

Fiche n° 3

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS III : MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

BIBLIOGRAPHIE

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

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE 9 déc. 2016, Société Foncière Europe
- Référence 2 :** CE, 9 déc. 2016, Société Foncière Europe, n°391840
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 17 mars 2017 M. Perez, ordre des avocats de Paris
- Référence 4 :** CE, 17 mars 2017, 2ème et 7ème Ch. réunies, M. Perez, Ordre des avocats de Paris, req. n°403768
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente
- Référence 5 :** TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente

DÉCISIONS DU CORPUS

TC, 17 mai 2010, *INSERM*,

CE Ass., 9 novembre 2016, *Société FOSMAX LNG*,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

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

Épreuve pratique : Cas pratique

Faits :

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

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

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

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

Questions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pour le dire autrement, l'indivisibilité de la transaction primait sur la distinction qu'elle faisait entre les différents préjudices sur lesquels elle portait.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EPCMNC :

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

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

Vu la procédure suivante :

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

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

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

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Pichon de Vendeuil, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Fabiani, Luc-Thaler, Pinatel, avocat de la société Foncière Europe, et à la SCP Gaschignard, avocat de la communauté d'agglomération du Pays de Grasse.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Foncière Europe, qui exerce l'activité de marchand de biens immobiliers, a manifesté en 2007 son intention de se porter acquéreur auprès de la société Symrise, qui y exploitait une usine de parfums, d'une friche industrielle située sur le territoire de la commune de Grasse, en vue d'y réaliser un parc d'entreprises ; que, dans cette perspective, elle s'est rapprochée de la communauté d'agglomération "Pôle Azur Provence", devenue depuis communauté d'agglomération du Pays de Grasse ; que la communauté d'agglomération a exprimé son souhait de participer au projet, dès lors que celui-ci devait être destiné en priorité aux industries de la parfumerie ; que, toutefois,

les entreprises du secteur de la parfumerie ayant fait connaître leur absence d'intérêt pour l'opération envisagée, la communauté d'agglomération a finalement renoncé à s'y associer et a décidé d'acquiescer l'ensemble immobilier ; que la commune de Grasse a exercé son droit de préemption au profit de la communauté d'agglomération par un arrêté en date du 15 février 2008 ; qu'estimant avoir été victime d'une rupture abusive des négociations engagées avec la communauté d'agglomération et d'une faute de la commune de Grasse dans l'exercice de son droit de préemption, la société Foncière Europe a saisi de recours indemnitaires le tribunal administratif de Nice ; que les parties ayant cependant trouvé un accord amiable, les assemblées délibérantes de la communauté d'agglomération et de la commune de Grasse ont approuvé, les 19 et 26 juin 2009, un protocole transactionnel tripartite ; que, sur la demande de M. Euzière, conseiller municipal de Grasse, et de plusieurs contribuables de la commune, le tribunal administratif de Nice a annulé ces délibérations par un jugement du 9 juillet 2013 ; que la société Foncière Europe se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 18 mai 2015 en tant qu'il rejette ses requêtes d'appel et enjoint aux parties de procéder à la résolution de la transaction approuvée par les délibérations litigieuses dans un délai de quatre mois à compter de la notification de son arrêt ;

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

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

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

5. Considérant que si la rupture unilatérale, par la personne publique, pour un motif d'intérêt général, des négociations préalables à la passation d'un contrat n'est pas de nature à engager sa responsabilité pour faute, cette responsabilité peut, toutefois,

être mise en cause lorsque la personne publique, au cours des négociations, a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant, à tort, l'assurance qu'un tel contrat serait signé, sous réserve que ce dernier n'ait pu légitimement ignorer le risque auquel il s'exposait ; qu'en revanche, alors même qu'une telle assurance aurait été donnée, elle ne peut créer aucun droit à la conclusion du contrat ; que la perte du bénéfice que le partenaire pressenti escomptait de l'opération ne saurait, dans cette hypothèse, constituer un préjudice indemnisable ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de l'octroi à la société Foncière Europe d'une somme de 300 000 euros au titre de son manque à gagner, chef de préjudice non indemnisable, et de ce que, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier, le montant de 450 000 euros prévu au titre des pertes subies n'est pas sous-évalué, la transaction approuvée par les délibérations contestées, qui prévoit le versement d'une somme de 750 000 euros à la société, doit être regardée comme comportant, dans son ensemble, des concessions manifestement disproportionnées et donc comme constitutive d'une libéralité de la part de la communauté d'agglomération " Pôle Azur Provence " et de la commune de Grasse ; que, par suite, la société Foncière Europe n'est pas fondée à se plaindre de ce que le tribunal administratif de Nice a annulé les délibérations des 19 et 26 juin 2009 de la communauté d'agglomération " Pôle Azur Provence " et de la commune de Grasse ;

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

7. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de M. Euzière qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge, d'une part, de la société Foncière Europe et, d'autre part, de la communauté d'agglomération du Pays de Grasse, venant aux droits de la communauté d'agglomération " Pôle Azur Provence ", la somme de 1 500 euros à verser à M. Euzière au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

