

La revue marocaine d'arbitrage
Arabe et international
REMAAI

**La revue marocaine d'arbitrage
Arabe et international
REMAAI**

**Revue semestrielle scientifique spécialisée
en droit de l'arbitrage**

Directeur responsable
MUSTAPHA BOUNJA

Rédactrice en Chef
NIHAL LOUAH

Dépôt légale : 2015PE0016

ISBN : 2421-8898

S O M M A I R E

N 2/2016

▪ JURISPRUDENCE FRANÇAISE :

- Cour de cassation chambre civile 1 N° de pourvoi: **13-25846** Audience publique du 8 juillet 2015

la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger 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..... 9

- Cour de cassation chambre civile 1 N° de pourvoi: **14-18706** Audience publique du 24 juin 2015

la cour d'appel, qui a estimé, sans être tenue de répondre dans le détail à l'argumentation des parties et hors toute dénaturation, que la sentence ne donnait pas effet à un contrat obtenu par corruption, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision..... 21

- Cour de cassation chambre civile 1 N° de pourvoi: **14-14421** Audience publique du 28 mai 2015

L e tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ; qu'il ne peut, à ce titre, relever un moyen d'office sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen 29

▪ Textes et lois :

Arbitrage des litiges intéressants les personnes publiques Rapport du groupe de travail présidé par M. Daniel LABETOULLE)..... 41



JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Cour de cassation chambre civile 1

N° de pourvoi: 13-25846

Audience publique du 8 juillet 2015

la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger 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, qui ressortit par principe à la compétence judiciaire, relève par exception de la compétence des juridictions administratives lorsque l'examen de cette demande d'exequatur 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 qui sont applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public, qui relèvent d'un régime administratif d'ordre public, tel n'est pas le cas d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger en matière d'arbitrage international par laquelle l'arbitre s'est borné à statuer sur sa compétence, dès lors qu'une telle question, par hypothèse, ne met en jeu aucune règle impérative du droit public français relative à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et qui sont applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu les articles III, V et VII de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ensemble l'article 1516 du code de procédure civile ;

Attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées; qu'il résulte des textes susvisés que l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le syndicat mixte des aéroports de la Charente (« SMAC »), établissement public de droit français propriétaire de l'aéroport d'Angoulême, a conclu deux contrats avec les sociétés irlandaises Ryanair Ltd. (« Ryanair ») et Airport marketing services (« AMS »), portant sur l'ouverture d'une liaison aérienne avec Londres et des prestations publicitaires et prévoyant un arbitrage à Londres, d'après le règlement de la Cour internationale d'arbitrage de Londres (« LCIA »); que l'arbitre, saisi par les sociétés Ryanair et AMS, a rendu une sentence retenant sa compétence et rejetant la demande de sursis à statuer du SMAC dans l'attente de la décision des juridictions administratives françaises; que cette sentence a reçu l'exequatur du président du

tribunal de grande instance de Paris ;

Attendu que, pour décliner la compétence des juridictions judiciaires et infirmer la décision qui accorde l'exequatur, l'arrêt retient que l'article 1516 du code de procédure civile, édicté pour régler les compétences au sein de l'ordre judiciaire, est sans influence sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et qu'il n'appartient pas à la cour d'appel de se prononcer sur les voies par lesquelles les juridictions de l'ordre administratif sont susceptibles d'être saisies d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la Convention de New-York du 10 juin 1958, applicable à l'exequatur en France d'une sentence rendue à Londres, interdit toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales ainsi que toute révision au fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés constitutifs de l'ordre arbitral international ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne le syndicat mixte des aéroports de Charente aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne le syndicat mixte des aéroports de Charente à payer à la société Ryanair et Airport marketing services la somme globale de 5 000 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la société Ryanair Ltd et la société Airport marketing services Ltd

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR constaté l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, d'AVOIR infirmé l'ordonnance du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris en date du 21 mai 2012, qui a conféré l'exequatur à la sentence rendue à Londres le 22 juillet 2011 dans le litige opposant les sociétés Ryanair et Airport Marketing Services au Syndicat mixte des aéroports de Charente et d'AVOIR renvoyé les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront ;

AUX MOTIFS QUE sur le bien-fondé du déclinatoire de compétence : 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 des 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; qu'il en va cependant autrement 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 français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicable 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; que le refus de reconnaissance ou

d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger obéit aux mêmes conditions de fond que l'annulation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international; que, dès lors, les règles rappelées ci-dessus sont applicables aux sentences internationales, quel que soit le siège de l'arbitrage; que si l'article 1516 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, confie au tribunal de grande instance de Paris l'exequatur des sentences rendues à l'étranger, une telle disposition, établie pour régler les compétences au sein de l'ordre judiciaire, est sans influence sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires; que les deux conventions du 8 février 2008 ont été conclues avec les sociétés RYANAIR et AMS par le SMAC, établissement public de droit français, pour le développement de l'aéroport d'Angoulême dont il est propriétaire ; qu'il résulte de la décision rendue le 19 avril 2013 par le Conseil d'Etat sur un recours en annulation de la sentence du 22 juillet 2011, que cet ensemble contractuel est constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics ; que dès lors, cette cour, à laquelle il n'appartient pas de se prononcer sur les voies par lesquelles les juridictions de l'ordre administratif sont susceptibles d'être saisies d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, doit constater l'incompétence des juridictions judiciaires à l'égard de l'affaire en cause et infirmer l'ordonnance entreprise; qu'enfin, si le Conseil d'Etat, par la décision précitée, a rejeté comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, les conclusions du SMAC tendant à l'annulation de la sentence, il n'a pas décliné la compétence des juridictions administratives à l'égard d'une demande d'exequatur, de sorte qu'il n'y a pas lieu de saisir le Tribunal des conflits en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 (arrêt p. 4) ;

ALORS QUE le juge judiciaire est tenu de respecter les règles de compétence prévues par la loi et le règlement et il ne peut s'en écarter, sur le fondement de la séparation des pouvoirs, qu'en présence d'une autre règle, émanant d'une autorité dont les décisions s'imposent à lui, qui attribue la compétence à l'autre ordre de juridiction ; qu'en présence d'une sentence arbitrale interna-

tionale ou rendue à l'étranger, la seule règle de compétence existant en droit positif est celle de l'article 1516 du code de procédure civile qui prévoit que l'exequatur est délivré par le tribunal de grande instance de Paris lorsque la sentence est rendue à l'étranger ; qu'aucune règle destinée à assurer la séparation des pouvoirs, notamment en raison de la présence à l'arbitrage d'une personne publique française, n'existe en droit positif en matière d'exequatur des sentences arbitrales internationales ou rendues à l'étranger ; qu'en particulier, dans son arrêt Inserm du 17 mai 2010 (n° C 3754), le Tribunal des conflits n'a posé de règle qu'en ce qui concerne le recours formé contre une sentence arbitrale internationale rendue en France et non en ce qui concerne l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale ou d'une sentence rendue à l'étranger; qu'au cas d'espèce, en déclinant la compétence des juridictions judiciaires, motif pris de ce que le refus de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger obéirait aux mêmes conditions de fond que le recours en annulation contre une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international, et que les deux conventions litigieuses formaient un ensemble contractuel constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics, relevant par conséquent d'un régime administratif d'ordre public, quand l'article 1516 du code de procédure civile ne fait aucune distinction selon la nature du contrat concerné ou l'identité des parties en cause, la cour d'appel, qui a commis un excès de pouvoirs, a violé les articles 1514, 1516 et 1525 du code de procédure civile, ensemble la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble les principes régissant l'excès de pouvoirs.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR constaté l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, d'AVOIR infirmé l'ordonnance du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris en date du 21 mai 2012, qui a conféré l'exequatur à la sentence rendue à Londres le 22 juillet 2011 dans le litige opposant les sociétés Ryanair et Airport Marketing Services au Syndicat mixte des aéroports de Charente et d'AVOIR renvoyé les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront ;

AUX MOTIFS QUE sur le bien-fondé du déclinatoire de compétence : 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 des 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; qu'il en va cependant autrement 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 français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicable 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; que le refus de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger obéit aux mêmes conditions de fond que l'annulation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international; que, dès lors, les règles rappelées ci-dessus sont applicables aux sentences internationales, quel que soit le siège de l'arbitrage; que si l'article 1516 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, confie au tribunal de grande instance de Paris l'exequatur des sentences rendues à l'étranger, une telle disposition, établie pour régler les compétences au sein de l'ordre judiciaire, est sans influence sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires; que les deux conventions du 8 février 2008 ont été conclues avec les sociétés RYANAIR et AMS par le SMAC, établissement public de droit français, pour le développement de l'aéroport d'Angoulême dont il est propriétaire ; qu'il résulte de la décision rendue le 19 avril 2013 par

le Conseil d'Etat sur un recours en annulation de la sentence du 22 juillet 2011, que cet ensemble contractuel est constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics ; que dès lors, cette cour, à laquelle il n'appartient pas de se prononcer sur les voies par lesquelles les juridictions de l'ordre administratif sont susceptibles d'être saisies d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, doit constater l'incompétence des juridictions judiciaires à l'égard de l'affaire en cause et infirmer l'ordonnance entreprise; qu'enfin, si le Conseil d'Etat, par la décision précitée, a rejeté comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, les conclusions du SMAC tendant à l'annulation de la sentence, il n'a pas décliné la compétence des juridictions administratives à l'égard d'une demande d'exequatur, de sorte qu'il n'y a pas lieu de saisir le Tribunal des conflits en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 (arrêt p. 4) ;

1°) ALORS QUE l'autorité de la chose jugée d'une décision de la juridiction administrative à l'égard du juge judiciaire ne s'attache qu'au dispositif de la décision ainsi qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire; qu'au cas d'espèce, dans le dispositif de sa décision en date du 19 avril 2013, le Conseil d'Etat s'était borné à rejeter les requêtes en annulation des sentences arbitrales rendues à Londres comme ayant été portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, de sorte que les motifs de cette décision selon lesquelles les conventions conclues entre le SMAC et les sociétés Ryanair et Airport Marketing Services étaient constitutives d'un ensemble contractuel qui devait être tenu pour un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics était un pur obiter dictum, évidemment non nécessaire au soutien du dispositif ; qu'en s'abstenant pourtant de trancher elle-même la question préalable de la nature des contrats litigieux, pour la mise en oeuvre de la règle de répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives s'agissant de l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, et en se bornant à s'en remettre à la qualification donnée aux contrats par les motifs précités du Conseil d'Etat, qui étaient pourtant dépourvus d'autorité de chose jugée à son

égard, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles 1514, 1516 et 1525 du code de procédure civile, ensemble les principes régissant l'autorité de la chose jugée par un ordre de juridiction sur l'autre ;

2°) ALORS, en tout état de cause, QUE lorsque la résolution d'une question de compétence suppose la résolution préalable d'une question de fond, il incombe au juge de la régler lui-même sans pouvoir se retrancher derrière l'avis d'une autre autorité, sous peine de commettre un excès de pouvoirs négatif ; qu'à supposer même que la règle de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction résultant de l'arrêt Inserm rendu par le Tribunal des conflits le 17 mai 2010 doive être étendue à la question de l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, la compétence judiciaire étant le principe et la compétence des juridictions administratives l'exception, le juge judiciaire ne peut se déclarer incompétent qu'à la condition d'avoir tranché lui-même au préalable la question de la nature juridique du contrat dont l'exécution ou la rupture est à l'origine du litige pour vérifier s'il rentre dans l'une des catégories, et notamment celles des marchés publics, qui sont soumises à des règles impératives du droit public français justifiant son incompétence et la compétence corrélative de la juridiction administrative, quitte à poser, le cas échéant, une question préjudicielle à la juridiction administrative en cas de difficulté sérieuse; qu'au cas d'espèce, en abdiquant son pouvoir d'appréciation quant à la nature juridique des conventions liant le SMAC aux sociétés Ryanair et AMS, dont dépendait la détermination de la compétence, pour s'incliner devant la qualification retenue par le Conseil d'Etat dans sa décision du 19 avril 2013 qui n'était pas revêtue de ce point de vue de l'autorité de la chose jugée, faute que cette qualification résultât soit du dispositif, soit des motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif, la cour d'appel, qui a ainsi méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les articles 1514, 1516 et 1525 du code de procédure civile, ensemble la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles 12 du code de procédure civile et 4 du code civil, ensemble les principes régissant l'excès de pouvoirs.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR constaté l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, d'AVOIR infirmé l'ordonnance du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris en date du 21 mai 2012, qui a conféré l'exequatur à la sentence rendue à Londres le 22 juillet 2011 dans le litige opposant les sociétés Ryanair et Airport Marketing Services au Syndicat mixte des aéroports de Charente et d'AVOIR renvoyé les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront ;

