises. Le 21 mai 2012, la sentence avant dire-droit du 22 juillet 2011 statuant sur la compétence de la juridiction arbitrale a reçu, à la demande de la société Ryanair et de sa filiale, l'*exequatur* par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris. De même, le 5 septembre 2012, la sentence du 18 juin 2012 par laquelle l'arbitre a statué sur le fond a reçu, à la demande de ces mêmes sociétés, l'*exequatur* par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris.

Parallèlement, le Conseil d'État a été saisi par le SMAC d'un appel contre les deux sentences arbitrales. Par sa décision du 19 avril 2013(4), le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour connaître des sentences rendues par la Cour d'arbitrage international de Londres, tout en précisant que l'ensemble contractuel constitué par les deux conventions devait être qualifié de marché public de services et que l'*exequatur* d'une sentence arbitrale rendue sur un tel contrat relevait de la compétence de la juridiction administrative (en l'occurrence, le tribunal administratif en premier ressort).

Par jugement du 20 juin 2013, le tribunal administratif de Poitiers s'est prononcé sur la demande qui avait été présentée par le SMAC dès le 30 juin 2010. Ce jugement a rejeté comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, d'une part, la demande du SMAC tendant à la résiliation des conventions et à la condamnation des sociétés à lui verser des dommages et intérêts, d'autre part, les conclusions reconventionnelles indemnitaires de la société Ryanair et de sa filiale.

La requête inscrite au rôle de la présente audience fait régulièrement appel de ce jugement.

Suivant toujours l'ordre chronologique, terminons la présentation des faits et de la procédure en indiquant que, par arrêt du 10 septembre 2013, la cour d'appel de Paris a annulé, à la demande du SMAC, l'ordonnance d'*exequatur* du 21 mai 2012 au motif que le juge judiciaire n'avait pas compétence pour ordonner l'*exequatur* d'une telle sentence. Enfin, se prononçant dans un sens diamétralement opposé à la décision précitée du Conseil d'État du 19 avril 2013, la Cour de cassation, par un arrêt du 8 juillet 2015(5), a annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 septembre 2013 et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles, en estimant que l'*exequatur* de la sentence rendue à Londres relevait des juridictions judiciaires par l'effet de la Convention de New York du 10 juin 1958(6) interdisant toute discrimination entre sentences étrangères et sentences nationales.

Tel est, en résumé, le contexte dans lequel vous avez aujourd'hui à connaître du jugement du tribunal administratif de Poitiers du 20 juin 2013.

Pour rejeter la demande de première instance comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, le tribunal administratif a pour la première fois érigé en « principe » - que l'on peut supposer être un « principe général du droit » - une règle selon laquelle « le juge administratif ne peut connaître des recours contre un marché public de services lorsqu'une clause contractuelle confère, en cas de litige portant sur l'interprétation ou l'exécution du contrat, une compétence d'attribution à une juridiction arbitrale, qui était constituée à la date à laquelle la

juridiction administrative statue ». Ce principe n'a pas été dégagé *ex nihilo*, mais en référence aux articles 1465 et 1448 du code de procédure civile. Le premier dispose que « le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Le second indique que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence ». En identifiant ainsi un principe « dont s'inspirent les articles 1448 et 1465 du code de procédure civile », le tribunal administratif s'est non seulement approprié les éléments matériels de la procédure civile, tout en leur donnant, à notre sens, une interprétation erronée (*v. infra*), mais il leur a aussi conféré une valeur supra-décrétale, les règles précitées du code de procédure civile, issues d'un décret, ayant simple valeur réglementaire. Puis, le tribunal a constaté que l'arbitre désigné par la Cour d'arbitrage international de Londres s'était reconnu compétent pour connaître du litige par une sentence du 22 juillet 2011 et avait renvoyé le fond à une décision d'arbitrage ultérieure. Il en a déduit que la juridiction arbitrale s'était constituée à une date antérieure à laquelle le tribunal administratif lui-même statuait, ce qui emportait l'incompétence de ce dernier pour connaître du litige.

Le SMAC conteste ce jugement en invoquant devant vous, d'une part, le principe d'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, l'inapplicabilité, en contentieux administratif, de l'interprétation donnée par le tribunal administratif à l'article 1448 du code de procédure civile, selon laquelle l'intervention d'une sentence arbitrale à l'étranger avant que le juge national statue ferait obstacle à la compétence de ce dernier pour connaître du litige contractuel.

### Question de compétence ou de recevabilité ?

Avant même de dérouler notre pelote de laine, il est nécessaire de l'observer afin de déterminer précisément par quel bout elle doit être abordée. La licéité des clauses compromissoires en cause est-elle, en droit du contentieux administratif, une question de compétence juridictionnelle ou une question de recevabilité de la demande de première instance ?

Nous l'avons dit, le jugement attaqué y a vu une affaire de compétence et, en appel, les parties discutent toutes deux sur ce plan. Mais le problème mérite d'être éclairci, car la société Ryanair était particulièrement ambiguë en première instance, développant des arguments au soutien d'une « irrecevabilité » de la requête, tout en concluant à l'incompétence de la juridiction administrative. Cette ambiguïté est nourrie par une consultation juridique versée au dossier par la société Ryanair, qui y voit exclusivement une question de recevabilité, laquelle se soulèverait d'office selon cette même consultation.

Il est vrai que la jurisprudence du Conseil d'État a parfois interprété la clause d'un contrat administratif soumettant les éventuels différends entre les parties à une instance qualifiée par elles « d'arbitre » comme une clause imposant un simple recours préalable. Ainsi en est-il dans l'arrêt *Snoy* du 9 décembre 1991(7) à propos d'une clause prévoyant que les parties sollicitent « l'arbitrage de monsieur le sous-préfet » en cas de difficulté dans l'interprétation d'un contrat administratif. Mais cette jurisprudence, qui est à mettre au registre de l'interprétation utile des contrats, a précisément pour but de relever du champ de l'arbitrage les clauses prévoyant un simple recours administratif préalable, quand bien même les parties auraient maladroitement qualifié l'instance de recours « d'arbitre ». Ainsi que l'a indiqué le Conseil d'État dans son avis d'assemblée générale du 6 mars 1986 concernant le parc d'attraction Eurodisney(8), de telles clauses, à la différence des clauses d'arbitrage, sont par principe valides.

En revanche, cette même jurisprudence sur les recours administratifs préalables ne vise pas à soustraire du champ de l'arbitrage toutes les clauses compromissoires : celles dont l'objet est véritablement de prévoir l'intervention d'une juridiction arbitrale en lieu et place de la juridiction d'État restent dans ce champ et donc sous le coup de l'interdiction de principe affirmée notamment dans l'avis du 6 mars 1986(9). Il faut donc distinguer l'arbitrage, qui est un mode de règlement juridictionnel des litiges, des recours administratifs préalables. D'ailleurs, contrairement à ce que suggère la consultation juridique sur laquelle s'appuie la société Ryanair, si toutes les clauses compromissoires relevaient, en droit du contentieux administratif, de la recevabilité de la requête, la question de leur licéité ne se poserait tout simplement pas, puisqu'il est acquis que les parties à un contrat administratif ont parfaitement le droit d'y insérer une clause prévoyant une procédure préalable à la saisine du juge en cas de litige (et dont le non-respect ne se soulève d'ailleurs pas d'office contrairement à ce qui est indiqué dans cette consultation(10)).

Comme l'a fait à juste titre le tribunal administratif, c'est donc sous l'angle de la compétence juridictionnelle que nous aborderons le litige, avec cette précision qu'il faut dépasser ici le système de la dualité de juridiction, puisque la compétence de la juridiction administrative ne se lit pas en creux de l'incompétence de la juridiction judiciaire et réciproquement.

## L'examen de la licéité des clauses compromissoires

Nous pouvons maintenant aborder le premier moyen tenant à la licéité des clauses compromissoires. Pour être clair, insistons ici sur le fait que le litige qui vous est soumis est un litige contractuel dans lequel une des parties invoque l'illicéité et donc la nullité de la clause compromissoire prévue dans chacun des deux contrats, pour se défaire de son engagement initial prévoyant que les litiges nés de ces contrats seraient tranchés par un tribunal arbitral. Autrement dit, et nous reviendrons sur ce point, vous êtes ni plus ni moins saisie d'un recours d'une partie à un contrat administratif dans le cadre de la jurisprudence *Commune de Beziers I* (11).

Précisons également que la décision précitée du 19 avril 2013, rendue sur recours contre la sentence prononcée à Londres, ne dit rien sur cette question, même implicitement. À cet égard, il faut bien se garder d'une certaine interprétation *a contrario* qui conduirait à affirmer la licéité des clauses compromissoires à partir du silence gardé sur ce point par le Conseil d'État. En effet, que ces clauses soient ou non licites, le juge administratif français ne pouvait de toute façon en tirer aucune conséquence dans le cadre d'un recours dirigé contre une sentence rendue à l'étranger, puisqu'il était tout simplement incompétent pour contrôler et agir sur ladite sentence. Quant au juge de l'*exequatur*, auquel renvoie la décision du 19 avril 2013, s'il lui appartient de vérifier le respect des règles de l'ordre public interne, son rôle n'empêche pas le juge du contrat, en amont, d'examiner la validité d'une clause compromissoire lorsque, comme en l'espèce, une partie en excipe la nullité pour attirer le litige devant le juge étatique. Vous devez donc procéder à l'examen de la licéité des clauses compromissoires, sans finalement que la décision rendue dans cette affaire par le Conseil d'État vous soit d'un grand secours.