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

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

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

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

Article 5 : La société Foncière Europe et la communauté d'agglomération du Pays de Grasse verseront chacune la somme de 1 500 euros à M. Euzière au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées par la société Foncière Europe au titre des mêmes dispositions sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la société Foncière Europe, à la communauté d'agglomération du Pays de Grasse, à la commune de Grasse et à M. Euzière.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- d'une part, ceux qui se rapportent à la représentation légale du client dans une instance juridictionnelle, ou au conseil lié à une procédure dans une telle instance ;
- d'autre part, une série d'autres services juridiques, énumérés à l'annexe XIV de la directive.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, puis le présent décret, ont rehaussé le seuil à 25 000 euros, tout en reprenant à l'identique les garanties imposées en-dessous de ce seuil. Au passage, une décision CC, 14 août 2015, n° 2015-257 L a constaté le caractère réglementaire du seuil, que la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 avait cru bon d'introduire dans la loi Sapin du 29 janvier 1993. M. Pérez soutient donc que le 8° du I de l'article 30 du décret méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

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

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

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

Vous aviez jugé dans l'affaire Pérez de 2010 que les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au

pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les cas « où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ».

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

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

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

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

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

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

3. La requête n°403817 de l'Ordre des avocats de Paris vise pour sa part le seul article 142, selon lequel : « En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret./ (...)/ Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement

acceptable à leur différend. / La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité. ».

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

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

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

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

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

- seules les médiations prévues au code de justice administrative sont concernées et non les médiations civiles de la loi du 8 février 1995 ;

- s'agissant des délais de prescription, le nouvel article L. 231-6 ne prévoit qu'une suspension, alors que dans le décret attaqué figure une interruption : le médiateur des entreprises demeure donc plus « attractif » que les autres médiations envisagées par le code.

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

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

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

- à étendre l'effet interruptif des prescriptions et des délais de recours aux procédures de médiation civile de la loi du 8 février 1995 ; mais, comme nous le verrons, le pouvoir réglementaire est incompétent pour définir un régime de prescription : les conclusions aux fins d'injonction portant sur ce point ne pourraient en tout état de cause qu'être rejetées ; seules les conclusions relatives à l'effet interruptif des délais de recours pourraient être accueillies si les moyens du pourvoi étaient fondés ;

- à étendre l'effet interruptif des délais de recours aux procédures de médiation prévues par les articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative : toutefois, dans la mesure où c'est un effet suspensif qui a déjà été prévu au niveau de la loi, les conclusions aux fins d'injonction portant sur ce point ne pourraient qu'être rejetées.

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

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

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

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

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

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

En effet, à la différence des délais de procédure, qui relèvent du pouvoir réglementaire y compris pour ce qui concerne leur forclusion (CE, Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, n°01875 et a, p. 370), l'institution d'une prescription met en cause les principes

fondamentaux des obligations civiles placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution : CE, 13 mars 1992, Commune des Mureaux et Ministre du budget, nos115606, 117734, p. 117 ou encore CE, 27 novembre 2006, Crampon, no296018, p. 495. Le Premier ministre était donc incompétent pour édicter une telle disposition.

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

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

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

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

- que le Premier ministre était incompétent pour instituer un droit exclusif sous forme de monopole au bénéfice du médiateur des entreprises ;
- que l'article L. 462-2 a été méconnu, le décret n'ayant pas été précédé de la consultation prévue pour préalablement à l'institution de régimes nouveaux de droits exclusifs.

Aucun de ces deux moyens ne nous semble fondé.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ce faisant, comme le soulignait votre rapporteur public Didier Casas, vous n'avez pas nié l'existence d'un marché des prestations de conseil juridique portant sur les contrats de partenariat. Vous avez simplement jugé que lorsque l'Etat agit dans le cadre de sa mission qui consiste à veiller au respect du principe de légalité, il ne fait pas de commerce. Autrement dit, s'il

n'y a pas intervention sur ce marché, ce n'est pas parce qu'il n'existe pas de marché, mais parce que l'État se borne, en dispensant ses prestations, à y exercer les missions qui lui incombent de façon consubstantielle.

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

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

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

ii) Une fois franchie cette étape préliminaire – intervention sur un marché ou non – le premier temps du raisonnement est le suivant : les personnes publiques qui entendent, « indépendamment des missions de service public dont elles sont investies », prendre en charge une activité économique, ne peuvent légalement le faire que dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. A cet égard elles doivent « non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

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

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

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

10. L'application de cette grille de lecture au présent litige nous conduit à vous proposer de considérer que nous ne sommes pas en

présence d'une intervention sur un marché, pour les mêmes motifs que vous avez retenus dans le cas des conseils dispensés par la MAPPP.

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

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

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

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

La MAPPP se bornait à dispenser un « appui » juridique aux personnes publiques et privées, afin de favoriser le respect du principe de légalité et n'avait aucunement pour mission de négocier les contrats en leur lieu et place.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PCMNC :

- à l'annulation du 4ème alinéa de l'article 142 du décret du 25 mars 2016, en tant qu'il prévoit que la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des différentes prescriptions.
- au rejet de la requête de M. Perez et au rejet du surplus des conclusions de la requête de l'Ordre des avocats de Paris.

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

Vu les procédures suivantes :

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

- 1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ainsi que la décision implicite du Premier ministre de rejet de sa demande de retrait du décret ;
- 2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

- 1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'article 142 du même décret ;
- 2°) d'enjoindre au Premier ministre de modifier les dispositions attaquées dans un délai de quatre mois, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

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

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Thomas Odinet, auditeur,
- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de l'Ordre des avocats de Paris.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 7 mars 2017 présentée par l'Ordre des avocats de Paris.