AUX MOTIFS QUE sur le bien-fondé du déclinatoire de compétence : 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 des 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 ;

qu'il en va cependant autrement 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 français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicable 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 ; que le refus de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger obéit aux mêmes conditions de fond que l'annulation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international; que, dès lors, les règles rappelées ci-dessus sont applicables aux sentences internationales, quel que soit le siège de l'arbitrage ; que si l'article 1516 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13

janvier 2011, confie au tribunal de grande instance de Paris l'exequatur des sentences rendues à l'étranger, une telle disposition, établie pour régler les compétences au sein de l'ordre judiciaire, est sans influence sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires; que les deux conventions du 8 février 2008 ont été conclues avec les sociétés RYANAIR et AMS par le SMAC, établissement public de droit français, pour le développement de l'aéroport d'Angoulême dont il est propriétaire; qu'il résulte de la décision rendue le 19 avril 2013 par le Conseil d'Etat sur un recours en annulation de la sentence du 22 juillet 2011, que cet ensemble contractuel est constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics ; que dès lors, cette cour, à laquelle il n'appartient pas de se prononcer sur les voies par lesquelles les juridictions de l'ordre administratif sont susceptibles d'être saisies d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, doit constater l'incompétence des juridictions judiciaires à l'égard de l'affaire en cause et infirmer l'ordonnance entreprise ; qu'enfin, si le Conseil d'Etat, par la décision précitée, a rejeté comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, les conclusions du SMAC tendant à l'annulation de la sentence, il n'a pas décliné la compétence des juridictions administratives à l'égard d'une demande d'exequatur, de sorte qu'il n'y a pas lieu de saisir le Tribunal des conflits en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 (arrêt p. 4) ;

1°) ALORS QU' à supposer que la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger 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, qui ressortit par principe à la compétence judiciaire, relève par exception de la compétence des juridictions administratives lorsque l'examen de cette demande d'exequatur 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 qui sont applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public, qui relèvent d'un régime

administratif d'ordre public, tel n'est pas la cas d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger en matière d'arbitrage international par laquelle l'arbitre s'est borné à statuer sur sa compétence, dès lors qu'une telle question, par hypothèse, ne met en jeu aucune règle impérative du droit public français relative à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et qui sont applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public; qu'au cas d'espèce, il était constant que la sentence en date du 22 juillet 2011 dont l'exequatur était en jeu, qui avait été rendue à l'étranger, se bornait à statuer sur la compétence de l'arbitre pour connaître du litige ; qu'en déclinant dans ces conditions la compétence de la juridiction judiciaire, motif pris de ce que les deux contrats à l'origine du différend s'analysaient en un ensemble contractuel constitutif d'un marché public de services, soumis comme tel à des règles impératives du droit public français, quand cette circonstance n'emportait en elle même aucune conséquence quant à la détermination de la compétence de l'arbitre s'agissant d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles 1514, 1516 et 1525 du code de procédure civile, ensemble les articles 1506 et 1465 du même code, ensemble le principe compétence-compétence ;

2°) ALORS, en tout état de cause, QU'en statuant comme elle l'a fait, sans expliquer pour quelle raison une sentence arbitrale rendue en matière d'arbitrage international à l'étranger, opposant une personne publique française et une personne de droit étranger, devrait faire l'objet d'un contrôle, au stade de l'exequatur, sous l'angle des règles impératives du droit public français régissant les marchés publics, quand la sentence s'est bornée à statuer sur la compétence de l'arbitre, la cour d'appel n'a en toute hypothèse pas donné de base légale à sa décision au regard de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles 1514, 1516 et 1525 du code de procédure civile, ensemble les articles 1506 et 1465 du même code, ensemble le principe compétence-compétence.

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, du 10 septembre 2013

Cour de cassation chambre civile 1
N° de pourvoi: 14-18706
Audience publique du 24 juin 2015

la cour d'appel, qui a estimé, sans être tenue de répondre dans le détail à l'argumentation des parties et hors toute dénaturation, que la sentence ne donnait pas effet à un contrat obtenu par corruption, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 mars 2014), qu'un contrat de prêt, pour le financement partiel d'un hôpital en Arabie Saoudite, a été conclu entre la société française Crédit foncier de France (CFF) et la société saoudienne Gulf Leaders for Management and Services holding (Gulf Leaders) ; qu'un différend étant survenu entre les parties, la société CFF a formé une demande d'arbitrage en application de la clause compromissoire stipulée par le contrat ; qu'une sentence, rendue à Paris le 31 juillet 2012, a, notamment, déclaré la demande de nullité du contrat non fondée et condamné la société Gulf Leaders à rembourser à la société française une certaine somme ;

Attendu que la société Gulf Leaders fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation

Attendu que l'arrêt constate que le tribunal arbitral a retenu que

l'intervention de M. X..., gérant de la société Riveroca, n'était pas occulte, puisqu'il était présent aux côtés de la société CFF lors des négociations contractuelles et qu'elle était justifiée par son expérience en matière d'opérations financières en Arabie Saoudite, dont était dépourvue la société française, que le directeur du groupe auquel appartenait la société CFF avait déclaré sous serment que le rapport confidentiel établi par l'inspection générale du groupe ne contenait aucun élément permettant d'étayer un soupçon de corruption et que la similitude entre la commission payée par la société Riveroca et le montant facturé à la société Gulf Leaders, au titre d'underwriting fees, correspondant à une pratique bancaire, n'établissait pas que les sommes versées au titre du contrat avaient servi à rémunérer l'intermédiaire ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a estimé, sans être tenue de répondre dans le détail à l'argumentation des parties et hors toute dénaturation, que la sentence ne donnait pas effet à un contrat obtenu par corruption, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 5°, du code de procédure civile ; que le moyen, qui, en ses première et cinquième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Gulf Leaders for Management and Services Holding aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Crédit foncier de France la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre juin deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Gulf Leaders for Management and Ser-

vices Holding Company

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation de la sentence rendue le 31 juillet 2012 sous l'égide de la CCI par le tribunal arbitral composé de MM. Y... et Z... et présidé par M. A... ;

Aux motifs que « GULF LEADERS soutient que la sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, que les indices de cette corruption sont apparus au cours de la procédure arbitrale mais que le tribunal a refusé d'en tenir compte en prétendant que la corruption ne serait pas prouvée et enfin, que le CFF lui a fait financer l'opération de corruption en lui facturant une commission d'« underwriting » qui ne correspondait à aucune contrepartie ; que par un contrat du 10 juillet 2008, le CFF a consenti à GULF LEADERS un prêt de 157, 500, 000 USD pour la conception, l'édification et la gestion d'un hôpital à Dammam (Arabie Saoudite), dont GULF LEADERS devait financer l'équivalent de 100 millions USD sur ses fonds propres ; qu'il était prévu que les sommes prêtées seraient versées en trois tranches ; que les deux premiers versements de 60 millions et 50 millions USD ont eu lieu, quoique toutes les conditions préalables, tenant notamment à la constitution de garanties et à l'apport de fonds propres sur un compte bancaire dédié au projet, n'aient pas été entièrement remplies ; que le CFF, en considération de ces inexécutions, ainsi que de modifications du projet qui avaient conduit GULF LEADERS à demander un prêt supplémentaire, a refusé le versement de la dernière tranche, prononcé la résiliation et réclaté la restitution des sommes versées; que devant le tribunal arbitral, saisi par le CFF en application de la clause compromissoire stipulée au contrat, GULF LEADERS a invoqué sur le fondement de la convention de l'OCDE de 1996 et des articles 445-1 et 445-2 du code pénal français, un moyen tiré de l'illicéité de la cause du contrat du 10 juillet 2008 qui avait été obtenu par corruption ; que GULF LEADERS a prétendu avoir été alertée par un article de presse sur l'existence d'une commission occulte de 4, 5 millions USD versée par le CFF à la société de droit panaméen Riveroca Associated Corp., dont le gérant, M. Majed X... était un proche de son président directeur

général, le Sheikh F... ; que GULF LEADERS a fait valoir que la corruption était établie par le fait que le contrat d'intermédiaire lui avait été dissimulé, qu'il n'était justifié d'aucune prestation réelle correspondant à la commission en cause et que le CFF avait refusé de déférer à la demande du tribunal arbitral de produire un rapport d'inspection interne sur le paiement de cette commission ; que GULF LEADERS a ajouté que la commission de 4, 5 millions USD avait été mise à sa charge par la stipulation d'une commission d'« underwriting » qui ne correspondait à aucune réalité ; que GULF LEADERS a déduit de l'ensemble de ces circonstances que le contrat de prêt était le fruit et l'instrument d'un pacte de corruption, que ce contrat était donc nul et que l'exception d'indignité faisait obstacle à toute restitution ; que, pour juger que la corruption n'était pas matériellement établie, le tribunal arbitral a retenu, en substance, en premier lieu, que l'intervention de M. X... n'était nullement occulte puisqu'il était présent aux côtés du représentant de CFF lors des réunions tenues avec GULF LEADERS, en deuxième lieu, que cette intervention était justifiée par l'expertise de l'intéressé en matière d'opérations de financement en Arabie Saoudite, expertise dont attestait la banque genevoise Dresdner qui avait recommandé M. X... au CFF, en troisième lieu, qu'il n'y avait aucune conclusion à tirer du défaut de production du rapport d'inspection interne, dès lors que le directeur de l'inspection générale du groupe BPCE avait déclaré sous serment que si ce rapport avait un caractère confidentiel qui s'opposait à ce qu'il fût versé aux débats, il ne contenait aucun élément permettant d'étayer un soupçon de corruption, enfin, que la similitude entre la commission payée à Riveroca et le montant facturé au titre d'« underwriting fees » ne suffisait pas à établir que les sommes versées au titre du contrat de prêt aient servi à rémunérer l'intermédiaire, et que du reste ces « fees » étaient conformes à la pratique bancaire dans la mesure où le prêt était conçu pour être « syndiqué » entre plusieurs prêteurs ; que le tribunal arbitral a, en conséquence, rejeté la demande d'annulation du contrat de prêt, jugé que la résiliation par le CFF était fondée et condamné l'emprunteuse à restituer les fonds avec les intérêts et les frais ; que GULF LEADERS a formé un recours contre la sentence en in-

voquant la violation de l'ordre public international ; que lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520 5° du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettent de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international; que la corruption dans la conclusion d'un contrat de droit privé suppose que soit consenti, directement ou indirectement, le don ou la promesse d'un avantage à une personne qui exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, afin d'obtenir qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations contractuelles ou professionnelles ; qu'en l'espèce, il est constant que le CFF a versé à la société panaméenne Riveroca une commission de 4, 5 millions USD afin d'être assistée par son gérant M. X... dans la conclusion d'un contrat de prêt avec GULF LEADERS ; que cette dernière prétend que la cause du paiement de la commission n'était pas la compétence de M. X..., mais sa proximité avec le Sheikh F... ; que toutefois, il n'est nullement allégué ni que M. X... ait exercé une fonction de direction ou un travail pour GULF LEADERS, ni que le Sheikh F..., actionnaire à 95 % et président directeur général de GULF LEADERS ait reçu quelque commission ou avantage que ce soit directement ou indirectement ; qu'il apparaît, dès lors, que les éléments caractéristiques de la corruption ne sont pas démontrés, ni même invoqués, par GULF LEADERS ; que par surcroît, contrairement à ce que soutient GULF LEADERS, d'une part, l'activité d'intermédiaire de M. X... n'était nullement occulte puisque l'intéressé avait participé, aux côtés des dirigeants du CFF, aux négociations contractuelles avec les représentants de GULF LEADERS, d'autre part, qu'il apparaissait pertinent que le CFF, dépourvu de contacts au Proche-Orient, s'adjoigne les services d'un spécialiste de cette zone qui lui était conseillé par une autre banque ;

que ces circonstances suffisent à établir que les éléments invoqués par GULF LEADERS ne sont pas des présomptions sérieuses, peu important le refus de production par le CFF d'un rapport d'inspection interne, enfin qu'il n'est nullement démontré que les «underwriting fees » ne correspondent pas à une pratique bancaire ; que le moyen tiré de ce que la sentence donnerait effet à un contrat conclu par corruption manque donc en fait et sera écarté » (arrêt, p. 3 et 4) ;

Alors, d'une part, qu'est constitutif de corruption le fait de proposer, solliciter ou agréer dans le cadre d'une activité professionnelle, des offres ou des avantages quelconques à une personne physique ou morale pour qu'elle accomplisse un acte facilité par son activité en violation de ses obligations légales ou réglementaires ; que la société Gulf Leaders faisait valoir, ainsi que l'a constaté la cour d'appel (arrêt, p. 4, § 6), que le Crédit Foncier de France avait versé à la société panaméenne Riveroca une commission d'un montant de 4, 5 millions de dollars en raison de la proximité de son gérant, M. X... avec le Sheikh F..., principal actionnaire de la société Gulf Leaders afin de permettre la conclusion du contrat de prêt entre cette société et l'établissement de crédit, de sorte que la conclusion du contrat de prêt avait été obtenue de la société Gulf Leaders au moyen d'un accord constitutif d'une opération de corruption intervenue entre l'établissement de crédit et la société panaméenne Riveroca; qu'en retenant, pour refuser d'admettre que la sentence faisait produire effet à un contrat de prêt conclu au moyen d'un accord consacrant une opération de corruption, qu'il n'était pas établi que le Sheikh F..., principal actionnaire de la société Gulf Leaders avait reçu, directement ou indirectement, un avantage ou une commission, lorsque les parties à l'opération de corruption alléguée étaient l'établissement prêteur et la société panaméenne Riveroca, précisément rémunérée pour circonvenir la société Gulf Leaders, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1520-5° du code de procédure civile ;