S'agissant de contrats conclus par une personne publique, un tel examen s'opère dans un cadre conceptuel différent selon que l'on se place dans l'ordre juridique interne ou dans l'ordre juridique international.

## Dans l'ordre juridique interne : un principe d'interdiction assorti d'exceptions

Dans l'ordre juridique interne, le point de départ de la problématique est relativement simple : l'arbitrage propose de soustraire un litige donné à la justice d'État. Lorsque le litige implique une personne publique, l'arbitrage propose non seulement cela mais aussi, du même coup, de soustraire le litige à la compétence du juge administratif, juge spécial de l'administration chargé de lui appliquer le droit sous le sceau de l'intérêt général. Ce qui pose alors problème, en France, est que l'arbitrage, plus encore qu'il retire aux simples particuliers le bénéfice d'une justice étatique, retire à l'administration son privilège de juridiction tout en lui donnant la capacité de se soustraire au droit public. De là viennent toutes les difficultés rencontrées pour admettre l'arbitrage dans les litiges impliquant une personne publique. C'est pourquoi l'intérêt général, élément substantiel du droit administratif, constitue un enjeu crucial lorsqu'on évoque la possibilité de compromettre pour les personnes publiques. Comme l'a souligné Camille Broyelle, cet enjeu a une résonance particulière en matière d'arbitrage international, avec un écho qui se fait entendre dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions(12).

Pour surmonter le problème, il existe en droit public français un principe interdisant aux personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage. En ce sens, le Conseil d'État, dans ses formations consultatives ou juridictionnelles, énonce que les personnes publiques 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 auxquelles elles sont parties(13). Ce principe vaut que la mission de service public en cause soit administrative ou bien qu'elle soit industrielle et commerciale(14). Il est repris à l'article 2060 du code civil, lequel prohibe l'arbitrage sur « les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Il s'agit là d'un « principe général du droit public français »(15) qui a valeur législative et non constitutionnelle comme l'ont indiqué le Conseil constitutionnel(16) et le Conseil d'État(17).

L'intérêt général, entendu dans sa formule chimique la plus pure, n'est cependant pas le seul élément composant



aujourd'hui le droit administratif français. Ce droit a évolué en incorporant d'autres molécules, telles la commercialité, l'eupéanisation, voire la mondialisation, et en subissant des contraintes que l'on nomme célérité, technicité ou encore loyauté. L'arbitrage, qui paraissait au départ si éloigné des personnes publiques, s'en rapproche désormais et se trouve envisagé comme un autre mode juridictionnel de règlement des litiges, au point d'être encouragé(18), à certaines conditions, y compris par les membres les plus éminents de la juridiction administrative (v. les propos du vice-président du Conseil d'État en 2009 et les écrits de Daniel Labetoulle consacrés à l'arbitrage(19)). Il en résulte que le principe d'interdiction de compromettre pour les personnes publiques connaît un certain nombre d'exceptions : si cette interdiction demeure, c'est « sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne »(20).

Parmi ces exceptions figure l'arbitrage en matière de commerce international régi par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961. Selon les stipulations de l'article 2 de cette Convention, « 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 ». En vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, cette Convention impose son autorité à la loi française et aux principes de même valeur, dès lors qu'elle a été régulièrement ratifiée en 1966 et qu'elle a fait l'objet d'une publication par le décret n° 68-117 du 26 janvier 1968(21). Ainsi, dans l'ordre juridique interne, par le jeu d'une exception à une norme d'interdiction, les personnes publiques ont le droit d'avoir recours à l'arbitrage.

## **Dans l'ordre juridique international : l'autonomie des clauses compromissoires et de l'arbitrage international**

À rebours de ce cheminement « principe - exception », la jurisprudence judiciaire part de l'ordre juridique international et de l'autonomie conférée aux clauses compromissoires pour accorder le même droit aux personnes publiques.

Pour ce faire, elle se fonde aujourd'hui sur les dispositions du titre II du livre IV du code de procédure civile intitulé « l'arbitrage international », qui ont codifié le régime prétorien de l'arbitrage international dégagé par la Cour de cassation à partir de l'arrêt *Galakis* (22). Selon l'article 1504 du code de procédure civile, issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage(23), « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Pour procéder à la qualification d'arbitrage international, la jurisprudence judiciaire retient, d'une part, une définition purement économique du commerce international, par référence au seul critère réaliste (interprétation dénommée « doctrine *Matter* »), ce qui permet une indépendance vis-à-vis des qualifications internes (24). La jurisprudence judiciaire confère, d'autre part, un plein effet à la volonté des parties, en accordant une totale autonomie aux clauses compromissoires, ce qui les déconnecte de la loi étatique, sous réserve des règles impératives du droit public français et de l'ordre public international(25). Partant de l'autonomie ainsi conférée à l'arbitrage international, la jurisprudence judiciaire consacre la règle selon laquelle une personne morale de droit public ne peut se prévaloir, en matière d'arbitrage international, des dispositions de droit interne prohibant son adhésion à une convention d'arbitrage(26). Enfin, ajoutons qu'en matière d'arbitrage interne, les articles 1465 et 1448 du code de procédure civile(27) donnent au tribunal arbitral une priorité de compétence pour déterminer sa propre compétence, ce que l'on nomme le principe « compétence-compétence »(28) et donc pour examiner la clause d'arbitrage(29). La jurisprudence judiciaire considère que ce principe s'applique pareillement à l'arbitrage international « en vertu d'une règle substantielle propre à cette matière »(30). Cela ne laisse au juge étatique, lorsque celui-ci est saisi avant l'arbitre, qu'une simple compétence résiduelle en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. En résumé, pour la jurisprudence judiciaire, les personnes publiques sont autorisées à compromettre en matière de commerce international du seul fait de leur volonté et en vertu du titre qui leur est conféré par l'ordre juridique international.

Enfin, accomplissant le rôle qui est le sien - rôle de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction -, le Tribunal des conflits a reconnu, à sa manière, la particularité des litiges contractuels impliquant les personnes publiques et mettant en jeu les intérêts du commerce international dans l'arrêt *Inserm* du 17 mai 2010(31). Au prix d'un raisonnement complexe et critiqué(32), que l'on trouve détaillé dans les conclusions de Mattias Guyomar(33), le juge des conflits a considéré que l'ordre judiciaire est en principe compétent pour connaître d'une sentence

prononcée, en France, sur ce type de litige, sauf lorsque le contrôle de ladite sentence implique de vérifier sa conformité aux règles impératives du droit public français, auquel cas la juridiction administrative est seule compétente.

À la croisée des chemins - l'un tracé dans l'ordre juridique interne, l'autre dessiné dans l'ordre juridique international -, se situe donc le droit, pour les personnes publiques, d'avoir recours à l'arbitrage dans les litiges mettant en jeu les intérêts du commerce international.

C'est précisément sur ce point que porte le premier moyen du SMAC. Il invoque la nullité des clauses compromissaires figurant dans les contrats qu'il a conclus, faute d'entrer dans le champ des exceptions au principe d'interdiction de l'arbitrage. Plus précisément, il soutient que ce principe ne connaît pas d'exception pour le cas où les personnes publiques concluent des contrats de commerce international et, qu'en toute hypothèse, les contrats en cause ne peuvent être qualifiés de contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international.

En ce qui concerne la question de droit portant sur le principe même de la possibilité pour les personnes publiques de compromettre lorsque sont en jeu les intérêts du commerce international, ce principe est, à notre sens et ainsi que nous venons de l'exposer, admis sans aucun doute, soit que l'on suive un cheminement principe-exception comme en droit public français, soit que l'on raisonne sur l'existence d'un ordre arbitral international autonome comme le fait la jurisprudence judiciaire. Contrairement à ce qu'affirme le SMAC, cette possibilité n'est certainement pas remise en cause par la jurisprudence du Tribunal des conflits. Si l'on peut faire dire beaucoup de choses à la décision *Inserm*, il n'est pas possible de considérer qu'elle nie la spécificité de l'arbitrage international pour les personnes publiques, puisque elle précise justement la ligne de démarcation entre les deux ordres de juridictions en pareille hypothèse et en cas de sentence rendue en France.

Certes, aucune décision de justice administrative ne se fonde expressément, à notre connaissance, sur l'exception générale prévue par la convention de Genève de 1961 (en revanche, il existe un certain nombre d'accords particuliers prévoyant la possibilité de compromettre, par exemple l'accord du 6 mars 2007 relatif au musée universel d'Abou Dabi(34)). Mais, dès l'avis d'assemblée générale du 6 mars 1986(35), le Conseil d'État faisait référence à l'exception au principe d'interdiction en matière de commerce international et la doctrine, parmi laquelle on compte les auteurs les plus « autorisés », est unanime pour reconnaître que la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques cède dans le règlement des litiges mettant en cause les intérêts du commerce international(36).