1. Considérant que les requêtes de M. Perez et de l'Ordre des avocats de Paris sont dirigées contre le même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

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

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

3. Considérant, en premier lieu, que l'article 29 du décret prévoit que ses dispositions, à l'exception des articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la première partie, ne s'appliquent pas aux marchés publics de « services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou des institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits », non plus qu'aux marchés de « services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure » ; que, toutefois, ces deux catégories de services juridiques ne sont pas au nombre de celles qui sont exclues du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics par le 10° de son article 14 ; que leur sont donc applicables les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance, aux termes desquelles : « I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » ; que l'article 29 du décret attaqué précise que la passation des marchés de services juridiques entrant dans l'une ou l'autre de ces deux catégories est soumise à une obligation de publicité et de mise en concurrence, et que, s'il appartient à l'acheteur d'en définir librement les modalités, celles-ci doivent être déterminées en fonction du montant et des caractéristiques du marché ; que, par suite, M. Perez n'est pas fondé à soutenir que l'article 29 exonérerait les marchés en cause du respect des règles générales rappelées à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;

4. Considérant, en second lieu, qu'en vertu des dispositions du 8° du I de l'article 30 du décret attaqué, les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25

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

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

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

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

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

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

En ce qui concerne les moyens de la requête :

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

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

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

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

confiées au médiateur des entreprises n'emporte intervention sur un marché ; que par suite, les dispositions de l'article 142 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ;

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

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la somme demandée à ce titre par M. Perez soit mise à la charge de l'Etat qui n'est pas la partie perdante dans le litige qui l'oppose à ce requérant ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat les sommes que l'Ordre des avocats de Paris demandent au même titre ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le quatrième alinéa de l'article 142 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics est annulé en tant qu'il prévoit que la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des différentes prescriptions.

Article 2 : La requête de M. Perez et le surplus de la requête de l'Ordre des avocats de Paris sont rejetés.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. Franck Perez, à l'Ordre des avocats de Paris, au Premier ministre et au ministre de l'économie et des finances.

Copie sera adressée au garde des sceaux, ministre de la justice.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente

Les 8 et 14 février 2008, le syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) a conclu avec la société Ryanair une convention de services aéroportuaires ayant pour objet de «déterminer les conditions opérationnelles et financières dans lesquelles la société Ryanair s'établira et opérera les vols commerciaux d'Angoulême vers Londres, ainsi que les services offerts par l'aéroport».

Cette convention conclue pour une durée de 5 ans comportait une diminution dégressive sur les trois premières années d'exploitation de la redevance passagers et sur la première année d'exploitation de la redevance dite de "hanging". La société Ryanair disposait de la possibilité de la remettre en cause en cas de modification substantielle des conditions commerciales d'exploitation.

Cette convention comportait en son article 19 une clause compromissoire ainsi rédigée :

"Les parties s'engagent à résoudre à l'amiable tout différend découlant ou en relation avec la Convention, y compris toute question concernant son existence, sa validité ou sa résiliation. Les différends non résolus à l'amiable seront déférés et résolus en dernier recours par l'arbitrage en vertu des règles de la cour internationale d'arbitrage de Londres, qui sont considérées comme incorporées par renvoi dans cette clause. (...)".

A ces mêmes dates des 8 et 14 février 2008, le SMAC a conclu avec la société Airport Marketing Services (AMS), filiale à 100 % de la société Ryanair, un contrat ayant pour objet «la fourniture de services marketing spécifiques dans le but de promouvoir les diverses attractions touristiques et d'affaires à Angoulême», avec pour outil principal de ces prestations le site internet de la société Ryanair sur lequel la société AMS disposait d'une licence exclusive de commercialisation des annonces publicitaires. Ce contrat comportait en son article 16 une clause compromissoire analogue à celle stipulée à l'article 19 de la convention de services aéroportuaires.

Arguant des difficultés économiques et commerciales rencontrées, la société Ryanair a fait part au SMAC, le 17 février 2010, de sa décision de mettre fin à la liaison aérienne Angoulême-Londres.

Le SMAC a alors saisi le tribunal administratif de Poitiers, le 30 juin 2010, d'une demande de résiliation judiciaire des contrats conclus avec les sociétés Ryanair et AMS, aux torts de ces dernières.

Les sociétés Ryanair et AMS ont soulevé une fin de non-recevoir tirée de la méconnaissance des clauses compromissoires stipulées dans les deux contrats.

Par jugement du 20 juin 2013, le tribunal administratif de Poitiers a débouté le SMAC de sa demande. La cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé cette décision, au motif, notamment, que la clause d'arbitrage international figurant dans chacun des contrats n'était pas illicite.

Le 29 décembre 2010, sur le fondement des clauses compromissoires stipulées dans les contrats qu'elles avaient conclus avec le SMAC, les sociétés Ryanair et AMS ont introduit une demande d'arbitrage auprès de la cour d'arbitrage international de Londres.

Par une première sentence en date du 22 juillet 2011, l'arbitre a reconnu la validité des clauses compromissoires et s'est en conséquence reconnu compétent pour statuer sur le litige, sans avoir à surseoir à statuer dans l'attente de la décision des juridictions administratives françaises.