Alors, d'autre part, que il suffit que les actes pour l'accomplissement desquels la personne physique ou morale solli-

citée soient facilités par son activité pour que la corruption soit caractérisée sans qu'il soit nécessaire qu'elle exerce une fonction de direction ou de travail au sein de la personne morale ciblée par l'opération; qu'en retenant qu'il n'était pas allégué que M. X... ait exercé une fonction de direction ou de travail pour Gulf Leaders pour exclure que la sentence ait donné effet à un contrat conclu au moyen d'une corruption, la cour d'appel a violé l'article 1520-5° du code de procédure civile ;

Alors, encore, qu'ayant constaté que la société Gulf Leaders faisait valoir que la cause du paiement de la commission de 4, 5 millions de dollars par l'établissement de crédit à la société Riveroca « n'était pas la compétence de M. X..., mais sa proximité avec le Sheikh F... », la cour d'appel, qui a refusé d'admettre que la sentence avait donné effet à un contrat conclu au moyen d'une corruption, en retenant qu'il n'était pas allégué que M. X... ait exercé une fonction de direction ou de travail pour Gulf Leaders, s'est encore déterminée par un motif inopérant, privant de nouveau sa décision de base légale au regard de l'article 1520-5° du code de procédure civile ;

Alors, en quatrième lieu, que la société Gulf Leaders faisait valoir que l'établissement de crédit s'était adjoint, pour pallier sa faible implantation au Moyen-Orient et sa connaissance par conséquent peu précise des interlocuteurs et de leurs pratiques dans cette région, le concours de la société Entreprises et Décisions, à travers MM. D... et E..., de telle sorte qu'une intervention de M. X... à ce titre était dépourvue d'utilité ; qu'en retenant que la présence de M. X... en exécution de la convention conclue entre l'établissement de crédit et la société Riveroca était justifiée par le fait que le Crédit Foncier était dépourvu de contacts au Proche-Orient, sans répondre aux conclusions susvisées de la société Gulf Leaders, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors en cinquième lieu, qu'il incombe à celui qui allègue la réalité du service, lorsqu'elle est contestée, d'en justifier l'existence et la teneur ; qu'en retenant « qu'il n'est nullement démontré que les « underwriting fees » ne correspondent pas à une pratique bancaire, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation

de l'article 1315 du code civil ;

Alors, en sixième lieu, que dans ses conclusions d'appel, la société Gulf Leaders faisait valoir qu'elle avait été tenue dans l'ignorance de la convention conclue à Genève entre la société panaméenne Riveroca et le Crédit foncier de France, de sorte qu'en retenant que la société Gulf Leaders prétendait que l'activité d'intermédiaire de M. X... lui était occulte, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de la société Gulf Leaders, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Alors, en outre, que dans ses conclusions d'appel, la société Gulf Leaders faisait valoir qu'elle avait été tenue dans l'ignorance de la convention conclue à Genève entre la société panaméenne Riveroca et le Crédit foncier de France ; qu'en déduisant de la seule présence de M. X... aux côtés du Crédit foncier de France lors des négociations contractuelles la connaissance par la société Gulf Leaders de l'existence d'une convention illicite conclue entre la société panaméenne et l'établissement de crédit, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1520-5° du code de procédure civile ;

Alors, en tout état de cause, qu'est contraire à la conception française de l'ordre public le contrat par lequel une société commerciale obtient ou tente d'obtenir de son cocontractant un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ; que la société Gulf Leaders faisait valoir que la commission d'underwriting d'un montant de 4, 5 millions de dollars mise à sa charge ne correspondait, contrairement à celle d'arranger, à aucun service rendu par le Crédit Foncier (concl. récap., p. 5, pt 20) ; qu'en se bornant à retenir « qu'il n'est nullement démontré que le « underwriting fees » ne correspondent pas à une pratique bancaire » sans aucunement préciser la nature de la prestation qui ferait l'objet de cette pratique bancaire, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520-5° du code de procédure civile.

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 4 mars 2014

Cour de cassation chambre civile 1

N° de pourvoi: 14-14421

Audience publique du 28 mai 2015

L e tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ; qu'il ne peut, à ce titre, relever un moyen d'office sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen; qu'en décidant que dans la mesure où il incombait aux arbitres de fixer le préjudice subi tout au long du marché de travaux et dès lors que l'indemnisation du préjudice de chacune des parties impliquait l'appréciation des fautes commises par elles, le Tribunal arbitral pouvait adopter une méthode d'appréciation du préjudice qu'il avait lui-même fixée sans pour autant violer le principe de la contradiction, bien que cette méthode n'ayant été proposée par aucune des parties, il lui incombait de provoquer préalablement les observations de ces dernières, de sorte qu'à défaut de l'avoir fait, la sentence était vouée à l'annulation.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 janvier 2014), que, pour soumissionner à un appel d'offres de l'établissement public Aéroport de Paris, en vue de la réalisation d'un système de tri de bagages pour deux aérogares de l'aéroport Charles de Gaulle à Paris, la société Cegelec, aux droits de laquelle se trouve la société Vinci

Energies GSS, a conclu, le 30 mars 2000, un accord portant sur la formation d'un consortium avec des sociétés aux droits desquelles viennent les sociétés Siemens AG et Siemens SAS ; que la société Cegelec se plaignant de la méconnaissance par ces dernières de leurs obligations, a, en application de la clause compromissoire figurant dans l'accord de consortium, introduit une procédure d'arbitrage devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI; que les sociétés Siemens ont désigné M. Y... en qualité d'arbitre; qu'une sentence a, notamment, condamné solidairement les sociétés Siemens à payer à la société Cegelec une certaine somme et condamné cette dernière à leur payer une autre somme; que la société Vinci Energies GSS a formé un recours en annulation de la sentence;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Vinci Energies GSS fait grief à l'arrêt de rejeter son recours ;

Attendu qu'après avoir relevé que les liens professionnels entre M. Y... et le conseil des sociétés Siemens, au sein du cabinet d'avocats Bredin Prat, dans lequel celui-ci était alors responsable du département contentieux et arbitrage, avaient eu une durée limitée aux années 1987-1989 et que leur appartenance à des associations était des éléments notoires, la cour d'appel en a exactement déduit qu'au regard de ces circonstances, l'arbitre n'était pas tenu de révéler ces faits; que le moyen, qui, en sa première branche, critique un motif surabondant de l'arrêt, ne peut être accueilli;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Vinci Energies GSS fait le même grief à l'arrêt ;

Attendu qu'après avoir constaté que la sentence énonçait que la responsabilité des parties pouvait être déterminée, soit par la méthode globale, soit par la méthode séquentielle et que les arbitres avaient adopté la première en raison de l'interférence de la société Cegelec dans les fonctions des sociétés Siemens, la cour d'appel

a estimé souverainement que le tribunal arbitral avait opéré un choix entre ces deux méthodes et en a exactement déduit qu'il n'avait pas méconnu le principe de la contradiction ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen, ci-après annexé :

Attendu que le moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Vinci Energies GSS aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer aux sociétés Siemens la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit mai deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Richard, avocat aux Conseils, pour la société Vinci Energies GSS

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation formé par la Société CEGELEC SAS à l'encontre de la sentence arbitrale CCI n° 15832/ EC/ ND du 14 juin 2012 ;

AUX MOTIFS QUE sur le premier moyen d'annulation pris de la composition irrégulière du Tribunal arbitral (article 1520, 2° du Code de procédure civile), CEGELEC dit que M. Eric Y..., arbitre désigné par SIEMENS, a manqué à son obligation de révélation en taisant le fait qu'il a été collaborateur au sein du cabinet BREDIN PRAT, de Maître Jean-Pierre Z..., conseil de SIEMENS, et que ces liens professionnels non dévoilés sont de nature à provoquer dans son esprit un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de cet arbitre; qu'à cet égard, la recourante fait

valoir que Maître Z..., nommé en 1988, associé et responsable du département contentieux et arbitrage du cabinet BREDIN PRAT a été le responsable et formateur de M. Y... alors avocat stagiaire dans ce département et que ces deux spécialistes reconnus de l'arbitrage qui appartiennent aux mêmes réseaux (notamment comme membres de l'Institut d'Arbitrage International, du Comité français de l'arbitrage et de la « Chambre de Commerce Internationale ») entretiennent des liens forts depuis 20 ans ; qu'elle soutient que cette absence de révélation l'a conduite à nourrir un doute raisonnable sur les raisons de cette nomination alors que ces liens ne peuvent pas être étrangers à la nomination de M. Y... dont le curriculum vitae ne fait pas apparaître d'expérience significative dans des marchés de travaux tels que celui opposant les parties ; qu'enfin elle ajoute que l'articulation et la chronologie des faits sont de nature à susciter dans son esprit un doute raisonnable quant à la volonté de transparence qui a pu animer Siemens et ses conseils lors de l'introduction de l'arbitrage, puisque le conseil de la Société Siemens a d'abord été présenté comme étant le cabinet Clifford Chance Europe LLP représenté par les seuls Maîtres Peter A... et Jérôme X... et que Maître Z... n'apparaît pour la première fois dans la procédure que plus d'un an après la déclaration d'indépendance de Maître Y... du 12 décembre 2008, comme simple cosignataire d'un courriel du 25 janvier 2010; qu'elle en conclut qu'elle a non seulement été trompée sur l'indépendance et l'impartialité de l'un des arbitres mais qu'elle a aussi manifestement été privée d'exercer son droit de récusation; qu'il appartient à l'arbitre de révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation ; que tant les liens professionnels au sein du cabinet BREDIN PRAT dans les années 1987-1989, que le fait que les deux avocats entretiennent des relations au sein de plusieurs associations sont des éléments notoires dont la recourante n'allègue pas qu'elle les aurait appris postérieurement à l'arbitrage; qu'à cet égard, CEGELEC soutient vainement que la présence de Maître Z... dans la procédure arbitrale lui aurait été révélée tardivement en cours de procédure, étant observé, en tout état de cause, qu'une

lettre du 19 septembre 2008 faisant état du dépôt de sa requête en arbitrage, a été adressée par ses soins à ce conseil dont le nom figure dans nombre de documents à la procédure ; qu'en conséquence, le moyen pris de l'irrégularité de la constitution du Tribunal arbitral ne peut qu'être écarté ;

1°) ALORS QUE la Société CEGELEC soutenait dans ses conclusions d'appel que « dans le cadre de l'instruction du présent recours en annulation, CEGELEC a découvert que l'un des conseils de SIEMENS apparu tardivement dans la procédure d'arbitrage, Maître Jean-Pierre Z..., ç avait également exercé au sein du cabinet BRE-DIN PRAT au moment des trois années de collaboration de Maître Y... » ; que la Société CEGELEC contestait ainsi avoir appris l'existence de ces liens avant la fin de la procédure d'arbitrage ; qu'en affirmant néanmoins que « la recourante n'allègue pas qu'elles les aurait appris postérieurement à l'arbitrage », la Cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des conclusions d'appel de la Société CEGELEC, en violation de l'article 4 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que la Société CEGELEC soutenait qu'aux termes de la déclaration d'acceptation et d'indépendance de l'arbitre, renseignée par Monsieur Y..., celui-ci avait indiqué qu'il n'avait pas eu « avec l'une quelconque des parties ou l'un quelconque de leurs conseils, une relation directe ou indirecte, financière, professionnelle ou de tout autre ordre », sans distinguer entre les faits notoires et ceux qui ne l'étaient pas, étant en outre précisé sur ce même document que « tout doute devrait être résolu en faveur de la révélation » ; que la Société CEGELEC ajoutait que cette obligation était également mentionnée à l'article 7 (2) du Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale; qu'en se bornant néanmoins à affirmer que le fait que Maître Y..., arbitre désigné par la Société SIEMENS et par la Société SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, et l'avocat de ces dernières, Maître Z..., était notoire, de sorte qu'elle n'avait pas à faire l'objet d'une déclaration particulière, sans rechercher si l'obligation de déclarer cette relation, à supposer même qu'elle ait