En ce qui concerne la qualification juridique des faits, nous n'avons guère plus de doute pour qualifier les contrats en litige. Certes, c'est plutôt la jurisprudence judiciaire qui s'est, pour le moment, prononcée sur la notion d'intérêts du commerce international. Comme nous l'avons évoqué, suivant la « doctrine *Matter* », la Cour de cassation déduit le caractère international d'un arbitrage en se fondant exclusivement sur la nature de l'opération économique concernée au regard de la mise en cause des intérêts du commerce international, indépendamment du lieu de l'arbitrage, de la loi applicable au fond ou de la nationalité des contractants. Ainsi, selon la jurisprudence judiciaire, on est en présence de commerce international pour toute transaction transfrontalière et, pour qu'il y ait arbitrage international, il suffit finalement que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État(37).

Il n'empêche que rien ne s'oppose à ce que le juge administratif reprenne à son compte les critères dégagés par la jurisprudence judiciaire. Si l'on prend le problème à l'envers, nous ne voyons pas très bien pourquoi la jurisprudence administrative devrait adopter une conception personnelle et divergente de la notion de commerce international au sens de la Convention de Genève du 21 avril 1961. Si l'on souhaite mettre un peu de cohérence dans le sujet qui nous préoccupe, autant donner un sens à la formule « dialogue des juges » en appliquant, dans la jurisprudence administrative, les mêmes critères d'identification des intérêts du commerce international que ceux dégagés par la Cour de cassation interprétant, pour ce qui la concerne, l'article 1504 du code de procédure civile.

A vrai dire, non seulement rien ne s'oppose à ce que le juge administratif fasse siens les critères dégagés par la jurisprudence judiciaire, mais tout commande une harmonie d'interprétation. En effet, dès lors que les personnes publiques françaises tirent leur droit de compromettre d'une convention internationale, les États signataires ne peuvent juridiquement se référer à des définitions purement internes - telle la notion de contrat administratif en droit administratif français - pour qualifier les « intérêts du commerce international », sauf à vider de leurs substances les

obligations nées de la Convention. C'est là une problématique bien connue en droit international et plus spécifiquement encore en droit de l'Union européenne, pour lequel les notions « d'affection du commerce entre États membres » ou « d'entreprise », par exemple, sont des notions indépendantes des statuts juridiques internes(38). Face à cette problématique, le seul critère pertinent est un critère réaliste qui fait référence à nature économique de l'opération, ce qui correspond à la « doctrine *Matter* ».

Suivant cette voie, si l'on prend la peine de mettre de côté la qualification de contrat administratif, laquelle n'intéresse que la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, il paraît certain que les contrats conclus par le SMAC mettent en jeu les intérêts du commerce international. Comme l'a notamment relevé François Brenet dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'État du 19 avril 2013(39), les contrats ont été conclus entre cet établissement public et deux sociétés étrangères dont le siège est en Irlande, ils impliquent un mouvement transfrontalier de personnes, de services, de biens et de capitaux. Nous aboutissons donc à la conclusion que les clauses compromissaires litigieuses sont licites en vertu de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 (40). Par conséquent, le SMAC n'est pas fondé à exciper de leur nullité.

## L'incompétence du juge administratif

Reste alors à examiner le deuxième moyen invoqué par le SMAC, tiré de ce que le principe qui a été dégagé par le tribunal administratif à partir de l'article 1448 du code de procédure civile, principe selon lequel l'intervention d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger ferait obstacle à la compétence du juge national, ne pourrait recevoir application en contentieux administratif eu égard, notamment, au silence du code de justice administrative sur ce point.

## Une lecture erronée, par le tribunal administratif, de l'article 1448 du code de procédure civile

Rappelons que le tribunal administratif a dégagé un principe suivant lequel : « le juge administratif ne peut connaître des recours contre un marché public de services lorsqu'une clause contractuelle confère, en cas de litige portant sur l'interprétation ou l'exécution du contrat, une compétence d'attribution à une juridiction arbitrale, qui était constituée à la date à laquelle la juridiction administrative statue ».

Pour notre part, nous vous invitons à ne pas reprendre à votre compte un tel principe, car il procède d'une lecture erronée de l'article 1448 du code de procédure civile autant qu'il suggère une redoutable interprétation *a contrario*.

Pour remettre les choses en ordre, notons d'abord que, même si l'on suit la logique de l'article 1448 du code de procédure civile, il n'est pas possible de motiver l'incompétence de la juridiction administrative comme l'ont fait les premiers juges. Cet article pose le principe de l'incompétence de la juridiction de l'État lorsqu'est prévue une clause compromissaire. Ce principe cède à la double condition, premièrement, que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable et, deuxièmement, que le tribunal arbitral n'ait pas encore été saisi. Comme le relève très pertinemment la sentence sur la compétence rendue le 22 juillet 2011, ces deux conditions sont cumulatives et une telle interprétation de l'article 1448 est la seule qui soit conforme aux engagements internationaux de la France car, dans le cas contraire, aussi valable que soit la clause compromissaire, une simple saisine antérieure d'un tribunal pourrait la priver d'effet (sentence p. 16). Or, dans le cas qui nous préoccupe, nous sommes arrivé à la conclusion que les clauses compromissaires sont licites. Suivant cette conclusion et si l'on devait appliquer le texte même de l'article 1448 du code de procédure civile, il faudrait considérer que ces clauses ne sont pas *a fortiori* manifestement illicites, sachant qu'en outre, rien n'indique qu'elles soient inapplicables. La première condition n'étant pas remplie, la compétence étatique cède donc au profit de la juridiction arbitrale sans même qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la saisine de cette dernière.

Observons, ensuite, que le « principe » énoncé dans le jugement attaqué laisse la place à une redoutable interprétation *a contrario*. À suivre le raisonnement tenu dans le jugement attaqué, dans l'hypothèse où la société Ryanair n'aurait pas saisi la Cour d'arbitrage international de Londres, le tribunal administratif se serait déclaré compétent au mépris des clauses compromissaires. Mieux encore, si l'on suit le raisonnement du tribunal, celui-ci se serait déclaré compétent s'il avait statué dans les six mois, c'est-à-dire avant la saisine de l'arbitre. Autrement dit, le tribunal administratif a assimilé la question de la compétence de la juridiction arbitrale à une course de vitesse et a

déduit son incompetence du constat de sa propre lenteur. Rappelons que le tribunal administratif a, en l'espèce, été saisi six mois avant que soit saisi l'arbitre. C'est pourquoi il a dû dégager un principe général du droit se référant, d'un côté, à la saisine de la juridiction arbitrale et, d'un autre côté, au jour du jugement prononcé par la juridiction administrative française et ce, en dépit de la lettre même de l'article 1448 du code de procédure civile. En liant ainsi la question de la compétence arbitrale aux délais de jugement de la justice étatique, le tribunal administratif a, nous semble-t-il, dévoyé le principe « compétence-compétence » énoncé dans le code de procédure civile pour l'arbitrage interne et appliqué par la jurisprudence en matière d'arbitrage international.

## **La loyauté des relations contractuelles combinée à la licéité, en l'espèce, des clauses compromissaires**

Contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, nous ne pensons donc pas que le juge administratif tire ici son incompetence du principe dégagé en première instance. L'incompétence du juge administratif ne doit pas davantage être recherchée dans les critères de répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, puisque la question qui vous est posée ne met pas en jeu, à ce stade de l'analyse, la séparation des autorités.

À la différence de l'arrêt *Tegos* (41) ou de la décision *Issa* (42), cette incompetence ne doit pas non plus être recherchée dans le principe de la liaison de la compétence et du fond, puisque le Conseil d'État, dans sa décision du 19 avril 2013, a clairement jugé que le litige concerne un ensemble contractuel constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics, donc un contrat administratif, soumis expressément au droit français(43).

Dans notre affaire, l'incompétence du tribunal administratif pour connaître des demandes du SMAC résulte simplement de l'obligation pour le juge de respecter la volonté des parties, lesquelles ont, en l'espèce, valablement conclu des clauses compromissaires. Comme l'indique l'arrêt d'assemblée *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009(44), cette obligation découle de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, s'il a été jugé qu'il n'existe pas, dans le contentieux de la légalité, de principe général d'estoppel en vertu duquel une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment d'une autre partie s'agissant précisément de la décision de recourir à l'arbitrage(45), il en va différemment en matière contractuelle. L'arrêt *Commune de Béziers I* a ainsi posé le principe suivant lequel il incombe au juge, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat, sauf dans le cas seulement où il constate une irrégularité 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. Or nous avons vu que si une clause compromissoire est par principe illicite, tel n'est pas le cas des clauses compromissaires mettant en jeu les intérêts du commerce international, comme celles figurant dans les contrats conclus entre le SMAC et Raynair. Le juge administratif doit donc les faire respecter. Nous vous proposons ainsi de confirmer le rejet des demandes de première instance, mais en vous fondant sur l'exigence de loyauté des relations contractuelles et le caractère licite des clauses compromissaires, c'est-à-dire sur une combinaison de la jurisprudence *Commune de Béziers I* et de l'exception envisagée dans l'avis *Eurodisney*.

Vous noterez qu'un tel raisonnement est cohérent, à la fois, avec l'idée que le juge administratif est le juge d'attribution des contrats administratifs et avec celle que la clause compromissoire est autonome. À la différence des arrêts *Tegos* et *Issa* précités, le juge administratif n'est pas incompetent pour connaître de la totalité du contrat. Il reste ici compétent pour apprécier la validité de la clause compromissoire, parce que l'on est ici en présence d'un contrat administratif et parce que le droit français est ici applicable au contrat. À cet égard, il serait peut-être plus opportun, dans ce cas très particulier, de rejeter la requête par la simple formule « la requête est rejetée » et non pas par la classique formule « la requête est rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître ». Une fois admise la validité de la clause compromissoire, il revient au juge de la respecter et de la faire respecter en déclinant sa compétence au profit de la juridiction arbitrale pour régler le litige d'exécution du contrat.