Puis, par une seconde sentence sur le fond en date du 18 juin 2012, l'arbitre a dit que le contrat conclu entre le SMAC et la société Ryanair avait été valablement résilié et que celui conclu avec la société AMS était résilié et de nul effet.

Le SMAC a alors saisi le Conseil d'Etat, les 19 septembre et 20 décembre 2011, d'un recours en annulation de ces sentences.

Par décision n° 352750 du 19 avril 2013, le Conseil d'Etat a rejeté ces requêtes comme étant portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Saisi le 16 mai 2012 par les sociétés Ryanair et AMS, le président du tribunal de grande instance de Paris a, par ordonnance du 21 mai 2012, prononcé l'exequatur de la sentence du 19 septembre 2011.

La cour d'appel de Paris, déclarant recevable le déclinatoire de compétence du préfet de Paris, a, par arrêt infirmatif du 10 septembre 2013, renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Par arrêt du 8 juillet 2015 (Pourvoi n° 13-25.846), la Cour de cassation (1ère chambre) a cassé cette décision au motif, notamment, 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. La Cour a renvoyé

l'affaire devant la cour d'appel de Versailles où elle se trouve actuellement pendante.

Saisi à nouveau par les sociétés Ryanair et AMS d'une demande d'exequatur, cette fois sur la seconde sentence du 18 juin 2012, le président du tribunal de grande instance de Paris a, par ordonnance du 5 septembre 2012, fait droit à cette demande.

Par arrêt du 8 novembre 2016, la cour d'appel de Paris, devant qui a été transmis un déclinatoire de compétence du 10 avril 2013 du préfet de Paris, a soumis au Tribunal des conflits la question suivante :

“L'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, mais constituant un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics, relève-t-il de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif?”.

* * *

L'arbitrage est en principe prohibé en matière administrative. Comme l'énoncent les articles 2060 du code civil et L 432-1 du code des relations entre le public et l'administration, il n'est pas possible de compromettre sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, ainsi que, plus généralement, dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Cette prohibition vaut pour toutes les personnes morales de droit public et pour tous leurs contrats, qu'ils soient administratifs ou qu'ils relèvent du droit privé. Nul ne peut ainsi déroger aux règles de compétence juridictionnelle concernant les personnes publiques en faveur d'une justice privée.

Le Conseil d'Etat a fait une application stricte de cette prohibition en jugeant que même lorsqu'il a une activité commerciale, un établissement public ne peut compromettre, à moins d'une disposition législative l'y autorisant spécialement (CE Ass. 13 décembre 1957 Société Nationale de vente des surplus, Rec. p. 677). Il a par la suite étendu cette prohibition aux contrats de travaux publics conclus entre deux personnes privées (CE 3 mars 1989 Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec. p. 69).

Le législateur a cependant prévu des exceptions. Les unes concernent certaines personnes publiques à qui la possibilité de compromettre est reconnue, ainsi les chambres de commerce et d'industrie (article L 710-1, avant. dern. al., du code de commerce) et les universités (article L 711-1 du code de l'éducation, avant. dern. al. pour les litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers). Les autres portent sur certains types de contrats, notamment les contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national (article 9 loi n° 86-972 du 19 août 1986). Par ailleurs, certaines conventions internationales, régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, autorisent des personnes morales de droit public françaises à recourir à l'arbitrage dans leurs relations avec des personnes publiques étrangères (c.f., notamment, la Convention franco-italienne sur le Tunnel sous le Mont Blanc du 14 mars 1953 et le traité de Cantorbery du 12 février 1986 sur le Tunnel sous la Manche). Toutes ces exceptions ont ouvert un nouveau champ de compétence au Conseil d'Etat qui connaît ainsi en appel des recours contre des sentences arbitrales, ce qui fait dire au professeur B. Plesix que l'arbitre devient alors une sorte de juridiction administrative dont les sentences peuvent être contrôlées au fond par le Conseil d'Etat (Droit administratif général, n° 1032, p. 1259, éd. 2016 Lexis Nexis).

De son côté, la Cour de cassation a jugé que la prohibition de l'arbitrage ne joue pas pour les contrats conclus par les personnes morales de droit public pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international (Civ.1. 2 mai 1966, Galakis, Bull. N° 256).

Ainsi, si le principe de la prohibition de principe de l'arbitrage demeure pour les personnes morales de droit public, celles-ci ne se trouvent pas pour autant exclues de l'arbitrage international.

Il reste cependant à déterminer l'ordre juridictionnel compétent pour connaître d'un recours ou d'une demande d'exécution concernant une sentence rendue en matière de commerce international à propos d'un litige né d'un contrat conclu par une personne morale de droit public avec une personne publique étrangère, exécuté en France. Doit-on retenir la compétence du juge judiciaire, celui-ci étant, à défaut de dispositions en faveur de l'institution d'arbitrage, le juge d'appui de la procédure arbitrale se déroulant en France (article 1505 du code de procédure civile) et le juge compétent en matière d'exequatur et de recours en annulation (articles 1516 1520 de ce même code) ? Doit-on au contraire retenir celle du juge administratif, eu égard à la nature administrative du contrat conclu par une personne morale de droit public française?