été notoire, résultait des termes de la déclaration d'acceptation de l'indépendance de l'arbitre, ainsi que des termes du règlement d'arbitrage, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1452, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, et 1520, 2°, du Code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; qu'en se bornant à affirmer que les liens professionnels ayant existé au sein du cabinet BREDIN PRAT entre Monsieur Y..., arbitre, et Maître Z..., avocat de la Société SIEMENS et de la Société SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, étaient notoires, sans rechercher, comme elle y était invité, si cette notoriété s'arrêtait au fait que les deux avocats avaient exercé au sein du même cabinet et si, en conséquence, la Société CEGELEC ignorait que Monsieur Y..., arbitre, avait été le collaborateur de Maître Z..., avocat de la Société SIEMENS et de la Société SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, ce dont il résultait qu'étaient nés entre eux des liens incompatibles avec les exigences d'indépendance et d'impartialité à défaut desquelles un arbitre ne peut siéger, de sorte que Maître Y... ne pouvait se dispenser de faire état de ces liens dans la déclaration d'indépendance qu'il avait émise, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1452, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, et 1520, 2°, du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation formé par la Société CEGELEC SAS à l'encontre de la sentence arbitrale CCI n° 15832/ EC/ ND du 14 juin 2012 ;

AUX MOTIFS QUE sur le second moyen d'annulation pris de la violation du principe de la contradiction (article 1520 4° du Code de procédure civile), CEGELEC dit qu'alors même que la question d'une répartition des responsabilités entre les parties ne lui était pas posée, chacune recherchant l'indemnisation de son propre préjudice, le Tribunal arbitral a appliqué une méthode de détermination des responsabilités dont les parties n'ont jamais débat-

tue et dont elles n'ont eu connaissance qu'à la lecture de la sentence ; qu'elle reproche ainsi au Tribunal arbitral de s'être fondé sans discussion préalable contradictoire sur une méthode globale de responsabilité non adoptée par elles dans leurs écritures ; que le principe de la contradiction impose que chaque partie soit mise à même de débattre contradictoirement des faits de la cause et que rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties ; que l'indemnisation du préjudice de chacune des parties impliquait nécessairement l'appréciation des fautes commises par elles ; que s'agissant de la responsabilité des parties quant aux retards et autres dommages encourus, le tribunal arbitral relève (paragraphe 108) que « pour déterminer la responsabilité des Parties, le tribunal arbitral avait le choix entre une méthode globale, et une méthode séquentielle » ; qu'analysant les deux méthodes le Tribunal arbitral observe qu'« au lieu d'une décision globale mûrie à l'aune de l'expérience, la méthode séquentielle aboutit à une série de décisions mécaniques dont le résultat peut être surprenant. (...) Elle ne peut prendre en considération des facteurs qui transcendent l'ensemble du chantier. Notre cas est exemplaire à ce propos. Le tribunal arbitral a constaté l'interférence récurrente de Cegelec dans les fonctions de Siemens rendant la tâche de Project Manager de celui-ci considérablement plus difficile. (...) Cette interférence traversa plusieurs phases du TBE, et son effet ne pouvait être compris qu'en considérant le déroulement de l'ensemble du chantier. Le tribunal a en conséquence jugé préférable d'adopter la méthode globale » ; qu'en optant ainsi pour la méthode dite globale, les arbitres auxquels il incombait de fixer le préjudice subi tout au long du marché de travaux, ont opéré un choix entre deux méthodes sans violer le principe de la contradiction, peu important à cet égard que les parties aient adopté s'agissant de l'indemnisation de leur préjudice, des approches différentes; qu'en conséquence, le moyen pris de la violation du principe de la contradiction est écarté ;

ALORS QUE le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ; qu'il ne peut, à ce titre, relever un moyen d'office sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en décidant

que dans la mesure où il incombait aux arbitres de fixer le préjudice subi tout au long du marché de travaux et dès lors que l'indemnisation du préjudice de chacune des parties impliquait l'appréciation des fautes commises par elles, le Tribunal arbitral pouvait adopter une méthode d'appréciation du préjudice qu'il avait lui-même fixée sans pour autant violer le principe de la contradiction, bien que cette méthode n'ayant été proposée par aucune des parties, il lui incombait de provoquer préalablement les observations de ces dernières, de sorte qu'à défaut de l'avoir fait, la sentence était vouée à l'annulation, la Cour d'appel a violé l'article 1520, 4°, du Code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation formé par la Société CEGELEC SAS à l'encontre de la sentence arbitrale CCI n° 15832/ EC/ ND du 14 juin 2012 ;

AUX MOTIFS QUE pris de la contrariété de la sentence à l'ordre public international (article 1520 5° du code de procédure civile), CEGELEC soutient que le taux de responsabilité 70/ 30 mis à la charge de chacune des parties à l'arbitrage retenu par le tribunal arbitral, de même que l'application systématique et péremptoire d'une décote de 45 % sur le montant des indemnités demandées ne sont pas motivés et que cette absence de motivation dissimule une violation grave des droits de la défense ; qu'hors les cas définis à l'article 1520 du code de procédure civile de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation de la sentence internationale échappe au contrôle du juge de l'annulation ; que les arbitres ont développé notamment dans les paragraphes 109 et 110, 46 à 62 ainsi que 64 à 107 et 111 de la sentence les motifs de leur décision ; que CEGELEC n'allègue pas précisément en quoi la sentence méconnaîtrait les droits de la défense ou l'ordre public international ; que, sous couvert de la violation de l'ordre public international, la recourante invite la Cour à une révision au fond de la sentence interdite au juge de l'annulation ;

ALORS QUE la sentence arbitrale du 14 juin 2012 ne comportait aucun motif justifiant les taux de 30 % et 70 % retenus par la juridiction arbitrale pour mettre à la charge de chacune des parties une quote-part de responsabilité dans les dommages survenus ; qu'en affirmant néanmoins que les arbitres avaient motivé leur décision sur ce partage de responsabilité, la Cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ladite sentence, en violation de l'article 1134 du Code civil.

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 14 janvier 2014



Textes et lois

Arbitrage des litiges intéressants les personnes publiques

**(Rapport du groupe de travail présidé par M. Daniel
LABETOULLE)**

1. - Par lettre du 7 avril 2006, le garde des Sceaux a demandé au vice-président du Conseil d'État de constituer un groupe de travail afin qu'une réflexion soit engagée sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux.

2. - Cette initiative est intervenue alors que, depuis une quinzaine d'années, plusieurs textes ont dérogé ponctuellement au principe interdisant aux personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage. Certains de ces textes ont concerné des personnes publiques précisément identifiées ; d'autres ont admis l'arbitrage pour certaines opérations spécifiques. La multiplication de ces dérogations témoigne non seulement d'une évolution de l'attitude, traditionnellement réservée voire hostile, des pouvoirs publics à l'égard de la soumission à l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques, mais encore de l'intérêt que suscite désormais l'arbitrage dans la sphère publique.

3. - L'arbitrage peut en effet constituer un mode alternatif de règlement juridictionnel des litiges adapté aux besoins des personnes publiques et de leurs partenaires privés. Il présente certains avantages : la célérité, dès lors que le prononcé de la sentence arbitrale est enfermé dans des délais impératifs ; la souplesse, puisque les parties peuvent déterminer ensemble certains aspects de la procédure ; l'expertise technique, dont peut faire

preuve le tribunal arbitral selon la manière dont les parties l'auront composé.

4. - En revanche, il n'y a pas lieu de chercher dans l'extension du champ de l'arbitrage en matière administrative un allègement du nombre d'affaires portées devant les juridictions administratives. D'abord parce que c'est en raison des avantages qu'il peut apporter aux parties à un litige que l'arbitrage doit principalement être envisagé. Ensuite, parce que l'arbitrage ne peut sans doute concerner qu'un nombre limité de litiges, même si ces litiges peuvent porter sur les opérations les plus importantes par leur montant ou par leur objet.

5. - La démarche au cas par cas qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui n'est pas sans poser problème. L'exemple de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dont l'article 11 permet de soumettre les litiges relatifs à ces contrats à arbitrage^{Note 1} est significatif : en raison de l'absence de toute précision sur les règles de procédure et les voies de recours qui devraient être mises en oeuvre, ces dispositions ont créé des incertitudes ; il semble d'ailleurs qu'aucun contrat de partenariat conclu à ce jour par l'État ne comporte encore de clause compromissoire.

6. - Le moment paraît donc venu d'ouvrir plus largement les possibilités de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques et de clarifier le régime procédural qui s'appliquerait à l'arbitrage des litiges relevant du droit public.

7. - Le présent rapport a été adopté par le groupe de travail, à la suite d'auditions de représentants des associations de collectivités territoriales, des entreprises et des institutions françaises permanentes d'arbitrage, et après qu'il a recueilli de nombreuses consultations écrites^{Note 2}.

8. - Les orientations qui y sont résumées portent, en premier lieu, sur le champ susceptible d'être ouvert à l'arbitrage s'agissant des litiges intéressant les personnes morales de droit public, en deuxième lieu, sur les conséquences du recours à l'arbitrage, et, enfin, sur les modalités, notamment procédurales, qui pourraient être retenues pour l'arbitrage de ces litiges.

1. Le champ de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques

9. - L'arbitrage est un mode de règlement **juridictionnel** des litiges, empruntant d'autres voies que les recours ouverts devant les juridictions étatiques de droit commun. Le recours à l'arbitrage ne peut résulter que du commun accord des parties au litige ; il se traduit par la dévolution de son règlement à une instance juridictionnelle constituée à cette fin, distincte des juridictions étatiques, investie du pouvoir de le trancher par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

10. - L'arbitrage, qui aboutit à une décision juridictionnelle tranchant le litige, se distingue donc des modes de règlement alternatifs des litiges que sont la médiation, la conciliation ou la transaction. Compte tenu de la mission qui lui a été confiée, le groupe de travail s'est borné à examiner les conditions d'un recours à l'arbitrage pour les litiges intéressant les personnes publiques, sans étendre sa réflexion aux améliorations qu'il conviendrait le cas échéant d'apporter aux modes de règlement non juridictionnels des litiges. Il tient toutefois à rappeler tout l'intérêt de ces procédures, qui, d'ailleurs, a été souligné à maintes reprises lors des auditions et consultations. Il convient à cet égard de préciser que l'arbitrage n'exclut pas le recours préalable à ces modes de règlement alternatifs^{Note 3}. Ainsi, rien n'interdit qu'une convention d'arbitrage prévoie qu'un litige soit soumis à une phase de conciliation ou de médiation, puis en cas d'échec de celle-ci, à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage ne fait pas non plus obstacle à ce qu'une transaction intervienne en cours d'instance arbitrale.

A. - En l'état du droit, les personnes morales de droit public se voient, en principe, interdire d'avoir recours à l'arbitrage

11. - Cette **interdiction** a des racines anciennes. Elle constitue un principe général du droit public français^{Note 4}, qui prend appui sur des dispositions législatives figurant aujourd'hui à l'article 2060 du Code civil^{Note 5}. Ce principe a valeur législative mais non constitutionnelle^{Note 6} : sa portée peut être modifiée par le législateur ; il

peut en particulier lui être apporté des dérogations par la voie de dispositions législatives expresses.

12. - De fait, des dispositions de valeur législative ont déjà organisé des **dérogations** ponctuelles en droit interne à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public. Certaines de ces dérogations ont visé des personnes publiques précisément identifiées ou des catégories de personnes publiques : le législateur a ainsi autorisé expressément la SNCF^{Note 7}, la Poste^{Note 8} et RFF^{Note 9} à recourir à l'arbitrage ; la loi du 9 juillet 1975 a, pour sa part, ouvert la possibilité au Gouvernement d'autoriser par décret certaines catégories d'établissements publics industriels et commerciaux à compromettre^{Note 10}. D'autres dérogations ont concerné certains types de litiges : notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux^{Note 11}, ceux relatifs à l'exécution de contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt national »^{Note 12}, ceux relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive^{Note 13}, ceux relatifs aux contrats de partenariat^{Note 14}.

13. - Par ailleurs, le recours à l'arbitrage a, depuis longtemps, été organisé spécialement par plusieurs traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers^{Note 15}.

14. - En outre, le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques cède pour le règlement des litiges mettant en cause « les intérêts du commerce international »^{Note 16}.

15. - L'extension éventuelle des possibilités de soumettre à l'arbitrage les litiges intéressant les personnes publiques, dans de nouveaux domaines, ne remettrait évidemment pas en cause ces différentes solutions, qui l'admettent déjà.

B. - Le groupe de travail a estimé possible d'autoriser de manière générale le recours à l'arbitrage pour ce qui concerne les litiges contractuels intéressant les personnes morales de droit public

1° Champ organique

16. - En ce qui concerne le **champ organique** de l'arbitrage, le groupe de travail s'est entendu pour ouvrir le recours à l'arbitrage à **toutes les personnes morales de droit public**, sans opérer de distinctions entre elles.

17. - Alors qu'historiquement, le débat sur l'arbitrage en droit public a essentiellement porté sur la question des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), le groupe de travail a considéré que ce débat avait aujourd'hui singulièrement perdu de sa substance, en raison de l'addition de dispositions ponctuelles autorisant le recours à l'arbitrage et de certaines transformations statutaires. S'il demeure aujourd'hui une spécificité des EPIC, c'est moins au regard des conditions d'accès à l'arbitrage que du caractère majoritairement de droit privé de leurs litiges qui devrait conduire, le plus souvent, à l'application de règles de droit privé. Il est donc apparu nécessaire au groupe de travail de se détacher de cette vision organique.