En outre, un tel fondement, parce qu'il s'appuie sur la volonté des parties et la possibilité pour les personnes publiques de compromettre en matière de commerce international, satisfait l'ordre juridique interne aussi bien que l'ordre juridique international. Un tel fondement, qui trouve sa source dans les principes du droit public français, sans pour autant contrarier ceux de l'ordre juridique international, évite de dégager un quelconque principe général du droit, autant qu'il évite de prendre appui sur des dispositions du code de procédure civile qui n'ont qu'un caractère

réglementaire et qui, en tant que telles, peineraient à écarter la compétence de la juridiction administrative.

Enfin, un tel raisonnement ne ferme pas la voie à une adoption, en droit public, du principe « compétence-compétence », même si, en l'espèce, le simple fait que la clause compromissoire soit licite évite la discussion sur la chronologie de saisine du juge étatique et de la juridiction arbitrale.

Si vous nous suivez, vous pourrez directement opérer la substitution de motifs que nous proposons pour confirmer le rejet des demandes de première instance, ce qui rendra le second moyen inopérant puisque la solution ne se fondera plus sur le soi-disant principe dégagé par le tribunal.

Nous voilà arrivés au bout de notre pelote de laine que nous délaissions avec le noeud qu'elle comportait dès le départ et qui concerne la question de la juridiction compétente pour connaître de l'*exequatur*. En l'état de la jurisprudence française, vous savez que la Cour de cassation a pris, en juillet 2015, une position diamétralement opposée à celle affirmée par Conseil d'État en avril 2013 et on attend maintenant la solution de la cour d'appel de renvoi, certains auteurs espérant qu'elle procède à une saisine du Tribunal des conflits(46). Mais nous pensons que vous n'aurez pas à dénouer cette question car elle n'est nullement nécessaire pour juger la requête d'appel.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête d'appel et des conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

## **Annexe**

### **Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, n° 13BX02331\***

#### **Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC)**

1. Le syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC), à la suite d'un appel à projet publié le 28 juillet 2007 au Journal officiel de l'Union européenne, a conclu le 8 février 2008 avec la société Ryanair Limited et la société Airport Marketing Services Limited, sa filiale à 100 %, deux conventions ayant pour objet le développement d'une liaison aérienne régulière entre les aéroports de Londres-Stansted et d'Angoulême à compter du printemps 2008. Ces conventions, expressément soumises au droit français, comportaient une stipulation imposant le recours à l'arbitrage auprès du tribunal d'arbitrage international de Londres pour tout différend non résolu à l'amiable « découlant de ou en relation avec la convention, y compris toute question concernant son existence, sa validité ou sa résiliation ». Par lettre du 17 février 2010, la société Ryanair Limited a notifié au SMAC sa décision de supprimer la ligne aérienne entre Londres et Angoulême, mettant également fin, par voie de conséquence, à la seconde convention, dite « de services marketing » conclue par le SMAC avec la société Airport Marketing Services Limited. Saisi par les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, le tribunal londonien d'arbitrage international, par une sentence avant-dire droit rendue le 22 juillet 2011, s'est déclaré compétent pour connaître du litige opposant les sociétés au SMAC et a, en conséquence, refusé de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif de Poitiers, également saisi par le syndicat, se soit prononcé sur le même litige. Par une sentence au fond du 18 juin 2012, la même juridiction arbitrale a confirmé la validité de la résiliation des conventions par la société Ryanair Limited et a rejeté les conclusions reconventionnelles du SMAC, qui tendaient à la résiliation des conventions aux torts exclusifs des sociétés et à leur condamnation à lui verser des dommages et intérêts. Par jugement du 20 juin 2013 le tribunal administratif de Poitiers a rejeté, d'une part, la demande du SMAC tendant à ce qu'il prononce la résiliation des conventions aux torts exclusifs des sociétés et les condamne solidairement à lui verser des dommages et intérêts, d'autre part, les conclusions reconventionnelles indemnitaires des sociétés, estimant que le litige était porté devant une juridiction incompétente pour en connaître. Le SMAC relève appel de ce jugement.

2. Il résulte des principes généraux du droit public français que, sous réserve des dérogations découlant 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.

3. Selon les stipulations des articles 1 et 2 de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du

21 avril 1961, rendue applicable en France par la loi du 6 juillet 1966 autorisant sa ratification et le décret du 26 janvier 1968 portant publication de cette convention, « les personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international ». Il appartient au juge administratif saisi du règlement au fond d'un tel litige d'examiner si le contrat, compte tenu de son objet et de ses stipulations, entre dans le champ d'application de cette convention et, dans l'affirmative, de vérifier si une clause compromissoire imposant le recours à l'arbitrage international est licite, notamment au regard des règles impératives du droit public français. Dans l'hypothèse où cette clause est licite, le juge administratif doit décliner sa compétence pour connaître des différends nés de l'exécution du contrat au profit de l'arbitre international.

4. La convention conclue entre le SMAC et la société Ryanair Limited a pour objet la détermination des conditions opérationnelles et financières dans lesquelles Ryanair s'établira et opérera des vols commerciaux entre Angoulême et l'aéroport de Londres Stansted, ainsi que des conditions d'atterrissage, de « handling » et d'autres services offerts par l'aéroport. La seconde convention, conclue entre le SMAC et la société Airport Marketing Services Limited, porte sur des prestations de « marketing » assurant sur des sites internet français, anglais et irlandais la promotion internationale de l'aéroport et de sa région. Ces conventions, qui constituent un ensemble indissociable de contrats administratifs ayant la nature de marchés publics de services, génèrent un mouvement transfrontalier de personnes, de services, de biens et de capitaux. Elles doivent donc être regardées comme portant sur des opérations relevant du commerce international, et entrent ainsi dans le champ d'application de la convention précitée du 21 avril 1961.

5. Il ne résulte pas de l'instruction que les conventions en cause auraient été conclues en méconnaissance des règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats ou comporteraient des clauses contraires à ces mêmes règles. Dans ces conditions, la clause d'arbitrage international figurant dans chacune des conventions litigieuses n'est pas illicite. En conséquence, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître du présent litige et le SMAC n'est pas fondé à se plaindre de ce que le tribunal administratif de Poitiers, par le jugement attaqué, a rejeté sa demande.

6. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, qui ne sont pas dans la présente instance les parties perdantes, quelque somme que ce soit au titre des frais exposés par le SMAC et non compris dans les dépens. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du SMAC une somme quelconque au titre des frais exposés par les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited et non compris dans les dépens.

Décide :

Article 1<sup>er</sup> : La requête du syndicat mixte des aéroports de Charente est rejetée.

Article 2 : Les conclusions des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

*\*NDLR : La cour administrative d'appel a fondé l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître du litige portant sur la clause d'arbitrage figurant dans des marchés de services relevant du commerce international, sur l'absence de méconnaissance par ces conventions des règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats.*

*Le Tribunal des conflits, dans ses décisions Inserm du 17 mai 2010 et Société Fosmax LNG du 11 avril 2016, avait reconnu la compétence de la juridiction administrative pour connaître du contentieux de l'arbitrage commercial international portant sur les contrats de la commande publique en se fondant sur leur objet, qui met en cause par lui-même des règles impératives du droit public français.*

**Mots clés :****CONTENTIEUX** \* Modes alternatifs de règlement des conflits \* Arbitrage \* Arbitrage international**CONTRAT** \* Marché public \* Définition du marché public \* Clause compromissoire

(1) Parmi une abondante littérature, v. notamment les articles publiés autour et à la suite du rapport rédigé par le groupe de travail présidé par D. Labetoulle en 2007 (Doc. fr., 2007) : A. Courrèges et C. Verot, « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récent remis au garde des Sceaux », RFDA 2007. 489 ; C. Jarosson, S. Lemaire et L. Richer, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », AJDA 2008. 617 ; Ph. Terneyre et C. Verot, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA 2008. 905 ; P. Delvolvé, « L'arbitrage en droit public français », in D. Renders, P. Delvolvé, T. Tanquerel (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010. V. aussi, antérieurement, A Patriklos, *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, 1997 ; Y. Gaudemet, « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif », in *Mélanges Moreau*, Economica, 2003, p. 263 ; C. Jarosson, « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997. 16 ; B. Pacteau, « Arbitrage en droit administratif », J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1048 ; L. Richer, « Arbitrage et conciliation », Rép. Cont. administratif.

(2) V. en particulier CE, 19 avr. 2013, n° 352750 et 36202, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, Lebon p. 102 ; AJDA 2013. 822 ; *ibid.* 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 1445, obs. M.-C. de Montecler, note P. Cassia ; *ibid.* 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2936, obs. T. Clay ; RDI 2013. 362, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 427, obs. S. Hul ; RTD com. 2014. 326, obs. E. Loquin ; Dr. adm. 2013, n° 7, comm. 49, note F. Brenet et, en sens contraire, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 13-25.846, *Société Ryanair Ltd, Société Airport marketing services Ltd c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente*, AJDA 2016. 671, note F. Lombard ; *ibid.* 2015. 1396 ; D. 2015. 1547 ; *ibid.* 2031, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2588, obs. T. Clay ; AJCT 2016. 50, obs. S. Hul ; RTD com. 2016. 71, obs. E. Loquin. v. aussi, T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Lebon p. 580 ; AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. Cassia ; *ibid.* 2337, tribune P. Cassia ; D. 2010. 2633, obs. X. Delpech, note S. Lemaire ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay ; *ibid.* 2011. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin ; Dr. adm. 2010, n° 8-9, p. 37, note F. Brenet et F. Melleray.