Dans votre arrêt INSERM du 17 mai 2010 (n° 10-03.754), vous avez jugé que le recours en annulation formé à l'encontre d'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 et mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, un tel recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

C'était là une évolution notable par rapport à votre jurisprudence antérieure selon laquelle l'ordre juridictionnel compétent pour connaître d'un contrat était également compétent pour apprécier la validité de la clause compromissoire stipulée entre les parties à ce même contrat (TC 19 mai 1958 Société Myrton Steamship, Rec. p. 793).

Mais dans cet arrêt INSERM, vous avez ajouté qu'il en va cependant autrement lorsque le recours dirigé contre une telle sentence implique le contrôle de la conformité de celle-ci aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et sont applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public; que ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif. Et vous avez réaffirmé ces principes dans votre décision Fosmax du 11 avril 2016 (n° 16-04.043).

Doit-il en être de même lorsque, comme en l'espèce, la sentence arbitrale a été rendue à l'étranger et que la personne de droit étranger, co-contractant de la personne morale de droit public, entend obtenir l'exequatur de la sentence?

Dans sa décision SMAC n° 352750 du 19 avril 2013 précitée, le Conseil d'Etat a jugé, notamment, que si la juridiction administrative est incompétente pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue par une juridiction

siégeant à l'étranger, relative à un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public, elle est cependant toujours compétente, quel que soit le siège de cette juridiction arbitrale, pour connaître d'une demande d'exequatur de cette sentence, dont l'exécution forcée ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public.

Et, récemment, dans une décision d'assemblée n° 388806 Fosmax du 9 novembre 2016, le Conseil d'Etat a jugé qu'en matière d'arbitrage international, le contrôle sur le fond qu'il exerce sur la sentence, que ce soit dans le cadre d'un recours ou annulation ou d'une demande d'exequatur, se limite au point de savoir si celle-ci est contraire à l'ordre public, lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif, notamment, aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou encore lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

Or, dans un arrêt publié du 8 juillet 2015 (Pourvoi n° 13-25.846), la Cour de cassation a jugé, au visa des articles III, V et VII de la convention de New York du 10 juin 1958 sur l'arbitrage commercial international, que l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger, qui est exclusif de tout jugement sur le fond, relève de la compétence des juridictions judiciaires. Elle a, en conséquence, censuré la cour d'appel qui avait décliné la compétence des juridictions judiciaires en matière d'exequatur de la sentence arbitrale, au motif qu'il ne lui appartenait 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. La Cour de cassation s'est fondée à cet égard sur l'interdiction par la convention de New York de toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales, ainsi que de toute révision au fond.

Le commentaire de cet arrêt paru au Rapport annuel 2015 de la Cour de cassation (p. 229, § 3), indique à cet égard que "Même à la supposer rendue, comme ici, dans une affaire de marché public, la sentence étrangère dont l'exequatur répond à des conditions procédurales inconnues ou plus sévères que pour les sentences nationales, notamment en raison de sa soumission à une instance qui permet de juger le fond du droit, subit une discrimination, tant au regard des sentences françaises soumises au régime résultant du code de procédure civile, que de toutes les sentences étrangères qui ne mettent en cause ni les marchés publics, ni l'occupation du domaine public, la commande publique, le partenariat ou encore la délégation de service public".

La convention de New York interdit, en effet, aux juges de l'Etat dans lequel est demandée la reconnaissance ou l'exécution de sentences rendues dans un autre Etat, non seulement de les réviser, mais aussi, en application de son article III, de soumettre celles qui sont rendue à l'étranger à des conditions plus rigoureuses que celles imposées pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

L'opposition entre ces décisions, d'un côté celles du Conseil d'Etat SMAC et Fosmax des 19 avril 2013 et 9 novembre 2016, de l'autre celle de la 1ère Chambre civile du 8 juillet 2015, est totale. La Cour de cassation retient en effet la compétence de principe du juge judiciaire en matière d'arbitrage international pour connaître d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, y compris, par conséquent,

lorsque la juridiction arbitrale a statué sur un litige portant sur un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public. Le Conseil d'Etat estime pour sa part que le juge administratif est toujours compétent en ce domaine, son contrôle se limitant alors à la conformité de la sentence à l'ordre public, tel que précisé dans sa décision Fosmax, notamment quant à l'interdiction faite aux personnes publiques d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont elles disposent dans l'intérêt général.

Le contrôle exercé par le juge du pays dans lequel sont demandées la reconnaissance et l'exécution de la sentence internationale, laquelle n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, porte sur la régularité de cette dernière au regard des règles applicables dans ce pays (Civ. 1. 29 juin 2007, Société Putrabali, Pourvoi n° 06-13.293). Ce contrôle est réduit, dans la mesure où l'article V de la convention de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne peuvent être refusées que dans des cas limités, notamment, lorsque la sentence n'entre pas dans les prévisions de la clause compromissoire (article V c) ou en cas de non-conformité de la constitution du tribunal arbitrale ou de la procédure d'arbitrage à la convention des parties (article V d). L'article V 2 b) prévoit par ailleurs la possibilité pour le juge national de refuser la reconnaissance ou l'exécution de la sentence qui serait contraire à l'ordre public du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises.