18. - Le groupe de travail s'était, néanmoins, un temps interrogé sur le point de savoir s'il était souhaitable que l'ouverture de l'arbitrage concerne l'ensemble des personnes morales de droit public ou seulement certaines d'entre elles. On pouvait en effet hésiter à permettre à toutes les personnes publiques, sans considération de leur taille ou de leur capacité technique, de s'engager dans des procédures arbitrales. Il est finalement apparu au groupe de travail, comme d'ailleurs à la majorité des personnes auditionnées ou consultées, qu'il serait très difficile d'introduire une différence de traitement entre les collectivités selon leur taille, comme de dégager des critères objectifs pour ce faire. Le groupe de travail estime ainsi préférable que le législateur ouvre de façon générale la faculté de recourir à l'arbitrage à toutes les personnes publiques. Cette ouverture ne créerait à leur égard aucune obliga-

tion; les autorités concernées conserveront la responsabilité de procéder aux choix qui leur paraîtront les plus appropriés.

2° Champ matériel

19. - En ce qui concerne le **champ matériel** de l'arbitrage, le groupe de travail s'est accordé pour proposer d'ouvrir à l'arbitrage les **litiges nés d'un contrat** et opposant les parties à ce contrat.

L'ouverture qui est ainsi proposée ne concerne pas seulement les litiges de nature contractuelle au sens strict. Le groupe de travail a en effet estimé que toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat devrait désormais pouvoir soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants. Par l'accent mis sur la personne qui « a conclu » un contrat, le groupe de travail a souhaité couvrir l'hypothèse du litige né d'un contrat nul. En revanche, il n'a pas entendu inclure les litiges opposant la collectivité publique et les candidats à l'attribution d'un contrat.

20. - En cas de nullité du contrat, les cocontractants ne sont plus liés par ce contrat, qui est réputé n'avoir produit aucun effet de droit entre eux dès l'origine. Mais il n'en reste pas moins que ce contrat a matériellement existé et peut se trouver au coeur d'un litige entre les deux « co-contractants ». Si la nullité du contrat ferme aux parties la voie à des actions contentieuses engagées sur la base de la mise en cause de la responsabilité contractuelle de leur co-contractant, d'autres voies de droit s'ouvrent ainsi à elles. Peut, par exemple, être invoquée la responsabilité quasi-contractuelle au titre de l'enrichissement sans cause, ou la responsabilité quasi-délictuelle tenant à la faute consistant à avoir passé un contrat nul. Or, il est apparu au groupe de travail que ce type de contentieux entretenait des liens trop étroits avec le contentieux contractuel au sens strict pour qu'il soit réellement justifié de lui assurer un traitement distinct au regard de l'arbitrage^{Note 17}.

21. - Le champ ainsi ouvert à l'arbitrage inclurait également les litiges liés à la mise en jeu des responsabilités «post-contractuelles»

des constructeurs (responsabilité biennale, décennale et trentenaire).

22. - Cette ouverture se traduirait donc par l'inversion, dans la matière contractuelle ainsi définie, du principe traditionnel de prohibition du recours à l'arbitrage.

Le groupe de travail a toutefois unanimement considéré que **les litiges relatifs à l'exécution des contrats de louage de services** - qu'ils concernent l'engagement par les personnes morales de droit public d'agents de droit public ou d'agents de droit privé - **devaient continuer d'être exclus du champ de l'arbitrage.** Les recours devraient, dans cette matière, demeurer de la compétence exclusive des juridictions de droit commun.

23. - Le groupe de travail a en revanche considéré que d'autres catégories de contrats ne devaient pas être exclues du champ de l'arbitrage. Il s'agit tout d'abord des contrats passés entre plusieurs personnes morales de droit public, notamment ceux relatifs à l'organisation du service public, à la mise en oeuvre des lois de décentralisation ou à la coopération entre collectivités publiques. Après réflexion, le groupe de travail a estimé qu'il n'y avait pas de véritable justification pour refuser que de tels contrats puissent être soumis à arbitrage.

24. - De même, le groupe de travail a écarté l'idée un temps évoquée, consistant à prévoir des règles particulières pour les contrats qui mettent en cause la continuité du service public ou la protection du domaine public, comme par exemple les délégations de service public ou les contrats d'occupation domaniale. Les contributions reçues et les auditions auxquelles il a procédé l'ont au contraire convaincu qu'il existait un réel besoin, voire une attente, dans ces domaines.

C. - Le groupe de travail a considéré, en revanche, qu'il n'était pas opportun d'ouvrir le recours à l'arbitrage au delà du champ contractuel

25. - Le périmètre de la mission impartie au groupe de travail exclut que l'arbitrage puisse concerner le contentieux de la légalité

des actes administratifs unilatéraux. Au demeurant, on ne voit pas que l'on puisse déroger pour des litiges de cette nature aux procédures de recours ouvertes devant les juridictions administratives.

26. - Par ailleurs, le groupe de travail a longuement hésité sur la question de l'ouverture du recours à l'arbitrage pour les litiges indemnitaires mettant en jeu la **responsabilité quasi-délictuelle** des personnes morales de droit public.

27. - Les consultations menées ont en effet mis en lumière l'intérêt qu'il pourrait y avoir à pouvoir recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges de responsabilité quasi-délictuelle lorsque ceux-ci mettent en cause des appréciations essentiellement factuelles, par exemple en matière de responsabilité hospitalière, ou de dommages de travaux publics : la procédure d'arbitrage permettrait par exemple de recourir plus facilement à des expertises. Ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques, lorsque cette responsabilité ne résulte pas de l'illégalité d'un acte administratif, ne poserait ainsi aucune difficulté d'ordre juridique, et pourrait paraître très souhaitable.

28. - Mais à la réflexion, le groupe de travail a préféré ne pas proposer à ce stade de procéder à une telle ouverture, pour des raisons essentiellement d'ordre pratique ou d'opportunité.

29. - En premier lieu, afin de réussir l'acclimatation de l'arbitrage dans la sphère publique, une ouverture progressive qui se limiterait d'abord au champ contractuel, qui paraît plus naturellement destiné à faire l'objet d'arbitrages, semble préférable.

30. - En second lieu, ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques poserait de nombreux problèmes de délimitation du champ d'application de la réforme, qui nuiraient à sa lisibilité.

31. - Enfin, il est apparu au groupe de travail que l'intérêt pratique d'ouvrir à l'arbitrage les litiges de responsabilité quasi-délictuelle serait probablement très limité. Par construction, les parties à un tel litige ne peuvent décider ensemble d'engager une

procédure arbitrale qu'une fois le litige né, par la voie d'un compromis d'arbitrage. Or, on peut craindre qu'une fois le litige né, les parties peinent à conclure un tel compromis ; on peut penser qu'elles préféreront soumettre aux juridictions de droit commun la question de la faute éventuellement commise. À supposer que les parties soient prêtes à rechercher un accord, d'autres modes de règlement alternatifs tels que la transaction seraient sans doute mieux adaptés à la solution du litige.

2. Les conséquences du recours à l'arbitrage pour les litiges intéressant les personnes publiques

32. - Lors des auditions et des consultations auxquelles le groupe de travail a procédé, des interrogations ont été émises sur les conséquences du recours à l'arbitrage, par exemple sur le droit applicable au litige, qu'il s'agisse des règles de fond ou des règles de procédure applicables, ou sur les droits des tiers. Il est apparu nécessaire au groupe de travail de répondre à ces interrogations.

33. - Le groupe de travail a ainsi constaté que la liberté qui serait donnée aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage n'aurait pas pour effet d'étendre le champ de l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le droit applicable : de manière générale, les personnes publiques ne peuvent se soustraire, notamment par la voie contractuelle, aux règles qui leur sont applicables.

34. - Ainsi, si le recours à l'arbitrage traduit une dérogation à la compétence des juridictions étatiques, il ne peut avoir pour effet de transformer la nature des litiges, en modifiant le droit qui leur est applicable, ou en affectant la mission du tribunal chargé de trancher le litige. De même, la soumission d'un litige à l'arbitrage apparaît sans incidence sur les droits des tiers.

A. - La soumission à l'arbitrage d'un litige intéressant des personnes publiques apparaît sans incidence sur le droit applicable à ce litige

35. - Les propositions du groupe de travail conduisent à une extension du champ des litiges des personnes publiques susceptibles d'être soumis à arbitrage. Mais elles n'aboutissent pas à une

extension concomitante du champ du droit public ; elles sont au contraire neutres quant à la répartition entre droit public et droit privé. Car, ainsi que vient de le rappeler très clairement le Tribunal des conflits^{Note 18}, ce n'est pas la procédure d'arbitrage, mais la nature du litige qui détermine le droit applicable et, par conséquent, l'ordre de juridiction compétent pour l'exercice des voies de recours.

Ainsi, ceux des litiges intéressant les personnes publiques qui relèvent du droit privé - à titre d'exemple, les litiges entre les EPIC et leurs usagers ou leurs fournisseurs - demeureraient soumis aux règles de fond de droit privé, quand bien même ils pourraient désormais être réglés par la voie de l'arbitrage. La procédure d'arbitrage serait donc celle prévue au NCPC.

36. - Réciproquement, les litiges qui présentent le caractère de litiges de droit public conserveraient ce caractère. Dès lors, si, compte tenu de l'objet du litige, leur règlement relèverait de la juridiction administrative, cette juridiction demeurerait compétente pour connaître des recours qui seraient le cas échéant formés contre la sentence arbitrale.

37. - Dans cet esprit, le groupe de travail a également estimé que le juge d'appui auquel les parties feront éventuellement appel pour régler certaines difficultés au cours de la procédure d'arbitrage devra être choisi au sein de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du fond. Il a en particulier été sensible au fait que ce juge pourrait être amené à trancher des questions intéressant le droit public, ne serait ce qu'à titre exceptionnel, par exemple pour constater la nullité « manifeste » de la clause compromissoire.

B. - Le recours à l'arbitrage apparaît également sans incidence sur la détermination de la loi, française ou étrangère, applicable à un contrat passé par une personne publique française

38. - Soumettre les litiges contractuels à une procédure d'arbitrage ne peut avoir pour effet d'ouvrir plus largement les hypothèses dans lesquelles des conventions internationales^{Note 19}, la loi nationale^{Note 20} ou la jurisprudence^{Note 21} admettent qu'un tel con-

trat, s'il présente des éléments d'extranéité suffisants, peut être soumis à la loi étrangère par libre choix des parties ou à défaut, par application de critères de rattachement^{Note 22}.

En revanche, la soumission du contrat à la loi étrangère, dans les cas où elle est possible, peut avoir des conséquences sur la procédure d'arbitrage. Le juge administratif français, juge d'attribution, ne pouvant connaître d'un contrat que si celui-ci est régi par le droit administratif français, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartiendrait de se prononcer sur un litige relatif à un contrat régi par la loi étrangère : par voie de conséquence, si un tel litige était soumis à un tribunal arbitral, c'est, en application de ce qui a été dit au 2.1 ci-dessus, la procédure d'arbitrage prévue au NCPC qui s'appliquerait ; et les voies de recours contre la sentence devraient être exercées devant la juridiction civile.

C. - Le groupe de travail n'a pas non plus souhaité que le recours à l'arbitrage affecte l'étendue du pouvoir des arbitres appelés à trancher le litige

1° Plénitude de juridiction

39. - Le groupe de travail s'est en effet prononcé unanimement pour que les arbitres disposent d'une **plénitude de juridiction**-
Note 23.

40. - Les arbitres se verraient donc reconnaître le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux, lorsque cette interprétation ou appréciation de légalité sera nécessaire à l'issue du litige. Le groupe de travail a souhaité ainsi éviter tout délai lié aux questions préjudicielles et a estimé que les risques d'une telle solution étaient limités, dès lors que les parties pourront exercer des voies de recours.

2° Amiable compositeur

41. - Le groupe s'est également interrogé, pour l'écarter, sur l'opportunité de prévoir, dans le cas des litiges intéressant les personnes publiques, la possibilité pour l'instance arbitrale de statuer comme **amiable compositeur**.

42. - L'article 1474 du nouveau Code de procédure civile précise que l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties ne lui aient confié la mission de statuer comme amiable compositeur. Si ces pouvoirs d'amiable composition lui sont conférés, l'arbitre statue en équité, en écartant au besoin l'application de la règle de droit à l'exception des règles d'ordre public auxquelles les parties ne sauraient renoncer. C'est par la convention d'arbitrage que les parties déterminent l'étendue des pouvoirs de l'instance arbitrale.