(3) V., T. Clay, « Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar ! », LPA, 25 mars 2008 n° 60, p. 3.

(4) CE, 19 avr. 2013, n° 352750 et 36202, préc.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 13-25846, préc.

(6) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée à New York le 10 juin 1958, publié par le décret n° 59-1039 du 1<sup>er</sup> sept. 1959, JORF du 6 sept. 1959.

(7) CE, 9 déc. 1991, n° 84308, *Snoy*, Lebon p. 423.

(8) CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710, EDCE 1987, n° 38, p. 178 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> ed., Dalloz, 2008, obs. D. Labetoulle.

(9) CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710, préc.

(10) V. par ex., CE, 29 sept. 2000, n° 186916, *Société Dezellus métal industrie*, Lebon p. 381 ; RDI 2001. 64, obs. P. Soler-Couteaux ; *ibid.* 65, obs. P. Soler-Couteaux.

(11) CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Lebon p. 509, concl. E. Glaser ; AJDA 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20<sup>e</sup> éd., 2015, p. 868.

(12) V. C. Broyelle, « L'intérêt général, l'arbitrage et les personnes publiques », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 41 s.

(13) V. CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710, préc. ; v. aussi CE, 23 déc. 2015, n° 376018, *Territoire des îles Wallis-et-Futuna*, Lebon p. 484 ; AJDA 2016. 7 ; *ibid.* 1182, note A. Gras ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

(14) V. CE, ass., 13 déc. 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Lebon p. 677, concl. F. Gazier.

(15) V. par ex., CE, 23 déc. 2015, n° 376018, préc.

(16) Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, *Loi de simplification du droit*, AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier.

(17) CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur*, Lebon p. 393, concl. D. Casas ; AJDA 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2005. 16, étude D. Linotte ; D. 2005. 16 ; RDI 2004. 548, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas ; RTD eur. 2005. 839, chron. D. Rittleng.

(18) V. par ex., P. Terneyre, « L'arbitrage des litiges intéressants les personnes publiques », BJCP 2007. 170.

(19) V. le discours de J.-M. Sauvé au colloque « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », organisé le 30 sept. 2009 par la Chambre nationale pour l'arbitrage privé et public (CNAPP), dont le texte est disponible sur le site internet du Conseil d'État. Outre le rapport rédigé en 2007 par le groupe de travail présidé par D. Labetoulle (préc.), qui ne préconise cependant pas l'arbitrage pour les litiges extra-contractuels, v. égal., Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction arbitrage en matière administrative*, Doc. fr., 1993 ; D. Labetoulle ; « Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif français », in *Le droit administratif. Permanence et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 667 ; v. égal., A. Courrèges et C. Vérot, « L'arbitrage dans les litiges intéressant les personnes publiques, quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux », préc.

(20) V. CE, 23 déc. 2015, n° 376018, préc.

(21) Décret n° 68-117 du 26 janv. 1968 portant publication de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial



international et de son annexe du 21 avr. 1961, ainsi que de l'arrangement relatif à l'application de cette convention du 17 déc. 1962, JORF du 9 févr. 1968, p. 1484.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, Bull. civ. I, n° 256.

(23) C. pr. civ., art. 1492 avant la réforme de 2011.

(24) V. par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, D. 2011. 312, obs. X. Delpech ; Rev. crit. DIP 2011. 704, note M. Laazouzi.

(25) V. Civ. 20 déc. 1993, n° 91-16.828 ; Civ. 5 janv. 1999, n° 96-21.

(26) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, préc.

(27) Ces dispositions figurent sous le titre 1<sup>er</sup> intitulé « l'arbitrage interne ».

(28) V. parmi une abondante jurisprudence, v. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-15.968, au Bull. ; D. 2011. 2736 ; *ibid.* 2012. 2991, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2012. 879, note G. Khairallah.

(29) V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 06-14.107, au Bull., D. 2007. 734, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2008. 151, obs. P. Théry.

(30) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-15968, préc.

(31) T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Lebon p. 580 ; AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. Cassia ; *ibid.* 2337, tribune P. Cassia ; D. 2010. 2633, obs. X. Delpech, note S. Lemaire ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay ; *ibid.* 2011. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin.

(32) V. les références doctrinales citées *supra*.

(33) V. concl. M. Guyomar, RFDA 2010. 971.

(34) Publié par le décret n° 2008-879 du 1<sup>er</sup> sept. 2008. Art. 18 : « Les différends entre l'agence et la partie émirienne relatifs aux prestations réalisées par l'agence, aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 2 du présent accord et relative aux services de conseil que l'agence fournit à la partie émirienne sont soumis à arbitrage ».

(35) CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710, préc.

(36) V. notamment, D. Labetoulle, Rapport de 2007 sur l'arbitrage, citant précisément la Convention de 1961. V. aussi les concl. de M. Guyomar préc., spéc. p. 965.

(37) V. Cass., 26 janv. 2011, n° 09-10198 préc.

(38) V. notamment, CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Höfner c/ Macrotron GmbH*, Rec. CJCE p. I-2010 ; AJDA 1992. 253, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard ; D. 1991. 155 ; RDSS 1991. 515, obs. X. Prétot ; RTD com. 1991. 512, obs. C. Bolze ; *ibid.* 524, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1993. 81, chron. E. Traversa ; *ibid.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; Rev. UE 2015. 362, étude J.-P. Kovar.

(39) F. Brenet, Dr. adm. 2013, n° 7, comm. 49, préc.

(40) C'est ce que semble suggérer G. Pellissier dans ses conclusions sur l'arrêt du 19 avr. 2013.

(41) CE, sect., 19 nov. 1999, n° 183648, *Tegos*, Lebon p. 356 ; AJFP 2000. 10, obs. F. Berguin ; RFDA 2000. 833, concl. J. Arrighi de Casanova ; Rev. crit. DIP 2000. 409, note S. Lemaire.

(42) T. confl., 22 oct. 2001, n° 3236, *M<sup>me</sup> Issa c/ lycée Jean Mermoz à Dakar, Agence pour l'enseignement français à l'étranger*, Lebon p. 751 ; D. 2001. 3396 ; AJFP 2002. 15.

(43) CE, 19 avr. 2013, n° 352750 et 36202, préc.

(44) CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, préc.

(45) CE, 23 déc. 2015, n° 376018, préc.

(46) V. F. Lombard, AJDA 2016. 674. *Adde* Par arrêt du 8 nov. 2016, la cour d'appel de Paris, statuant sur l'ordonnance du 5 sept. 2012, a saisi le Tribunal des conflits.

RFDA 2016 p.1154

## Le contentieux de l'arbitrage commercial international impliquant des personnes publiques - Questions de fond

Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon ; AJDA 2016. 2133 ; *ibid.* 2368, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 2343, obs. J.-M. Pastor

Gilles Pellissier, Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

---

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 solidaires 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. À 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 société 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 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, d'une part, 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(1), soit en affirmant votre compétence pour en connaître en qualité de juridiction d'appel(2). 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, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et juge en conséquence que la sentence doit être traitée et exécutée comme l'équivalent d'une décision judiciaire(3). 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 (CJA), 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 leur proposent leur appui au cours de la constitution du tribunal arbitral. Ce rôle « d'institution d'arbitrage chargée d'organiser l'arbitrage »(4) 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* (5).

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(6). 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 [...] »(7). Il s'appliquait pour les arbitrages internes

comme pour les arbitrages internationaux(8).

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 abandonnée, 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'amicable 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 »(9). 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(10) ; 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(11), 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(12). 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(13).

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'appel(14), nous pensons que sa portée est limitée à l'application des règles qui organisent la procédure arbitrale(15). 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 soit ont disparu (Charbonnages de France) soit sont devenus des sociétés de droit privé (EDF-GDF ; La Poste). Il reste néanmoins les trois établissements publics de la Société nationale des chemins de fer (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 1<sup>er</sup> 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(16), alors même qu'en règle générale vous ne vous reconnaissez pas compétent pour connaître d'un contrat entièrement régi par une loi étrangère(17).

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(18) 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(19), 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, a 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(20), 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 partie(21). 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'Organisation des Nations unies (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 2<sup>nd</sup> cycle du 2<sup>nd</sup> degré du district de l'Haÿ-les-Roses* (22), « été conduits à définir un régime de la transaction administrative qui emprunte sur de nombreux points à celui mis en oeuvre 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(23). 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 guidé 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 compromissaires dans les « contrats conclus en raison d'une activité professionnelle », sauf dispositions législatives contraires(24).

Alors qu'il semble contrôler, dans une certaine mesure(25), la validité des conventions arbitrales internes au regard de ces dispositions, le juge judiciaire a abandonné, à partir de 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 »(26). 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(27) 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(28). 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(29). 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 XIX<sup>e</sup> siècle(30) et une expression forte sous la plume entre autres d'E. Laferrière(31), la valeur d'un principe général du droit public,

par l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 6 mars 1986(32), 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 »(33). 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* (34) 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(35).