Bien que cela ne soit pas précisé dans le texte, l'ordre public concerné est très généralement interprété, non pas comme l'ordre public interne de l'Etat requis, mais plutôt comme l'ordre public international, selon la conception qu'en a cet Etat. Le professeur Fouchard écrivait à cet égard que «seule la méconnaissance par la sentence des principes considérés dans l'Etat d'accueil comme participant de ses convictions fondamentales, comme "doués d'une valeur universelle absolue", peut justifier un tel résultat». Pour cet auteur, «il est clair que l'article V 2 b) se réfère à la conception que l'Etat d'accueil se fait de l'ordre public international et non à un ordre public réellement international qui puiserait ses racines dans la communauté des Etats». Et il poursuit en ajoutant qu'«il s'agit de permettre à l'Etat dans lequel la reconnaissance ou l'exécution sont requises de ne pas accueillir dans son ordre juridique une sentence qui heurterait ses convictions fondamentales» (Ph. Fouchard Traité de l'arbitrage commercial international § 1711 et 1712). Cette interprétation va dans le sens des dispositions de l'article 1525 du code de procédure civile, desquelles il résulte que la reconnaissance ou l'exequatur des sentences rendues à l'étranger ne peut être refusé par la cour d'appel que dans les cas prévus à l'article 1520 du même code, notamment lorsque cette reconnaissance ou cet exequatur serait contraire à l'ordre public international.

La Cour de cassation entend demeurer fidèle au principe fondamental du droit français de l'arbitrage selon lequel le juge étatique doit s'abstenir de toute révision au fond de la décision de l'arbitre, afin de respecter la volonté des parties de s'en remettre, pour résoudre leur litige, à la seule décision de ce dernier. Aussi rappelle-t-elle régulièrement que la révision au fond d'une sentence est interdite en matière d'arbitrage international (c.f., notamment, Civ.1. 23 février 1994, 4 juin 2008 et 8 juillet 2015, Pourvois n° 92-12.309, 06-15.320 et 13-25.846, publiés).

L'application de ce principe n'est pas sans conséquence sur le contrôle de l'ordre public. Mme Pascal, dans son rapport sous l'arrêt Cytec rendu par la 1ère chambre civile le 4 juin 2008 (Pourvoi n° 06-15.320), indiquait que : «la jurisprudence considère que la cour d'appel n'a pas à contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat lorsque celle-ci commande l'applicabilité d'une règle d'ordre public (Paris 1ère C 14 décembre 2000, Rev. arb. 2001 p. 805). En se refusant à contrôler

l'interprétation par les arbitres des conventions des parties, en tenant pour acquis les éléments de fait ou de droit qu'ils ont retenus, les juridictions françaises s'abstiennent délibérément de vérifier qu'une règle d'ordre public éventuellement applicable a été correctement appliquée aux faits de l'espèce».

Aussi la Cour de cassation exerce-t-elle son contrôle sur la compatibilité de la sentence arbitrale rendue à l'étranger avec l'ordre public au sens de l'article V 2b) de la convention de New York de manière très restrictive, en le limitant au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée (c.f., outre Civ.1. 4 juin 2008, *Cytec précité*, Soc. 11 mars 2009 et 29 juin 2011, *Pourvois n° 08-12.149 et 10-16680*). Il est à noter, cependant, que cette formulation ne se retrouve plus dans ses décisions et que la cour d'appel de Paris fait désormais état d'une violation effective et concrète de l'ordre public international (c.f., notamment, Paris 4 mars 2014, *RTD com 2015*, p. 69, note E. Loquin).

Cette conception minimaliste du contrôle par le juge national de la sentence est à l'unisson de celle de la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne l'application de l'article 27, point 1, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, aux termes duquel les décisions ne sont pas reconnues si leur reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis. Dans une décision C-38/98 du 11 mai 2000 *Société Renault /C/ Maxicar*, la Cour de justice a dit que : «un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique».

La question est alors de savoir si cette conception minimaliste est compatible avec les fondements constitutionnels de la notion d'ordre public, tout particulièrement lorsque la convention d'arbitrage fait suite à un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne publique étrangère, exécuté sur le territoire français et mettant en jeu les intérêts du commerce international.

Dans une décision 2003-473 du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a dit que "les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" (cons. 10).

Il s'ensuit que le contrat de services aéroportuaires conclu le 8 février 2009 entre le SMAC et la société Ryanair, qui, en tant que contrat portant sur la commande publique, relève à ce titre d'un régime administratif d'ordre public, se trouve soumis au respect des principes constitutionnels ci-dessus rappelés, découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789.

D'autres principes de nature constitutionnelle doivent être également pris en compte, ainsi, notamment, l'existence et de la continuité des services publics auxquels le domaine public est affecté (21 juillet 1994 - *Décision n° 94-346 DC*), la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics (24 juillet 2008, *Décision n° 2008-567 DC*, cons. 9), l'égalité et la libre concurrence en matière de délégation de service public et de contrats de marché passés avec des autorités organisatrices (16 août 2007, *décision n° 2007-556 DC*, cons. 23), le principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (cons. 29) etc.

Il n'y a pas de fondement constitutionnel à une interprétation restrictive par le juge de la notion d'ordre public, limitée à l'ordre public international, telle qu'elle se trouve exprimée aux articles 1520 et 1525 du code de procédure civile. Le juge national a donc toute latitude à cet égard. Encore faut-il que son interprétation ne soit pas trop largement entendue, au point de mettre à mal le principe de reconnaissance et d'exécution des sentences reconnu par la convention de New York. A l'inverse, le juge français doit veiller à éviter qu'une conception minimaliste de l'ordre public le conduise à ne pas sanctionner les atteintes aux principes de nature constitutionnelle, notamment à ceux relatifs au principe d'égalité en matière de commande publique rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée de 2003.

Dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'Etat Fosmax du 9 novembre 2016, le rapporteur public, M. Pelissier, justifiait l'extension de la compétence du juge administratif en faisant valoir que le litige portait sur un contrat public, passé par une personne publique et soumis aux règles de la commande publique et que, comme l'avait fait valoir le commissaire du Gouvernement, M. Guyomar, dans ses conclusions dans l'arrêt *INSERM de 2010 du Tribunal des conflits*, «le maintien de la compétence du juge administratif pour certains contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international répond à l'obligation de respecter les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003».

Nous ne partageons pas, pour notre part, ce point de vue. Il n'y a certes pas de difficultés pour admettre la compétence du juge administratif à l'égard d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur concernant une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français et mettant en jeu les intérêts du commerce international, dès lors qu'est en cause 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.

Il est permis de penser, en effet, que dès lors que le contrat s'exécute sur le territoire français et que les parties ont décidé de soumettre leur litige à un tribunal arbitral dont la sentence sera rendue en France, c'est qu'elles n'ont pas entendu faire abstraction du système juridique français. Il y a donc davantage place pour un contrôle de la sentence par le juge français que pour une sentence rendue à l'étranger marquant la volonté des parties, en recourant à une décision étrangère pour régler leur litige, de se soustraire à l'ordre juridique français.

Le contrôle limité exercé par le juge judiciaire qui, pour protéger l'autonomie de l'arbitrage international, se borne à établir l'existence de la sentence et à ne sanctionner que les violations effectives et concrètes de l'ordre public alléguée (*Paris 4 mars 2014 précité*), y compris au regard de l'application des règles communautaires (*Civ.1. 4 juin 2008 précité*), s'accommode mal

du respect des règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou qui régissent la commande publique, et qui font du contrat conclu entre la personne morale de droit public et l'opérateur étranger un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public (c.f. vos décisions INSERM et FOSMAX de 2010 et 2016).

En désignant une juridiction arbitrale dont la sentence sera rendue en France, les parties ont entendu placer la résolution de leur litige dans le contexte juridique français. Rien ne devant soustraire le contrat au contrôle de son juge naturel, qui est le juge administratif, dès lors que ce contrat relève d'un régime administratif d'ordre public, il est logique que ce même juge soit reconnu compétent pour statuer sur les recours ou les demandes d'exécution des sentences auxquelles le contrat a donné lieu, dans les conditions fixées par le Tribunal des conflits.

Mais il en va tout autrement lorsque la convention d'arbitrage désigne un tribunal arbitral qui rendra sa sentence à l'étranger, ce qui signifie le plus souvent que cet Etat est le siège de l'arbitrage. Dans ce cas, en effet, les parties ont choisi de s'abstraire totalement du contexte juridique français. Leur est alors applicable la convention de New York du 10 juin 1958 qui précise en son article 1er.1 qu'«elle s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales». Et, selon les dispositions combinées de ses articles III et V, chacun des Etats contractants reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et en accorde l'exécution, sous réserve des cas limitativement énumérés à l'article V, notamment lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. La convention de New York garantit ainsi aux parties l'application des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre Etat que celui où la demande de reconnaissance et d'exécution des sentences sont demandées. Etendre les exceptions de son article V en retenant une conception élargie de l'ordre public entendu au sens de l'article V.2b) irait à l'encontre de son objet même qui est d'assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ce serait porter atteinte au principe fondamental du droit français de l'arbitrage selon lequel la juridiction étatique doit s'abstenir de toute révision au fond de la décision de l'arbitre (Civ. 1. 25 octobre 2005, Pourvoi n° 02-13.252).

Dans ces conditions, le juge national saisi d'une demande d'exequatur de la sentence arbitrale rendue à l'étranger, doit se borner à examiner si la sentence entre dans le cadre des exceptions de l'article V de la convention, notamment si elle est conforme à l'ordre public au sens de cette convention .

Cet ordre public doit être entendu strictement, afin de ne pas aller à l'encontre de l'objet même de la convention de New York. Il inclut, tout d'abord, pour reprendre la formulation du professeur Fouchard, les principes considérés dans l'ordre juridique français, la France étant l'Etat d'accueil dans lequel la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont requises, comme participant de ses convictions fondamentales, comme doués d'une valeur universelle absolue. Mais cet ordre public inclut aussi les règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou qui régissent la commande publique, qui sont de nature constitutionnelle. Il en va ainsi, notamment, des principes constitutionnels d'égalité devant la commande publique, de protection des propriétés publiques et de bon usage des deniers publics, (décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 précitée). Il en va de même encore, en matière de service public, des exigences d'égalité et de neutralité (décision 86-217, cons. 15) et de continuité (décision 2007-556 DC du 16 août 2007, cons. 10). Il

s'étend aussi au droit communautaire dont le juge national doit assurer le respect, les parties n'étant pas libres de déroger au droit communautaire (CJUE 102/81 Nordsee 23 mars 1982, point 14). Ce contrôle exercé par le juge national, limité mais essentiel pour assurer l'insertion dans l'ordre juridique interne de la sentence arbitrale rendue à l'étranger, doit-il être effectué par le juge administratif ou par le juge judiciaire?