43. - Le groupe de travail propose, de façon unanime, d'exclure la possibilité de l'amiable composition pour les litiges intéressant les personnes publiques. Il lui est apparu difficile de soustraire la résolution de ce type de litiges, et par suite l'action des personnes morales de droit public, à l'application de la règle de droit, qui, de manière générale, est d'ordre public pour ces personnes. Au surplus, il a relevé que le recours à la clause de l'amiable composition comportait le risque de rendre, pour les parties, l'issue du litige imprévisible, ce qui explique d'ailleurs qu'il en soit peu fait usage aujourd'hui pour les litiges de droit privé d'une certaine importance. Le groupe de travail a toutefois tenu à rappeler que l'exclusion de la possibilité de l'amiable composition n'excluait pas que, dans le déroulement de l'instance arbitrale, l'arbitre cherche à rapprocher les parties de façon à aboutir, le cas échéant, à une transaction.

D. - Enfin, la soumission du litige à arbitrage paraît sans incidence sur les droits des tiers dans le litige

44. - Le groupe de travail a constaté que le statut des tiers dans le litige contractuel ne sera pas affecté négativement par le fait que le litige a été soumis à l'arbitrage. La jurisprudence dénie aux tiers la possibilité de saisir le juge du contrat^{Note 24} et il en va sans doute de même de la possibilité pour les tiers d'intervenir à l'instance contractuelle. De même en l'état de la jurisprudence, les tiers ne peuvent pas non plus former un recours pour excès de pouvoir contre le contrat^{Note 25}.

45. - Il faut cependant réserver à cet égard les solutions jurisprudentielles admettant le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables du contrat^{Note 26} et contre les dispositions réglementaires du contrat^{Note 27}: le règlement du contentieux contractuel devant un tribunal arbitral ne ferait donc pas obstacle au recours pour excès de pouvoir des tiers devant la juridiction administrative. De même, la soumission par les parties du litige à l'arbitrage ne sera pas susceptible de faire obstacle à l'exercice du déféré préfectoral, qui peut être dirigé contre le contrat lui-même conformément à la loi du 2 mars 1982^{Note 28}.

3. Les modalités du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques

A. - Ces modalités concernent tout d'abord la conclusion de la convention d'arbitrage

46. - Les réflexions du groupe de travail se sont inscrites dans l'approche classique du droit français en matière d'arbitrage, qui distingue deux hypothèses de recours à l'arbitrage, le **compromis** et la **clause compromissoire**, et s'organise par rapport à cette distinction. Ainsi les dispositions du Code de procédure civile qui régissent la convention d'arbitrage^{Note 29} traitent successivement de ces deux formes différentes.

47. - Le compromis est entendu comme la convention par laquelle les parties à un litige s'accordent, *une fois qu'il est né*, pour confier son règlement à une instance arbitrale et non aux juridictions de droit commun^{Note 30}. La clause compromissoire, insérée dans un contrat, traduit, pour sa part, l'engagement des parties au contrat de régler par la voie de l'arbitrage les litiges qui pourraient naître *à l'avenir* à raison de ce contrat^{Note 31}.

48. - Cette distinction est ainsi présente dans les textes de droit français, même si elle est inconnue dans d'autres pays dont la tradition juridique envisage l'arbitrage de façon plus globale. Il est dès lors apparu au groupe de travail difficile d'en faire abstraction.

49. - Le groupe de travail, de façon unanime, a considéré qu'on ne peut, en matière contractuelle, s'en tenir au seul compromis et

qu'il convient d'admettre la licéité de la clause compromissoire pour les contrats signés par les personnes morales de droit public qui seraient ouverts à l'arbitrage. L'expérience montre en effet qu'il peut être difficile aux parties de s'accorder, une fois le litige né, sur un compromis d'arbitrage ; si elles optent parfois pour des modes alternatifs de règlement du litige, comme la transaction ou la médiation, elles ne parviennent que rarement à s'entendre pour déterminer les conditions du recours à une procédure juridictionnelle arbitrale. S'en tenir au seul compromis, en matière contractuelle où la négociation et l'insertion préalable de la clause compromissoire est possible, risquerait ainsi de rendre illusoire l'ouverture du recours à l'arbitrage et pourrait laisser craindre, au delà de l'ouverture formelle de l'arbitrage, une absence de recours effectif à ce mode alternatif de règlement des litiges.

50. -Si le groupe de travail a admis la licéité de la clause compromissoire pour les contrats signés par les personnes morales de droit public, il a de façon tout aussi unanime exprimé sa préoccupation que la **liberté des parties dans la négociation de cette clause** soit préservée.

51. -Le groupe de travail a en effet été sensible aux conséquences qu'emporte la clause compromissoire, notamment en ce qui concerne les entreprises les plus petites et les collectivités territoriales. Une telle clause lie les parties à l'avance sans qu'elles puissent prévoir la nature ou l'importance du litige futur qu'elles s'engagent ainsi à soumettre à des arbitres, et ce pour toute la durée du contrat, qui peut s'avérer très longue comme dans le cas des délégations de service public. Le groupe de travail a ainsi estimé nécessaire de s'assurer que la clause compromissoire soit, autant que faire ce peut, librement négociée, ou du moins conclue en connaissance de cause.

52. - À cette fin, le groupe de travail a tout d'abord proposé que, lorsque la conclusion d'un contrat est subordonnée à l'approbation ou à l'autorisation d'un organe délibérant, **la clause compromissoire fasse l'objet d'une décision de l'organe délibérant, distincte de celle relative au contrat** auquel cette clause se rapporte. Ainsi dans les collectivités territoriales, la conclusion

de la clause compromissoire ferait l'objet d'une délibération distincte, et donc d'un débat particulier, de façon à permettre à la collectivité de s'engager en toute connaissance de cause.

53. - D'autre part, le groupe de travail a également envisagé les moyens d'éviter que, dans le cas d'un contrat faisant l'objet d'une mise en concurrence, la clause compromissoire soit en fait imposée par la collectivité publique aux soumissionnaires. Tel serait le cas, en cas d'appel d'offres, si le principe du recours à l'arbitrage figurait dans le cahier des charges soumis à l'appel d'offres. De manière à permettre une véritable négociation sur le principe même et sur le contenu de la clause compromissoire, le groupe de travail propose que **la négociation de cette clause n'intervienne qu'après le choix par la collectivité publique de l'attributaire du contrat, et directement avec ce dernier.**

54. - Contrairement à certaines opinions émises dans le cadre de la consultation écrite à laquelle il a procédé, le groupe de travail n'a pas estimé qu'il y aurait là une atteinte à l'équilibre économique de la négociation contractuelle.

B. - La procédure applicable au litige faisant l'objet d'un arbitrage devrait être fixée par des dispositions réglementaires ainsi que par la convention d'arbitrage

55. - Si la procédure d'arbitrage applicable aux litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit privé obéira aux règles fixées par le nouveau Code de procédure civile (NCPC), le groupe de travail a estimé que, pour les litiges relevant de la compétence des juridictions administratives, des **règles procédurales particulières devraient être fixées par voie réglementaire.**

56. - Certaines voix, il est vrai, se sont exprimées pour demander que ne soit pas créé un corps de règles spécifiques régissant la procédure d'arbitrage en matière administrative, et ce dans un souci de simplicité. Mais il est apparu au groupe de travail impossible de rendre les articles 1442 et suivants du NCPC directement applicables à des litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit public. En effet, dès lors que les voies de recours

s'exerceront devant la juridiction administrative et que le juge d'appui appartiendra également à cette juridiction, dès lors que certaines règles admises par le NCPC, comme l'amicable composition, devront être exclues, le NCPC ne pourrait être rendu applicable sans d'importantes adaptations. Le groupe de travail a estimé que ces indispensables adaptations nuiraient finalement à la lisibilité des règles de procédure applicables et à la simplicité d'accès à ces règles pour leurs utilisateurs. En outre, il a relevé que les dispositions du NCPC relatives à l'arbitrage devraient prochainement faire l'objet de modifications et qu'il était donc peu opportun d'y renvoyer.

57. - Il a ainsi paru au groupe de travail que la simplicité plaidait au contraire pour l'adoption d'un corps de règles de procédure autonome en ce qui concerne l'arbitrage en matière administrative. Mais bien entendu, ces règles devraient être directement inspirées des dispositions du NCPC, sous réserve des adaptations nécessaires ; elles pourraient d'ores et déjà intégrer les propositions d'actualisation de ce code formulées par le Comité français de l'arbitrage. Il est tout aussi vraisemblable que l'interprétation que le juge administratif sera appelé à en donner sera elle-même très largement inspirée de la jurisprudence dégagée par les juridictions civiles pour l'interprétation du NCPC^{Note 32}.

58. - Devraient ainsi figurer au nombre des règles fixées par voie réglementaire quelques dispositions relatives à la **composition de l'instance arbitrale** et à la désignation des arbitres. Ces dispositions devraient permettre de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. En outre, certains principes généraux de la procédure administrative rappelés aux articles L.5 et L.8 à L.10^{Note 33} du Code de justice administrative devraient nécessairement être rendus applicables à la procédure d'arbitrage.

59. - Pour le surplus, les règles applicables à la procédure d'arbitrage devraient être laissées à la libre détermination des parties, et faire l'objet d'une convention d'arbitrage écrite. Pour les collectivités locales, cette convention devrait être approuvée par l'organe délibérant, transmise au préfet et soumise au contrôle de légalité.

60. - En ce qui concerne les critères de choix des arbitres ou leur rémunération, certaines des personnes consultées ont suggéré que, pour prévenir d'éventuels excès, les dispositions réglementaires prévoient l'établissement de listes d'arbitres voire de barème d'honoraires, comme cela a été fait en matière d'archéologie préventive^{Note 34}. Le groupe de travail n'a pas été insensible aux préoccupations ainsi exprimées. Mais il a estimé qu'il était plus conforme à l'esprit de l'arbitrage de ne pas porter atteinte à la liberté des parties pour la désignation des arbitres^{Note 35}. Toutefois, compte tenu des nombreuses remarques qui lui ont été adressées quant au montant parfois très élevé des honoraires pratiqués en matière d'arbitrage, il entend souligner avec force la nécessité qu'il soit fait un usage raisonnable de cette liberté, compatible avec la bonne gestion des deniers publics.

61. - Quoi qu'il en soit, lorsqu'une collectivité territoriale ou un établissement public sera en cause, il reviendra à son organe délibérant d'approuver la désignation de l'arbitre ainsi que le montant de ses honoraires, ou l'adhésion à un règlement d'arbitrage proposé par une institution d'arbitrage, fixant les modalités de désignation et de rémunération des arbitres.

62. - De manière plus générale, et pour faciliter l'acclimatation de l'arbitrage dans la sphère publique, le groupe recommande fortement **le recours à des institutions offrant des services d'arbitrage**, comme c'est le cas, par exemple, de la Chambre de commerce internationale, de l'Association française d'arbitrage, du Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, ou encore au niveau régional d'organismes tels que le Centre interprofessionnel de médiation et d'arbitrage de Lyon. La création de telles institutions spécialisées en matière administrative, au niveau local, avec la participation des associations représentant les collectivités territoriales, doit également être recommandée. Ces institutions pourraient en effet être chargées par les parties de désigner tout ou partie du tribunal arbitral, le cas échéant parmi des listes d'arbitres dont elles attesteraient de la compétence ; elles pourraient établir des règles-types applicables à la procédure d'arbitrage auxquelles les conventions d'ar-

bitrage feraient référence ; elles pourraient également fixer des barèmes pour la rémunération des arbitres.

C. - La publicité entourant la procédure d'arbitrage et la décision rendue devra également être fixée par des dispositions législatives ou réglementaires

63. - Concilier la confidentialité qui entoure habituellement les procédures d'arbitrage et les exigences de transparence de l'action administrative est apparu au groupe de travail comme l'une des questions les plus délicates suscitées par l'ouverture de l'arbitrage aux personnes publiques.

64. - La confidentialité est souvent présentée comme un attribut caractéristique de l'arbitrage ou plus simplement comme l'un de ses principaux avantages. Mais cette affirmation appelle des tempéraments^{Note 36}, ne serait-ce que parce que le droit des sociétés impose déjà des obligations de transparence en matière d'arbitrage privé (information du conseil d'administration, inscription dans les documents comptables des frais et provisions liés à l'arbitrage). Surtout, des exigences renforcées de transparence s'imposent à l'évidence dans la sphère publique : les administrateurs et élus doivent rendre compte de leur gestion, notamment du bon emploi des deniers publics.

65. - Le groupe de travail, soucieux de trouver un équilibre satisfaisant entre ces différentes exigences et conscient de ce que cette question délicate conditionne en partie l'acceptation de l'arbitrage dans la sphère publique, s'est longuement interrogé sur les modalités de la publicité devant accompagner le déroulement et l'issue de l'instance d'arbitrage.

1° Transparence

66. - Il convient tout d'abord de rappeler que **la transparence entourant les décisions préalables à la mise en oeuvre de l'arbitrage demeurera assurée dans les conditions du droit commun**. Il en ira notamment ainsi pour les décisions des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, qui seront soumises aux règles prévues par le Code général des collectivités ter-

ritoriales afin d'assurer l'information des élus^{Note 37} et des citoyens^{Note 38}. De même, l'accès des tiers à ces documents sera assuré conformément aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs.