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(36).

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(37).

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(38) 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 donnée 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 s. ainsi que l'art. 1506 3° applicable aux arbitrages internationaux).

À cet égard, nous pensons que, bien que le code de procédure civile ne le prévoie 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(39), 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 ont 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(40) 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 (41). 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'art. 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 (v. art. 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [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(42).

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(43).

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. À 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(44).

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 évitant 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(45), « 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 »(46).

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 promulgueront ou réviseront 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 douze en Europe et en a inspiré 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 des 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(47) 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 »(48).

À 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(49) 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 rejurer le litige selon cette loi. La compétence du tribunal arbitral pour appliquer la loi demeure entière. Ainsi, rejurer 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 »(50).

Ces raisons expliquent que le rejurement 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 »(51), 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(52) 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 oeuvre 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 rejouer 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 »* (53), et d'assemblée du 4 janvier 1957, *Lamborot* (54), que les recours contre les sentences arbitrales sont portées devant vous en qualité de juridiction d'appel(55). 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 »(56). 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 contraint 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 certain 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 1<sup>er</sup> janvier 1954(57) 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(58), 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(59) 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(60), « 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 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(61) puis réaffirmée par la même juridiction dans un arrêt du 23 mars 2006, *SNF c/ Cytec* (62) 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 »(63). Un tel contrôle limité à « l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public »(64) 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 privatiste(65) 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(66). 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 »(67).

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 »(68).

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(69), qu'effectuait d'ailleurs le juge judiciaire jusqu'à relativement récemment et vers lequel il est peut-être en train de revenir(70). 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* (71), 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 »(72). 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(73), 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(74). Une telle conception, défendue par certains auteurs et dont on trouve quelques rares manifestations en droit comparé(75), 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 »(76). 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(77). 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(78).

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. À 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(79) 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 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(80).

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, *Commune de Béziers* (81), 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(82). 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 oeuvre d'une clause de tacite reconduction, illicite dans les contrats soumis à des règles de mise en concurrence(83).

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 *Commune de Béziers* (84). 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(85).

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 (86) 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(87).

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(88). Cette règle s'impose aux personnes publiques lorsqu'elles terminent un différend par une transaction, qui est un contrat(89). 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 rejet 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(90).

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(91) et illicite la clause par laquelle une personne publique renonçait à la mise en oeuvre de son pouvoir de résiliation unilatérale(92). La présente affaire vous conduira peut-être à ajouter à cette liste le pouvoir du maître d'ouvrage de faire exécuter par un tiers les prestations du contrat en cas de défaillance du titulaire et à ses frais, indépendamment de la résiliation du contrat.

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<sup>(93)</sup>. 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 préfèrent-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 justifie 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* (art. 1522 et s.). 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* (94) - ni devant une cour administrative d'appel, dont la compétence est limitativement fixée par la loi (CJA, art. L. 321-1 et 2).

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'État étant les mêmes qu'il s'agisse d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (CJA, art. R. 821-6), 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'État 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'État. Nous ne sommes pas certain 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'art. 1506 à l'art. 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(95), 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*. À 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(96), 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 du marché 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(97). 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(98). 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 prolifique : 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(99), 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* (100), indique, à l'occasion du contrôle de la décision de les mettre en oeuvre, 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 oeuvre. 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 du pays en gaz 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 déniait 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 » (101) ou encore s'ils procèdent de sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie du contrat(102) ou d'une faute contractuelle du maître d'ouvrage(103), 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(104). 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.

À 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(105). 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 € 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 € chacune au titre des frais exposés par cette dernière.

Tel est le sens de nos conclusions.

## Annexe

### Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, n° 388806

#### Société Fosmax LNG

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 momentané 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 oeuvre 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 malfaçons 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 € à la société Fosmax LNG et que celle-ci devrait payer au groupement la somme de 128 162 021 € 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 € 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 € 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 € 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 oeuvre 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'en 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 € 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 € 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 € chacune au titre des frais exposés par cette dernière et non compris dans les dépens ;

Décide :

Article 1<sup>er</sup> : La sentence arbitrale rendue à Paris le 13 février 2015 entre la société Fosmax LNG et le groupement d'entreprises STS est annulée en tant qu'elle a rejeté la demande de la société Fosmax LNG tendant au paiement par le groupement STS de la somme de 36 359 758 € au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement.

Article 2 : Le surplus du recours de la société Fosmax LNG est rejeté.

Article 3 : Les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem verseront chacune à la société Fosmax LNG une somme de 2 000 € au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Fosmax LNG, à la société TCM FR, à la société Tecnimont et à la société Saipem.

**Mots clés :**

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Office du juge \* Conseil d'Etat \* Sentence arbitrale \* Modes alternatifs de règlement des conflits \* Arbitrage \* Arbitrage international

**CONTRAT** \* Contrat administratif \* Notion de contrat administratif \* Contrat cédé à une personne privée

(1) CE, 20 juin 2012, n° 345120, *Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, porte-parole du gouvernement c/ Lavanant*, Lebon T. p. 729 ; D. 2012. 2991, obs. T. Clay.

(2) CE, ass, 4 janv 1957, *Lamborot*, Lebon p. 12 et les autres décisions citées plus loin.

(3) CEDH, 3 avr. 2008, n° 773/03, *Regent C<sup>ie</sup> c/ Ukraine*.

(4) E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, éd. Lextenso, 2015, § 164.

(5) V. notamment, en ce qui concerne les juridictions administratives françaises, votre décision CE, 19 avr. 2013, n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, Lebon p. 102 ; AJDA 2013. 822 ; *ibid.* 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 1445, obs. M.-C. de Montecler, note P. Cassia ; *ibid.* 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2936, obs. T. Clay ; RDI 2013. 362, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 427, obs. S. Hul ; RTD com. 2014. 326, obs. E. Loquin et, en ce qui concerne la juridiction judiciaire : Civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 2011, n° 11-11.058, D. 2011. 2483 ; *ibid.* 3023, obs. T. Clay ; *ibid.* 2012. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2012. 121, note H. Muir Watt ; RTD com. 2012. 522, obs. E. Loquin. V. égal. les décisions : CE, 26 oct. 1938, *Société anonyme des vignobles et caves de La Bouvraie-Anjou*, Lebon p. 795, à propos du Tribunal arbitral mixte franco-allemand institué par l'art. 304 du Traité de Versailles ; CE, sect., 31 janv. 1958, *Vally*, Lebon p. 58 ; RPDA 1958. 3, concl. Tricot ; RD publ. 1959. 372, obs. A. Gervais, à propos de décisions de juridictions mixtes franco-vietnamiennes, ou encore, CE, 31 janv. 1964, *Commune de Bougie*, Lebon p. 72 : à propos de recours formés contre des jugements rendus par le tribunal administratif de Constantine après l'indépendance de l'Algérie, qui par conséquent émanaient désormais d'une juridiction étrangère et ne pouvaient être portés devant le Conseil d'État « en l'absence de toute disposition conventionnelle attribuant compétence à la juridiction administrative pour en connaître ».

(6) T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c/ Mutuelle des architectes français*, Lebon p. 639 ; AJDA 2006. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2007. 284, concl. J.-H. Stahl ; *ibid.* 290, note B. Delaunay ; RTD com. 2007. 37, obs. G. Orsoni.

(7) Concl. J.-H. Stahl.

(8) T. confl., 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamship*, Lebon p. 793.

(9) Concl. sur Civ, 17 mai 1927, *Pelissier du Besset* ; Civ, 14 févr. 1934, *Banque hypothécaire franco-argentine*.

(10) T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F.*

*Saugstad*, Lebon p. 580 ; AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. Cassia ; *ibid.* 2337, tribune P. Cassia ; D. 2010. 2633, obs. X. Delpech, note S. Lemaire ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay ; *ibid.* 2011. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin ; égal. : T. confl., 11 avr. 2016, n° 4043, *Société Fosmax LNG c/ Société TCM FR, Tecnimont et Saipem*, Lebon ; AJDA 2016. 750 ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

(11) V., pour une application postérieure à la décision *Inserm*, la décision du T. confl., 16 nov. 2015, n° 4025, *Société Broadband Pacific c/ Administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna*, Lebon T. p. 597, relatif à une sentence portant sur la réparation des conséquences dommageables d'un acte administratif.

(12) Selon l'expression de S. Braconnier, « Arbitrage et contrats publics d'affaires. Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », *Mélanges Guibal*, PU de Montpellier, 2006, maintes fois reprise depuis.

(13) Chiffres communiqués par la CCI de Paris.

(14) En ce sens : M. Laazouzi, « Marchés de partenariat et arbitrage, L'arbitrage international des marchés de partenariat soumis au régime du code de procédure civile », AJDA 2016. 1163.

(15) En ce sens : E. Muller, « Les modifications apportées au régime des marchés de partenariat », *Contrats et marchés publics*, n° 10, oct. 2015, dossier 12. Ainsi que, sur cette question mais pour l'application d'autres dispositions rédigées dans les mêmes termes : D. Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.* 1990. 3, spéc. p. 33 s. et p. 45 ; J-M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », AJDA 1955. 89.