Le juge administratif étant le juge naturel du contrat administratif, vous lui avez attribué compétence, dans vos décisions INSERM et Fosmax, pour assurer le contrôle de la conformité de la sentence arbitrale rendue en France aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, qu'elles soient ou non de nature constitutionnelle. Mais il n'en va pas de même lorsque la sentence a été rendue à l'étranger. Les litigants ont entendu se soustraire à l'ordre juridique français en s'en remettant pour le règlement de leur litige à une juridiction internationale rendant sa sentence à l'étranger, n'appliquant le droit français que dans la mesure où les parties ont décidé de s'y soumettre en tout ou en partie. La convention d'arbitrage qu'elles ont conclue doit être appliquée par le juge français saisi d'une demande d'exequatur, par application de la convention de New York, sous réserve des exceptions mentionnées à son article V. Le contrat conclu entre les parties, objet du litige qui a donné lieu à l'arbitrage, a perdu sa caractéristique de contrat administratif soumis à un régime administratif d'ordre public au sens du droit français, bien que son exécution ait lieu en France. Le juge naturel du contrat est alors la juridiction arbitrale et non le juge administratif français. Il convient dès lors de retenir, tant pour le recours en annulation que pour la demande d'exequatur, la compétence du juge judiciaire qui exerce sur la sentence un contrôle limité, portant sur les points mentionnés à l'article V de la convention de New York, notamment sur la conformité à l'ordre public international.

Rien ne justifie, dans ces conditions, de retenir la compétence du juge administratif pour connaître de l'exequatur de la sentence rendue à l'étranger dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français et mettant en jeu les intérêts du commerce international, tout en constituant un marché public de services au sens de l'article 1er du code des marchés publics.

Nous concluons en conséquence à la compétence du juge judiciaire.

Référence 6 : TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente, n°4075

Vu, enregistrée à son secrétariat le 16 novembre 2016, l'expédition de l'arrêt du 8 novembre 2016 par lequel la cour d'appel de Paris, saisie d'un appel du syndicat mixte des aéroports de Charente contre une ordonnance du 5 septembre 2012 du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris revêtant de l'exequatur, à la demande des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, une sentence arbitrale rendue le 18 juin 2012 dans un litige relatif à la résiliation de conventions conclues le 8 février 2008 entre le syndicat mixte et les sociétés, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu, enregistré à son secrétariat le 3 janvier 2017, le mémoire présenté pour le syndicat mixte des aéroports de Charente, tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente

pour connaître du litige relatif à l'exequatur de la sentence arbitrale ;

Vu, enregistré à son secrétariat le 20 janvier 2017, le mémoire présenté pour les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, tendant à ce que la juridiction judiciaire soit déclarée compétente pour connaître de ce litige ;

Vu les pièces du dossier dont il résulte que la saisine du Tribunal a été communiquée au garde des sceaux, ministre de la justice, qui n'a pas produit d'observations ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;

Vu la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, notamment ses articles III, V et VII ;

Vu le code des marchés publics ;

Considérant que le syndicat mixte des aéroports de Charente a conclu le 8 février 2008 avec les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited deux conventions ayant pour objet le développement d'une liaison aérienne régulière entre les aéroports de Londres-Stansted et d'Angoulême ; que ces conventions prévoyaient que tout différend entre les parties, non résolu à l'amiable, serait soumis à un arbitre siégeant à Londres et statuant conformément aux règles de la Cour internationale d'arbitrage de Londres ; qu'en février 2010 les sociétés ont résilié unilatéralement les conventions ; qu'un différend a alors été porté devant un arbitre qui, après s'être reconnu compétent par une sentence avant dire droit du 22 juillet 2011, a admis la validité de la résiliation et mis les frais de la procédure à la charge du syndicat mixte par une sentence rendue le 18 juin 2012 ; qu'à la demande des sociétés cette sentence a été revêtue de l'exequatur par une ordonnance du 5 septembre 2012 du délégué du président du tribunal de grande instance de Paris ; que, saisi par le syndicat mixte d'un appel contre cette ordonnance, la cour d'appel de Paris a estimé que la détermination de l'ordre de juridiction compétent pour connaître de la demande d'exequatur présentait une difficulté sérieuse et a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin d'en décider ;

Considérant que lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue 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, il appartient en principe à la juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'exequatur ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative ;

Considérant que les deux conventions conclues le 8 février 2008, qui forment un ensemble contractuel destiné à répondre aux besoins d'une personne morale de droit public moyennant le

versement d'une rémunération à ses co-contractants, sont constitutives d'un marché public de services au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics alors en vigueur ; que le contrat étant ainsi soumis aux règles impératives relatives à la commande publique, il appartient à la juridiction administrative de se prononcer sur l'exequatur de la sentence rendue dans le litige né de la résiliation des conventions ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, tendant à l'exequatur de la sentence arbitrale rendue le 18 juin 2012, relève de la compétence de la juridiction administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La juridiction administrative est compétente pour connaître de la demande des sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, tendant à l'exequatur de la sentence arbitrale rendue le 18 juin 2012.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au syndicat mixte des aéroports de Charente, aux sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited et au garde des sceaux, ministre de la justice.