2° Confidentialité de l'instruction et du délibéré

67. - S'agissant du déroulement même de l'instance arbitrale, le groupe de travail s'est accordé pour préserver **la confidentialité de l'instruction** et le **secret du délibéré**. Ces règles s'appliquent aux juridictions de droit commun, et contribuent à la sérénité des débats et du prononcé de la décision juridictionnelle.

3° Audience publique

68. - Le groupe de travail a hésité davantage sur la question de savoir si la tenue d'une **audience publique** devait être prévue. En droit, l'organisation d'une audience publique au cours d'une procédure d'arbitrage ne paraît imposée par aucun principe de droit national ou conventionnel^{Note 39}. En pratique, l'organisation d'une audience publique pourrait être rendue nécessaire pour éviter que, dans certains litiges politiquement sensibles, la collectivité publique soit critiquée pour avoir recouru à une justice non seulement « privée » mais aussi « secrète ». Les auditions auxquelles le groupe de travail a procédé, en particulier celles des représentants des collectivités territoriales, ont en effet mis en évidence le caractère très sensible de la question et sa portée symbolique.

69. - Le groupe de travail a dans un premier temps hésité entre plusieurs formules plus ou moins contraignantes : l'application obligatoire du principe de publicité des débats ; l'application de ce principe, sous réserve de stipulations contraires adoptées par les parties ; au contraire, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la faculté laissée aux parties de rétablir cette publicité par la convention d'arbitrage ; enfin, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la possibilité conférée à une seule partie de demander l'organisation d'une audience publique.

70. - L'esprit de l'arbitrage, fondé sur l'accord des parties, pourrait plaider pour que soit ouverte aux parties la possibilité d'en aménager conjointement les conditions de publicité.

71. - Cependant il est apparu au groupe de travail que, pour assurer la crédibilité de l'arbitrage et prendre en compte les spécificités des règles de fonctionnement des collectivités territoriales, il n'était sans doute pas possible de priver une partie de la possibilité d'obtenir la tenue d'une audience publique, alors même que les autres parties n'en seraient pas d'accord. Arrivé à ce constat, le groupe de travail s'est demandé s'il ne fallait pas tout simplement poser le principe de la publicité de l'audience.

72. - Cette dernière solution a finalement paru au groupe de travail être la meilleure, compte tenu du caractère très sensible de la question de la transparence entourant la procédure d'arbitrage. Elle n'emporterait pas de contraintes trop fortes pour les parties et pour le tribunal arbitral : le secret de l'instruction étant préservé, il suffirait qu'une audience publique soit organisée à l'issue de l'instruction et avant le prononcé de la sentence.

4° Publication de la sentence ?

73. - Enfin, **la sentence arbitrale elle-même devra être rendue publique**^{Note 40}. **C'est d'ailleurs à cet effet que le projet de dispositions législatives joint au présent rapport rend l'article L.10 du Code de justice administrative applicable aux instances arbitrales.**

74. - Diverses modalités peuvent être envisagées pour assurer cette publicité. Elle pourrait résulter d'une simple information de l'organe délibérant de la collectivité publique^{Note 41}. Elle pourrait aussi reposer sur l'obligation, mise à la charge de la personne publique, de procéder à l'affichage ou à la publication de la sentence.

75. - Par ailleurs, il est nécessaire d'organiser le droit d'accès des tiers à la sentence, en permettant à ceux-ci de le faire valoir auprès de la personne publique. En effet, les sentences arbitrales étant des décisions juridictionnelles, la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs ne leur est pas appli-

cable de plein droit. Il est apparu au groupe de travail préférable de s'inspirer des conditions de communication prévues par ce texte. Ainsi la protection de certains secrets institués par la loi serait de nature à justifier l'occultation de certaines mentions de la sentence arbitrale, à l'instar de celles couvertes par le secret en matière commercial et industriel ou le secret de la défense nationale. Il en irait aussi de même s'agissant des modalités pratiques de cette communication - consultation sur place ou possibilité d'obtenir une copie papier ou électronique.

D. - Le groupe de travail s'est, enfin, interrogé sur l'exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours qui seraient susceptibles d'être exercées à son encontre

1° L'exécution

76. - L'exécution de la sentence arbitrale devrait faire l'objet de dispositions expresses.

Si la sentence arbitrale est par elle-même revêtue de l'autorité de la chose jugée, le groupe de travail a écarté l'hypothèse d'une disposition législative conférant un caractère exécutoire de plein droit aux sentences arbitrales, sans intervention aucune des juridictions étatiques. Il a privilégié, comme en matière civile, le recours à une procédure particulière d'*exequatur* conduisant un juge administratif^{Note 42} à revêtir la sentence de la formule exécutoire. La décision prise sur l'exécution de la sentence ne pourrait faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'État.

2° Recours

77. - Le groupe de travail a estimé opportun de **réserver la seule voie du recours en cassation** contre la sentence arbitrale.

78. - Il a relevé, à l'instar de la majorité des contributions qu'il a reçues et des personnes auditionnées, que l'esprit de l'arbitrage ne plaide pas pour l'ouverture d'une voie d'appel contre la sentence. 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'arbi-

trage, 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.

79. - Le groupe de travail n'a donc pas estimé opportun de reprendre les dispositions du NCPC qui prévoient que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel sauf décision contraire des parties.

80. - Le groupe de travail a tout de même envisagé la solution consistant à exclure en principe l'appel, tout en ménageant la possibilité pour les parties de s'accorder sur l'ouverture d'une voie d'appel. Si une telle hypothèse était retenue, le groupe de travail a considéré que les impératifs de célérité dans le règlement du litige justifieraient alors qu'on évite d'additionner recours en appel et recours en cassation, et par conséquent qu'on prévoie que l'appel soit porté devant le Conseil d'État et non devant les cours administratives d'appel, conformément d'ailleurs à ce qui résulte aujourd'hui du droit en vigueur^{Note 43}.

81. - Il est ainsi apparu au groupe de travail qu'il était possible d'hésiter entre deux formules, que seraient, d'une part, l'exclusion générale de l'appel - seul le recours en cassation devant le Conseil d'État étant alors ouvert - et, d'autre part, le principe d'une exclusion de l'appel tempéré par la faculté laissée aux parties de s'accorder sur un appel relevant de la compétence du Conseil d'État. Dans les deux cas, le délai de recours serait de deux mois à compter de la notification de la sentence, adressée aux parties par l'instance arbitrale. Conformément au droit commun devant les juridictions administratives, l'exercice de ces voies de recours ne serait pas suspensif, sauf sursis à exécution ordonné par le Conseil d'État.

82. - Finalement, après avoir hésité, le groupe de travail a marqué à l'unanimité sa préférence pour l'exclusion générale de l'appel, solution qui lui a paru la plus cohérente, et pour laquelle la plupart des personnes auditionnées ou consultées ont marqué leur préférence.

83. - Certaines contributions ont suggéré que la voie de recours devant le Conseil d'État consiste en un recours en annulation, sur le modèle de celui prévu par le NCPC. Le groupe de travail a toutefois considéré, d'une part, qu'une telle solution introduirait inutilement une nouvelle forme de recours dans le paysage de la juridiction administrative, d'autre part, 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 existant devant la juridiction civile.

3° Examen au fond du litige en cassation ?

84. - Enfin, le groupe de travail a examiné la question de savoir s'il paraît possible d'accorder au juge de cassation, en cas de cassation de la sentence, le pouvoir d'examiner au fond le litige.

85. - Il a paru au groupe de travail que dans la plupart des cas il serait souhaitable que le juge de cassation prononce une cassation « sèche » sans renvoi, ni règlement au fond. Le tribunal arbitral ayant été dessaisi à la suite du prononcé de la sentence arbitrale, la cassation de la sentence devrait normalement renvoyer aux parties la question de savoir si elles souhaitent constituer à nouveau un tribunal arbitral.

86. - Toutefois, à la réflexion, le groupe de travail n'a pas souhaité aller jusqu'à interdire dans tous les cas au juge de cassation, de statuer au fond après cassation. Il lui a semblé qu'il pourrait exister des cas de figure dans lesquels une réponse rapide du juge serait souhaitable et où un nouveau détour procédural serait préjudiciable aux parties ou à l'intérêt général. Le groupe de travail a alors hésité entre deux formules : soit subordonner la possibilité pour le juge de se prononcer au fond après cassation à la demande expresse et motivée d'une partie, ce motivée pour prévenir les abus ; soit laisser cette question à l'appréciation du juge de cassation. La différence entre ces deux formules ne doit pas être surestimée. En effet, même dans l'hypothèse d'un pouvoir d'évocation subordonné à la demande préalable d'une partie, l'évocation, à l'instar du droit commun, resterait une faculté pour le juge. Au

final, le groupe de travail s'est prononcé en faveur de la première solution, l'exigence d'une demande préalable d'une partie lui paraissant davantage dans l'esprit de l'arbitrage et l'obligation de motiver la demande étant de nature à éclairer le juge sur l'intérêt ou non d'un règlement au fond.

Annexe

Le présent rapport est accompagné d'un projet de loi, mettant en oeuvre les propositions du groupe de travail qui relèvent de la compétence du législateur.

Ce projet de loi comporte quatorze articles.

L'article 1er définit le champ de l'arbitrage qui serait désormais ouvert aux personnes morales de droit public, sans préjudice des dispositions qui le prévoient déjà.

L'ouverture suggérée concerne toutes les personnes morales de droit public et n'opère ainsi aucune distinction entre celles-ci. Le recours à l'arbitrage est rendu possible pour tous leurs litiges contractuels, à l'exception de ceux nés de contrats de louage de services. La rédaction retenue couvre également l'hypothèse du litige né du contrat nul.

Enfin, cet article permet aux personnes morales de droit public de soumettre un litige à arbitrage non seulement par voie de compromis mais aussi en recourant à une clause compromissoire.

L'article 2 rappelle les règles de détermination du droit applicable à un litige arbitral.

Les articles 3 et 4 sont relatifs aux règles de passation de la clause compromissoire ou du compromis.

L'article 3 précise que cette clause ou ce compromis est conclu par l'autorité compétente pour passer le contrat. L'article 4 prévoit une approbation distincte de la clause compromissoire par l'organisme délibérant de la personne publique, afin que l'adoption d'une telle clause puisse faire l'objet d'un débat.

L'article 5 regroupe les modifications qui devraient être apportées au Code général des collectivités territoriales, notamment

pour mettre en oeuvre les garanties envisagées dans le rapport concernant la conclusion de la clause compromissoire ou du compromis.

Les articles 6 et 7 ont pour objet de s'assurer qu'en cas d'appel d'offres, la négociation de la clause compromissoire n'intervienne qu'après le choix par la collectivité publique de l'attributaire du contrat.

L'article 8 traite des règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative par un double renvoi, d'une part, à certains principes généraux de la procédure administrative rappelés par des dispositions législatives du Code de justice administrative et, d'autre part, à des dispositions réglementaires qui seront fixées par décret en Conseil d'État.

L'article 9 écarte l'application de l'article L.821-2 du Code de justice administrative, tout en permettant au Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, de régler l'affaire au fond sur la demande motivée d'une partie.

L'article 10 est relatif au droit de communication aux tiers des sentences arbitrales.

Les articles 11 à 13 sont des articles de coordination, qui tirent les conséquences sur les textes existants de l'introduction de nouvelles règles par le présent projet de loi.

L'article 14 prévoit les modalités d'entrée en vigueur des dispositions nouvelles afin de ne pas mettre en péril les procédures de mise en concurrence en cours, au regard des dispositions nouvelles résultant des articles 5 et 6, et les procédures d'arbitrages en cours au regard des dispositions nouvelles résultant de l'article 8.

o **Article 1er** : Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de services peut, par clause compromissoire ou par compromis, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants.

o **Article 2** : Le litige soumis à arbitrage est jugé selon les règles qui lui sont applicables en vertu de la loi française, sous réserve

des cas où celle-ci autorise les parties à déterminer le droit applicable.

o **Article 3** : La clause compromissoire ou le compromis est conclu par l'autorité compétente pour passer le contrat.

o **Article 4** : Lorsque la conclusion d'un contrat requiert l'autorisation d'un organe délibérant, la clause compromissoire fait l'objet d'une délibération distincte.

o **Article 5** : modifications CGCT - **éventuellement**

Le Code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

I- Le 16° de l'article L. 2122-22 est remplacé par les dispositions suivantes :

«16° Dans les cas définis par le conseil municipal, d'intenter au nom de la commune les actions en justice ou de défendre la commune dans les actions intentées contre elle, ainsi que de prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage ; »

II- Au 4° de l'article L. 2131-2, au 4° de l'article L. 3131-2 et au 3° de l'article L. 4141-2, les mots « et les contrats de partenariat ; » sont remplacés par les mots «les contrats de partenariat et toute convention d'arbitrage ; »

III- Le dernier alinéa de l'article L. 3221-10 est complété par une phrase ainsi rédigée : « Il peut également, dans les cas définis par le conseil général, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage »

IV- Il est ajouté au premier alinéa de l'article L. 4231-7 la phrase suivante : « Il peut également, dans les cas définis par le conseil régional, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage »

o **Article 6** : Lorsqu'un contrat est conclu à l'issue d'une procédure donnant lieu à la présentation d'offres concurrentes et qu'une clause compromissoire est envisagée, celle-ci n'est pas soumise à la consultation des candidats mais est négociée avec l'attributaire du contrat.

o Article 7 : Le l) de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 est remplacé par les dispositions suivantes :

« l) Aux modalités de prévention et de règlement non juridictionnel des litiges. ».

o Article 8 : Lorsque le litige relève de la compétence de la juridiction administrative, la procédure arbitrale est régie par les articles L.5 et L.8 à L.10 du Code de justice administrative ainsi que par les règles fixées par décret en Conseil d'État.

À l'issue de l'instruction, l'instance arbitrale donne lieu à une audience publique.

o Article 9 : L'article L. 821-2 du Code de justice administrative est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque le Conseil d'État est saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre une sentence arbitrale. Toutefois, sur la demande motivée d'une partie, le Conseil d'État peut régler l'affaire au fond après cassation »

o Article 10 : Sous réserve des mentions couvertes par un secret protégé par la loi, la personne morale de droit public partie à un litige ayant donné lieu à une sentence arbitrale communique celle-ci aux personnes qui en font la demande dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

o Article 11 : L'article L.311-6 du Code de justice administrative est remplacé par les dispositions suivantes :

« Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par la loi n° ... du.... relative à... et dans les cas prévus par :

1° Le second alinéa de l'article 2060 du Code civil ;

2° L'article L.112-24 du Code du patrimoine ;

3° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

4° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications;

5° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire. »

o Article 12 : Sont abrogés :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906 ;

2° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

o Article 13 :

I - Au septième alinéa de l'article L.711-1 du Code de l'éducation, les mots « Ils peuvent recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers. » sont supprimés.

II - Au premier alinéa de l'article L.321-4 du Code de la recherche, les mots « et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers » sont supprimés.

o Article 14 : Les dispositions de l'article 8 de la présente loi ne s'appliquent pas aux instances arbitrales en cours à la date de publication du décret pris pour leur application.

Les dispositions des articles 5 et 6 ne s'appliquent qu'aux contrats pour lesquels la procédure de passation est engagée postérieurement à la publication de la présente loi.

Note 1 Art. 11 : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.* ».

Note 2 V. la liste jointe en annexe au rapport (non reproduite ici).

Note 3 La soumission à l'arbitrage d'un litige lié aux conditions d'exécution d'un marché de travaux ne serait par exemple pas de nature à priver d'effets les dispositions des articles 13-44 et 50 du CCAG Travaux - à supposer que celles-ci aient été rendues applicables - prévoyant une réclamation préalable obligatoire auprès de la personne responsable du marché en cas de différend entre l'entrepreneur et le maître d'oeuvre ou en cas de contestation du décompte général. Inversement, rien n'interdirait d'exclure l'application de ces dispositions, de manière à ne pas rallonger le règlement du litige soumis à arbitrage d'une phase pré-contentieuse obligatoire.

Note 4 Concl. Gazier sur CE, ass., 13 déc. 1957, Sté nationale de vente des surplus : Rec. CE 1957, p. 677 ; D. 1958, p. 517. - CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710 : GACE n° 15. - CE, 29 oct. 2004, Sueur et autres : Rec. CE 1986, p. 393, concl. D. Casas.

Note 5 Depuis la loi du 5 juillet 1972 ; auparavant l'interdiction de compromettre était tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile de 1806 (CE, avis, 14 août 1823, cité in Rec. CE 1824, p. 633. - CE, 17 nov. 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre : Rec. CE 1887, p. 631. - CE, 23 déc. 1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins : Rec. CE 1887, p. 842. - CE, ass., 13 déc. 1957, Sté nationale de vente des surplus : Rec. CE 1957, p. 677).

Note 6 Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2005-506 DC.

Note 7 L. n° 82-1153, 30 déc. 1982, art. 25.

Note 8 L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 28.

Note 9 L. n° 97-135, 13 févr. 1997, art. 3.

Note 10 L. n° 75-596, 9 juill. 1975, mod. l'article 2060 du Code civil. V. D. n° 2002-56, 8 janv. 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz).

Note 11 L. 17 avr. 1906, art. 69. CMP, art. 132.

Note 12 L. n° 86-972, 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney).

Note 13 C. patr., art. L 523-10. D. n° 2004-490, 3 juin 2004, art. 47 à 52.

Note 14 Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 11.

Note 15 Ainsi, par exemple, pour le tunnel du Mont-Blanc (articles 16 et 17 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par D. n° 60-203, 20 févr. 1960) ; pour le tunnel sous la Manche (article 19 du Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par D. n° 87-757, 9 sept. 1987) ; pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne (article 10 de l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par D. n° 98-98, 16 févr. 1998).

Note 16 T. confl., 19 mai 1958, Myrton Steamship : Rec. CE 1958, p. 473. Cass. 1re civ., 14 avr. 1964, ONIC. Cass. 1re civ., 2 mai 1966, Trésor public c/ Galakis. Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, art. 2. NCPC, art. 1492.

Note 17 V. par exemple, CE, sect., 20 oct. 2000, Sté Citecable Est : Rec. CE 2000, p. 457 ; BJCP n° 14 janvier 2001, p.54, concl. Savoie, obs. Terneyre, qui juge que « lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles ».

Note 18 T. confl., 16 oct. 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français : Rec. CE à paraître ; BJCP n° 49, déc. 2006, p.41 ; RJEP 2007, p. 30, concl. Stahl : pour déterminer la juridiction compétente pour statuer sur la contestation d'une sentence arbitrale rendue dans un litige opposant un EPIC, le Tribunal des conflits se fonde sur la nature juridique du contrat ayant donné lieu à l'arbitrage ; en l'espèce, il constate que le contrat est de droit privé faute d'avoir été conclu dans le cadre d'activités de l'EPIC ressortissant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, et il renvoie par conséquent le règlement de l'affaire à la juridiction judiciaire.

Note 19 Quatre conventions signées par la France avec d'autres États membres de l'Union européenne, sous l'égide de la convention-cadre de Madrid du 21 mai 1980 sur la coopération transfrontalière des collectivités territoriales, prévoient que les accords transfrontaliers conclus entre ces collectivités devront déterminer la loi applicable aux obligations qu'ils contiennent.

Note 20 L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 34-V relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger.

Note 21 CE, sect. 19 nov. 1999, Tegos : Rec. CE 1999, p. 356 ; RFDA 2000, p. 833, concl. J. Arrighi de Casanova. T. confl., 22 oct. 2001, Issa et Le Gouy c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar : Rec. CE 2001, p. 751, pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger. Cass. civ., 31 mai 1932, État français c/Veuve Carathéodory pour un bail conclu par l'État français en Turquie, soumis au droit turc. CE, sect. 11 janv. 1952, Habib Bechara : Rec. CE 1952, p. 30, pour un marché de fournitures conclu et exécuté au Liban par l'État français, soumis à la loi française. ; *a contrario*, CE, 3 juill. 1968, Lavigne et Le Mée : Rec. CE 1968, tables p. 884 ; AJDA 1969, p. 257, concl. Braibant, pour un marché de travaux passé et exécuté au Cambodge et qui, passé sous l'empire du Code des marchés publics résultant du décret du 17 juillet 1964, n'était pas obligatoirement régi par ce code ; V. également CE, 28 sept. 2001, Entreprise de construction et de prestation de services : Rec. CE 2001, p. 442.

Note 22 C'est par exemple le lieu d'exécution pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger : T. confl., 22 oct. 2001, Issa et Le Gouy c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar, préc. ; ou la loi de l'État émetteur d'un contrat d'emprunt obligataire à défaut de soumission de ce contrat à la loi du lieu d'émission : CE, sect., 28 nov. 1958, Dame Veuve Langlois : Rec. CE 1958, p. 590, concl. Gand.

Note 23 Le tribunal arbitral devra également se prononcer sur la validité ou l'interprétation du droit communautaire, la CJCE refusant d'être saisie par des juridictions arbitrales. Et, à la différence des juridictions administratives, le tribunal arbitral pourrait se prononcer sur des questions de droit privé - existence d'un droit de propriété, d'une servitude, état, nationalité, capacité d'une personne, etc - sans renvoi préjudiciel à la juridiction civile.

Note 24 CE, sect., 8 nov. 1974, Époux Figueras : Rec. CE 1974, p.545.

Note 25 CE, 11 janv. 1961, Barbaro : Rec. CE 1961, p.28. - CE, sect., 20 janv. 1978, Synd. nat. de l'enseignement agricole public : Rec. CE 1978, p. 22.

Note 26 CE, 4 août 1905, Martin : Rec. CE 1905, p.749 concl. Romieu. - CE, sect., 24 avr. 1964, Sté anonyme de livraisons industrielles et com-

merciales : Rec. CE 1964, p. 239. Il s'agit des décisions relatives à la conclusion du contrat ou à son exécution.

Note 27 CE, ass., 10 juill. 1996, Cayzele : Rec. CE 1996, p. 274.

Note 28 Le déféré est un recours pour excès de pouvoir : CE, sect. 26 juill. 1991, Cne Sainte-Marie : Rec. CE 1991, p.302.

Note 29 NCPC, art. 1442 et s.

Note 30 V. NCPC, art. 1447.

Note 31 V. NCPC, art. 1442.

Note 32 Ces dispositions réglementaires portant règles de procédure applicables à l'arbitrage en matière administrative ne devraient sans doute pas être codifiées au Code de justice administrative, dès lors qu'elles ne concernent pas directement l'activité des juridictions administratives de droit commun.

Note 33 Article L.5 : « L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence. » ; article L.8 : « Le délibéré des juges est secret. » ; article L.9 : « Les jugements sont motivés. » ; article L.10 : « Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus. ».

Note 34 V. D. n° 2004-490, 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive, art. 47 à 52.

Note 35 La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 exclut les services d'arbitrage des procédures de mise en concurrence pour la passation des marchés publics.

Note 36 V. « Nouvelles tendances de l'arbitrage international » in Revue du droit des affaires internationales, n° 3, 01/05/2006, p.377 et s. ; V. aussi É. Bertrand, Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire Esso-BHP c/ Plowman : Revue du droit des affaires internationales, n° 2, 01/03/1996, p.169 et s.

Note 37 V. par exemple, les dispositions des articles L. 2121-10 et 2121-12 du CGCT, qui imposent une convocation préalable des élus, avec indication des questions à l'ordre du jour et, sous certaines conditions, envoi d'une notice explicative.

Note 38 V. les règles d'affichage et, le cas échéant, de publication aux recueils des actes administratifs.

Note 39 La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu à ce jour l'occasion de trancher la question de l'applicabilité aux instances arbitrales de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit à un procès équitable et notamment à une audience publique. En tout état de cause, la publicité de l'audience est conçue comme un droit subjectif : ainsi, la Cour juge que « *ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* » (CEDH, 28 mai 1993, Schuler-Zraggen c/ Suisse, série A, n° 263, § 58). La Cour permet donc aux parties de renoncer au droit à l'audience publique. On pourrait en déduire que ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la convention la procédure d'arbitrage qui, par la volonté commune des parties, a écarté la règle de la publicité des débats.

Au regard du droit interne, si la publicité des débats devant les juridictions administratives de droit commun est consacrée par la loi (CJA, art. L. 6), il n'existe pas de principe général du droit imposant la publicité des débats devant les juridictions administratives spécialisées (CE, sect., 27 oct. 1978, Debut : Rec. CE 1978, p. 395).

Note 40 Devant les juridictions administratives de droit commun, l'article L.10 du Code de justice administrative prévoit que les jugements sont rendus publiquement. Cette publicité est assurée à plusieurs niveaux. D'une part, la décision est prononcée ou « lue » en séance publique (CJA, art. R. 741-1). D'autre part la publicité est assurée à l'égard des parties par la notification de la décision, et à l'égard des tiers par le droit qui leur est reconnu d'en prendre connaissance au greffe et d'en obtenir copie (CE, 1er déc. 1993, Assoc. SOS Défense et Bertin : Rec. CE 1993, tables p. 965).

Note 41 V. la procédure d'information de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales sur les lettres d'observations définitives des chambres régionales des comptes, prévoyant une information lors de la plus proche séance suivie d'un débat. S'agissant d'une sentence arbitrale, le débat ne pourrait porter que sur l'éventuel exercice des voies de recours.

Note 42 Le président du même tribunal administratif ou un magistrat qu'il délègue.

Note 43 V. CJA, art. L 321-2 ; CE 28 déc. 2005, Union syndicale des magistrats administratifs : Rec. CE 2005, p.591.