(16) Comme l'expliquait D. Chauvaux dans ses conclusions sur la décision T. confl., 24 avr. 2006, n° 3480, *SCP Reichheld et Sturtzer* (Lebon ; AJDA 2006. 1517 ; *ibid.* 2456, concl. D. Chauvaux), un contrat même soumis à un droit étranger, n'est pas régi entièrement par ce droit lorsqu'une loi de police est susceptible de s'y appliquer.

(17) CE, sect., 19 nov. 1999, n° 183648, *Tegos*, Lebon p. 356 ; AJFP 2000. 10, obs. F. Berguin ; RFDA 2000. 833, concl. J. Arrighi de Casanova ; Rev. crit. DIP 2000. 409, note S. Lemaire ; T. confl., 22 oct. 2001, n° 3236, *M<sup>me</sup> Issa c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar*, Lebon p. 752 ; D. 2001. 3396 ; AJFP 2002. 15.

(18) N° 352750, Lebon p. 102 ; AJDA 2013. 822 ; *ibid.* 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 1445, obs. M.-C. de Montecler, note P. Cassia ; *ibid.* 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2936, obs. T. Clay ; RDI 2013. 362, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 427, obs. S. Hul ; RTD com. 2014. 326, obs. E. Loquin.

(19) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 13-25.846, *Société Ryanair*, au Bull. ; AJDA 2016. 671, note F. Lombard ; *ibid.* 2015. 1396 ; D. 2015. 1547 ; *ibid.* 2031, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2588, obs. T. Clay ; AJCT 2016. 50, obs. S. Hul ; RTD com. 2016. 71, obs. E. Loquin.

(20) Il a relevé que ce contrat, initialement conclu par un « établissement public industriel et commercial afin de satisfaire à ses obligations de service public de fourniture de gaz naturel portant sur la continuité de la fourniture et la sécurité des approvisionnements et qui avait pour objet la réalisation de travaux immobiliers dans un but d'intérêt général » était un contrat administratif et que la cession de ce contrat à une personne privée n'en modifiait pas la



nature juridique, étendant ainsi à ce cas de figure le principe selon lequel la nature d'un contrat s'apprécie à la date de sa conclusion (T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c/ Mutuelle des architectes français*, préc.).

(21) Sur les sources internationales du droit de l'arbitrage, nous renvoyons à E. Loquin, « Arbitrage commercial international » - Sources, J.-Cl. Droit international, fascicule 725, 2015.

(22) N° 249153, Lebon p. 433, concl. G. Le Chatelier ; AJDA 2003. 280, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 291, concl. G. Le Chatelier ; *ibid.* 302, note B. Pacteau.

(23) Ce qui pose, outre la question de compétence juridictionnelle que nous avons évoquée, une autre série de problèmes tenant à ce que certaines dispositions du code de procédure civile applicables aux arbitrages internationaux, telle que la possibilité de renoncer par avance au recours en annulation de la sentence (art. 1522), qui est le seul recours ouvert contre les sentences internationales, nous semblent difficilement transposables aux personnes publiques. Il vous faudra donc probablement, si un jour vous êtes saisis d'une telle stipulation, vous demander si un principe supérieur ne commande pas de l'écartier.

(24) On sait que cette disposition, issue d'une loi du 15 mai 2001, a renversé le principe antérieurement en vigueur de l'interdiction des clauses compromissaires, c'est-à-dire des stipulations par lesquelles les parties à un contrat s'obligeaient par avance à recourir à l'arbitrage. En revanche il leur était toujours possible de conclure un compromis pour soumettre à l'arbitrage un litige déjà né.

(25) Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, § 99 s. ; § 533.

(26) (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avr. 1964, *Onic c/ San Carlo*, Bull. Civ. I, n° 188 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, Bull. Civ. I, n° 256.

(27) V. par ex., Soc., 28 juin 2005 et les décisions citées par Séràglini-Ortscheidt, *op. cit.* § 652.

(28) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, *Société Apple distribution*, D. 2016. 1910, note J.-C. Roda ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, 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.

(29) V. sur ces points les intéressants développements de M. Chambon, « Renoncer à une guerre picrocholine : retour sur la controverse jurisprudentielle relative au recours pour les personnes publiques à l'arbitrage international », Dr. adm., juill. 2016, p. 15.

(30) CE, 23 déc 1887, *Mgr de Dreux-Brézé, évêque de Moulins*, Lebon p. 842 ; plus récemment : 13 déc. 1957, *Société nationale des ventes des surplus*, Lebon p. 677.

(31) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1888, t. 2, p. 145-146 : « Le compromis ne saurait trouver sa place parmi les contrats de l'État car il est de principe que l'État ne peut pas

soumettre ses procès à des arbitres » notamment « à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage ».

(32) N° 339710, Grands avis du CE, n° 12, avec un commentaire du président Labetoulle.

(33) Formulation reprise par votre décision du 29 oct 2004, n° 269814, *Sueur et autres*, Lebon p. 393, concl. D. Casas ; AJDA 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2005. 16, étude D. Linotte ; D. 2005. 16 ; RDI 2004. 548, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas ; RTD eur. 2005. 839, chron. D. Ritleng.

(34) N° 376018, Lebon p. 484 ; AJDA 2016. 7 ; *ibid.* 1182, note A. Gras ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

(35) Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier.

(36) V. les concl. de M. Guyomar sur l'affaire *Inserm* et ses interventions lors de la Table ronde organisée par C. Broyelle, « Arbitrage et contrats internationaux de l'administration. À propos de la décision *Inserm* du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 », La semaine juridique - Administration et collectivités territoriales, n° 5, janv. 2011.

(37) 23 déc. 2015, *Territoire des îles Wallis et Futuna*, préc.

(38) CE, 26 juill. 2011, n° 347086, *M<sup>me</sup> Sroussi et autres*, Lebon T. p. 1066 ; AJDA 2011. 1959, note P. Cassia ; D. 2011. 2046, et les obs. La décision d'une personne publique de ne pas saisir le juge est toujours susceptible de recours pour excès de pouvoir : CE, sect., 30 sept. 1955, *Union nationale des syndicats d'opticiens*, Lebon p. 453 ; CE, sect., 27 oct. 1999, n° 196306, *Solana*, Lebon p. 333 ; AJDA 1999. 1042 ; RFDA 2000. 825, concl. J.-D. Combrexelle. V. sur cette question les analyses de L. Richer au répertoire de contentieux administratif Dalloz « Arbitrage et conciliation » et de R. Féral, « Le point de vue du juge administratif », in *L'ordre public et l'arbitrage*, sous la direction d'E. Loquin et S. Manciaux, LexisNexis, 2014, p. 211.

(39) CE, 4 déc 1924, *Légillon*, Lebon p. 985 ; CE, 8 juill. 1970, n° 75362, *Doré*, Lebon p. 471.

(40) Le rapport du groupe de travail présidé par le président Labetoulle n'envisageait d'imposer une audience publique que dans le cadre d'une disposition législative.

(41) CE, ass., 4 oct. 1974, n° 88930, *Dame David*, Lebon p. 464.

(42) CE, 27 juill. 1984, n° 33630, *Association SOS Défense*, Lebon p. 284 ; CE, 3 sept. 1997, n° 173125, *François*, Lebon T. p. 823 ; D. 1997. 209.

(43) CE, 9 nov 1983, *Association SOS Défense*, Lebon T. p. 827.

(44) V. CE, 15 mars 2000, n° 185837, *M<sup>me</sup> Drannikova*, Lebon T. p. 1047, 1161 et 1184, à propos du principe du contradictoire.

- (45) « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythe et réalités », Gaz. Pal. 2009, n° 80, p. 9.
- (46) On peut également citer L.Ch. Delanoy, selon lequel « le devoir de l'État est de s'opposer à l'accueil dans son ordre juridique de tout titre exécutoire consacrant une situation ou un droit contraire à son ordre public » (« Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », Rev. Arb. 2007, n° 2, p. 218).
- (47) E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff publishers, 2008, § 11 s.
- (48) D. Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », Revue de l'arbitrage, 1990, p. 45.
- (49) V. en ce sens l'intervention de P. Cassia lors de la Table ronde organisée par C. Broyelle, « Arbitrage et contrats internationaux de l'administration. À propos de la décision *Inserm* du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 », La semaine juridique - Administration et collectivités territoriales, n° 5, janv. 2011.
- (50) B. Goldman, cité par E. Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », préc., p. 17
- (51) MM. Ancel et Lequette, cité par P. Mayer, article préc., p. 469 ; v. aussi Delanoy, article préc.,
- (52) Il existe deux voies de recours extraordinaires : les sentences internes peuvent être frappées de tierce opposition (art. 1501), tandis que le recours en révision est ouvert contre les sentences internes (art. 1502) comme internationales (sous réserve de convention contraire, art. 1506 5°), dans les cas prévus pour les jugements, le recours étant porté devant le tribunal arbitral, sauf s'il ne peut être à nouveau réuni, auquel cas il est porté devant la cour d'appel.
- (53) Lebon p. 102.
- (54) Lebon p. 12.
- (55) CE, 13 févr. 1959, *Compagnie des chemins de fer du Midi*, Lebon p. 113 ; CE, sect., 3 mars 1989, n° 79532, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, Lebon p. 69 ; D. 1990. 67, obs. P. Terneyre.
- (56) CE, 28 déc. 2005, n° 274527, *Union syndicale des magistrats administratifs*, Lebon p. 591 ; AJDA 2006. 12 ; *ibid.* 940, note J.-M. Pontier ; D. 2006. 3026, obs. T. Clay, 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.
- (57) Date d'entrée en vigueur du décret-loi du 30 sept. 1953 créant les tribunaux administratifs.

(58) V. notamment sur ce sujet O. Le Bot, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Cahiers de l'arbitrage, 2015, n° 2, p. 243.

(59) CE, ass., 7 févr. 1947, n° 79128, *D'Aillières*, Lebon p. 50.

(60) « L'ordre public et l'arbitrage », intervention lors de la table ronde.

(61) Par lequel elle affirme que « le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond en l'absence de fraude ou de violation manifeste, effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux ».

(62) Rev. Arb 2007, p. 100, obs. S. Bollée.

(63) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *SNF c/ Cytec* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *Abela*, D. 2010. 2442, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2011. 265, obs. N. Fricero.

(64) E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso 2015, § 539.

(65) V., pour un état des débats, Delanoy, article préc. et Séragliani-Ortscheidt, *op. cit.*, § 982 s.

(66) Sur ce double aspect du contrôle, v. P. Mayer, § 22.

(67) Cité par L. Ch. Delanoy, article préc., § 65.

(68) « L'ordre public et l'arbitrage », préc., intervention lors de la table ronde, p. 226.

(69) V., parmi d'autres : L. Ch Delanoy, article préc. ; Séragliani et Ortscheidt, *op. cit.*, 982 s. ; E. Loquin, *op. cit.*, § 539.

(70) V. E. Loquin, *op. cit.*, § 539.

(71) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv 1987, Rev. arb. 1987. 469 ; dans le même sens : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept 1993, *Westman*, Rev. arb. 1994. 359.

(72) Cité par Séragliani, article préc., § 38

(73) *Op. cit.* § 982.

(74) E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., § 115, qui évoque des règles « dégagées à partir de la constatation que les États s'accordent, même s'ils ne sont pas nécessairement unanimes, à condamner certaines pratiques telles que la corruption, le trafic de stupéfiants ou d'organes humains, à protéger certaines parties jugées faibles, ou même, comme dans les cas d'embargo décrétés par la communauté internationale, à promouvoir certaines politiques destinées à assurer la paix et la sécurité internationale ».

(75) Ex. donnés par Séraglini, Chambon, dans les articles préc.

(76) 14 juin 2001, Rev. Arb 2001, p. 773, note Ch. Séraglini.

(77) En ce sens, S. Boueyre, « La notion de règles impératives du droit public français en droit de l'arbitrage », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, n° 1, 2014, p. 4. Selon Planiol, une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi ». Cité par P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *Liber amicorum* Hélène Gaudemet-Tallon, p. 461.

(78) Avis préc. *Syndicat intercommunal des établissements de l'Haÿ-les-Roses* et, pour une application en matière de commande publique : 17 oct. 2003, n° 249822, *Ministre de l'intérieur c/ syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet*, Lebon p. 411 ; AJDA 2003. 2267, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2004. 1631, étude J.-F. Lafaix ; RDI 2004. 114, obs. M. Degoffe.

(79) Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec. Cons. const. p. 33, GDCC n° 25.

(80) CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, AJDA 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1999. 181 ; RTD com. 2000. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *ibid.* 340, obs. E. Loquin ; RTD eur. 2000. 741, chron. L. Idot ; CJCE, 26 oct 2006, aff. C-186/05, *Mostaza Claro*.

(81) N° 304802, *Commune de Béziers*, Lebon p. 509, concl. E. Glaser ; AJDA 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert.

(82) CE, 12 janv. 2011, n° 338551, *Manoukian*, Lebon p. 5 ; AJDA 2011. 71 ; *ibid.* 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier ; AJCT 2011. 129, obs. A. Burel. V. égal. : CE, 12 janv. 2011, n° 332136, *Société des autoroutes du nord et de l'est de la France*, Lebon p. 844, 1011 et 1024 ; AJDA 2011. 72 ; *ibid.* 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier ; CE, 19 janv. 2011, n° 332330, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, Lebon T. p. 1011 ; AJDA 2011. 135 ; *ibid.* 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; AJCT 2011. 129, obs. A. Burel, s'agissant d'une délégation de service public ; 23 mai 2011, n° 314715, *Département de la Guyane*, Lebon T. p. 1005 et 1025 ; AJDA 2011. 1109 ; *ibid.* 1564, note S. Ziani ; 4 mai 2015, n° 371455, *Société Bueil Publicité mobilier urbain*.

(83) CE, 17 oct. 2016, n° 398131, *Commune de Villeneuve-le-Roi*, Lebon T. ; AJDA 2016. 1954.

- (84) V. par ex. : CE, 10 juill. 2013, n° 362304, *Commune de Vias, Société d'économie mixte de la ville de Béziers et du Littoral (SEBLI)*, Lebon T. p. 695 ; AJDA 2013. 1480 ; RDI 2013. 552, obs. P. Soler-Couteaux.
- (85) CE, 19 déc. 2007, n° 268918, *Société Campenon Bernard c/ SNCF*, Lebon p. 507 ; AJDA 2008. 6 ; *ibid.* 814, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2008. 109, note F. Moderne.
- (86) CE, 4 mai 2011, n° 340089, *Communauté de communes du Queyras*, Lebon p. 200 ; AJDA 2011. 925 ; AJCT 2011. 409, obs. O. Didriche.
- (87) CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai*, Lebon p. 477, concl. B. Dacosta ; AJDA 2013. 7 ; *ibid.* 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre ; D. 2013. 252, obs. D. Capitant ; AJCT 2013. 91, obs. O. Didriche ; RFDA 2013. 25, concl. B. Dacosta ; *ibid.* 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix.
- (88) CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Sieurs Mergui*, Lebon , p. 235, concl. Rougevin-Baville.
- (89) Décision *Syndicat intercommunal des établissements... de l'Haÿ-les-Roses*, préc.
- (90) V., par ex., CE, 4 mai 2011, n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, Lebon p. 205 ; AJDA 2011. 929 ; RDI 2011. 396, obs. S. Braconnier ; RFDA 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; CE, 22 juin 2012, n° 348676, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier (CCIM), Aéroport de Montpellier-Méditerranée*, Lebon T. p. 851 et 954 ; AJDA 2012. 1259, ainsi que les conclusions du président Rougevin-Baville.
- (91) CE, 26 avr. 1985, *Association Eurolat France*, Lebon p. 141, avec les concl. du président Genevois
- (92) CE, 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 349099, *Société Espace Habitat Construction*, Lebon T. p. 605, 606 et 700 ; AJDA 2013. 1943 ; *ibid.* 2275, note J.-F. Giacuzzo ; RDI 2014. 46, obs. N. Foulquier ; AJCT 2013. 571, obs. S. Hul. Devrait également être regardée comme d'ordre public la possibilité pour la personne publique de s'opposer pour un motif d'intérêt général à la résiliation unilatérale du contrat pour inexécution, lorsqu'elle a pu légalement reconnaître une telle faculté à son cocontractant (CE, 8 oct. 2014, n° 370644, *Société Grenke location*, Lebon p. 302, concl. G. Le Pelissier ; AJDA 2015. 396, note F. Melleray ; *ibid.* 2014. 1975 ; D. 2015. 145, note S. Pugeault ; RDI 2015. 183, obs. N. Foulquier ; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche ; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2015. 47, note Chloé Pros-Phalippon).
- (93) Décision *AREA* préc.
- (94) V. votre décision *Syndicat mixte des aéroports de Charente*.
- (95) V., sur ce point, Séraglini et Ortscheidt, *op. cit.*, § 601 s.
- (96) V. sur ce point Séraglini et Ortscheidt, *op. cit.* § 977.

(97) V., pour une affirmation explicite de la Cour de cassation de cette solution, qui sous-tend toute sa jurisprudence : Civ. 2<sup>e</sup>, 20 févr. 1991, n° 89-19.159.

(98) CE, 23 janv. 1981, n° 06760, 6806, 6807, *Commune d'Aunay-sur-Odon*, Lebon p. 25 sur ce point ; CE, 30 sept. 1983, n° 26611, *SARL Comexp*, Lebon p. 393 sur ce point.

(99) Lebon T. p. 955.

(100) RD publ. 1985. 1706.

(101) CE, sect., 17 oct 1975, *Commune de Canari*, Lebon p. 516.

(102) CE, 19 févr. 1936, *Société THEG*, Lebon p. 224 ; CE, 19 févr. 1975, n° 80470, *Ministre d'Etat chargé de la défense nationale c/ Société Entreprises Campenon-Bernard*, Lebon p. 143.

(103) CE, 5 juin 2013, n° 352917, *Région Haute-Normandie*, Lebon T. p. 695 ; AJDA 2013. 1196 ; *ibid.* 2095, note Jean-Eudes Martin-Lavigne ; RDI 2013. 588, obs. A. Galland ; AJCT 2013. 524, obs. R. Bonnefont ; CE, 12 nov. 2015, n° 384716, *Société Tonin*, Lebon T. p. 749 ; AJDA 2015. 2176.

(104) Aff. C-549/14, 7 sept. 2016, *Finn Frogne*.

(105) CE, 16 déc. 2009, n° 301775, *Société SPIE SCGPM*.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés