

Fiche n° 7
**LE CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS III :
MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES**

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur TC 7 février 2022, SARL Guyacom c/ Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane, n° 4233 ;
- Référence 2 :** TC 7 février 2022, SARL Guyacom c/ Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane, n° 4233 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 12 avril 2022, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas, n° 452601 ;
- Référence 4 :** CE, 7^e et 2^e ch. réun., 12 avril 2022, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas, n° 452601 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 10 juillet 2020, Société Exelcia ;
- Référence 6 :** CE, 10 juillet 2020, Société Exelcia, n° 433643 ;
- Référence 7 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 20 juillet 2021, Sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA ;
- Référence 8 :** CE, 20 juillet 2021, Sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA, n°443342 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

TC, 17 mai 2010, *INSERM*

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

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

Épreuve pratique : Cas pratique

Faits :

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

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

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

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

Questions :

Le chef du gouvernement néo-calédonien vous consulte 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 TC 7 février 2022, SARL Guyacom c/ Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane, n° 4233 ;

LES FAITS ET LA PROCÉDURE

La région Guyane, devenue la collectivité territoriale de Guyane, est propriétaire d'un réseau constitué de dix-sept stations satellites implantées dans autant de sites isolés, et d'un hub satellite. Ce réseau a pour objet la desserte des villages de l'intérieur en Wifi.

La collectivité territoriale de Guyane a engagé, par ailleurs, un projet de déploiement et de modernisation d'un réseau de faisceau hertzien afin d'assurer la télécommunication mobile dans ces sites. Par une convention conclue le 29 août 2013 avec la société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane (la SPLANG), elle a confié à cette dernière la mise en œuvre des services Wifi et de télécommunications mobiles et mis à sa disposition, à cette fin, les stations satellites et le hub.

La SPLANG a conclu à son tour avec la SARL Guyacom :

— le 10 janvier 2014, un marché public à bons de commande « ayant pour l'objet l'exécution des prestations nécessaires à la continuité du services WIFI » dans les dix-sept sites isolés, incluant la remise à niveau des sites ainsi que leur exploitation et prévoyant ensuite la reprise des installations par la SPLANG ou par un tiers ;

— le 15 février 2015, un marché public à bons de commande ayant pour objet « la modernisation des installations de communication » sur les sites, portant notamment sur la fourniture et l'installation de matériel.

Afin de permettre à la société Guyacom de mettre en œuvre le marché du 15 février 2015, la SPLANG lui a consenti, le même jour, dix-sept « permissions d'accès au réseau régional d'information » (les PARRI), sous forme de conventions d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public. Des différends ayant opposé les parties à l'occasion de l'exécution de ces conventions, elles sont convenues, le 26 septembre 2017, d'une transaction prévoyant le versement d'une certaine somme par la SPLANG en contrepartie de la remise, par la société Guyacom, de l'ensemble des équipements et des installations.

Estimant qu'une partie du matériel n'avait pas été restituée, la SPLANG a retenu une partie de la somme, ce que la société Guyacom a contesté. La société Guyacom a saisi le tribunal administratif de Guyane en condamnation de la SPLANG au paiement de la somme restant due.

Par jugement du 8 juillet 2021, le tribunal administratif a retenu que l'action introduite présentait une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, et renvoyé à votre Tribunal le soin de décider sur cette question, en application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015.

DES ÉLÉMENTS QUI PENCHENT VERS LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE

Au premier abord, le caractère sérieux de la difficulté n'est pas manifeste. En effet, la transaction est, aux termes de l'article 2044 du code civil, auquel se réfère expressément celle du 26

septembre 2017, un contrat. Or, au cas particulier, celui-ci est conclu entre deux sociétés de droit privé.

L'une est une société publique locale qui revêt, selon l'article L.1531-1, alinéa 4, du code de justice du travail (CGCT), la forme d'une société anonyme régie par le livre II du code de commerce, l'autre est une société à responsabilité limitée.

Par ailleurs, aux termes de l'article 2044 précité, « la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » tandis que l'article 2052 du code civil dispose qu'elle « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Autrement dit, la transaction a un effet extinctif.

Elle épuise le droit d'action des parties qui sont irrecevables à saisir le juge du litige qui en a été l'objet. Elle fait, en quelque sorte, écran, de sorte que le juge ne peut plus être saisi que du seul contentieux lié à son exécution, sans égard pour le litige auquel elle a mis fin. Enfin, il résulte du protocole transactionnel du 26 septembre 2017, que le litige se résume à un arbitrage entre le versement de la somme convenue au titre du marché de continuité d'une part, et la restitution du matériel objet du marché de modernisation d'autre part. Ces premiers éléments orientent nettement vers la compétence judiciaire.

DES MOTIFS POUVANT FAIRE PENCHER DU CÔTÉ DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE ?

La simplicité n'est cependant qu'apparente compte tenu de la spécificité de la société publique locale (la SPL). Par une décision du 18 juin 2007, Société Briançon Bus, vous avez jugé que : « La transaction conclue par une personne morale de droit public, est, en principe, un contrat de nature civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ; que, sous cette réserve, l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif. »

Le tribunal administratif de Guyane s'empare de ce considérant et s'interroge sur le point de savoir si la SPLANG ne devrait pas être regardée comme une entité transparente ou mandataire de la collectivité territoriale et, si par suite, à supposer que la transaction mette en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutisse à la participation de la société Guyacom à une mission de service public, la juridiction administrative ne serait pas compétente pour statuer sur le litige.

Il se demande également si, dans l'hypothèse où il serait retenu que les PARRI ont été conclus par une personne publique, elles ne devraient pas être considérées comme des contrats comportant occupation du domaine public, de sorte que leurs litiges relèveraient de la compétence du juge administratif en application de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

Dans l'hypothèse inverse correspondant à la conclusion des PARRI par une personne morale de droit privé, il pose la question de savoir si la SPLANG ne pourrait être considérée comme le concessionnaire de la collectivité territoriale chargée d'une

mission de service public et si, par suite, en application de l'article L.2331-1 précité, les litiges afférents aux PARRI ne ressortiraient pas également de la compétence administrative. Il est proposé de répondre, par la négative, à chacun de ces questionnements.

UNE SOCIÉTÉ TRANSPARENTE ?

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, qui a créé l'article L. 1531 du CGCT, a institué la catégorie des sociétés publiques locales afin de doter les collectivités territoriales d'un outil conforme aux exigences de la jurisprudence européenne qui leur permet d'exercer leur pouvoir adjudicateur sans être soumises aux procédures de passation des marchés publics.

En effet, dès lors qu'en vertu de la loi ces collectivités publiques exercent sur les SPL un contrôle similaire à celui qu'elles pratiquent sur leurs propres services, et qu'elles en détiennent la totalité du capital, le respect des règles communautaires destinées à garantir le jeu de la concurrence, n'est pas justifié puisque ces sociétés en sont « en quelque sorte le prolongement ». Les collectivités territoriales peuvent ainsi confier aux SPL des contrats dits « in house » ou de « prestations intégrées » portant notamment sur des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, parmi lesquelles la réalisation d'équipements collectifs.

Ce cadre juridique permet de rompre avec la pratique consistant, de la part des collectivités publiques, à s'affranchir des règles du droit public en créant, pour leurs besoins, des associations fonctionnant sous leur autorité et sans autonomie, selon un modèle non prévu par la loi du 1er juillet 1901. L'utilisation de ces associations qualifiées de « transparentes » par le Conseil d'État, est sanctionnée par l'application des règles du droit public et la qualification des conventions conclues par elles en contrats administratifs s'ils en remplissent les critères matériels.

À l'inverse de ces associations dont le caractère fictif ressort des conditions de leur création, de leur objet, de leur financement et de l'influence des représentants de la collectivité en leur sein, les sociétés publiques locales bénéficient d'un statut légal clair et précis qui leur confère un statut autonome, lequel s'oppose, en soi, à ce qu'elles soient considérées comme transparentes, si l'on retient que l'emploi de cet adjectif est destiné à corriger l'exploitation abusive de la formule associative. En toute hypothèse, un autre critère tenant à l'action de l'organisme en son nom et pour son propre compte permet d'exclure le caractère transparent de celui-ci.

Il convient d'entendre l'expression « pour le compte de » au sens de votre jurisprudence Soc. Entreprise Peyrot comme signifiant, d'une part, que l'organisme agit en lieu et place de la personne publique et, d'autre part, à l'occasion de l'exécution d'une mission qui appartient par nature à la personne publique. Or, au cas d'espèce, il apparaît, d'une part, que la SPLANG, en concluant les marchés du 10 janvier 2014 et du 15 février 2015 avec la société Guyacom, a agi de son propre mouvement, en son nom et pour son compte, et non en ceux de la collectivité publique, et, d'autre part, qu'elle a mis en œuvre des services Wifi et de télécommunications mobiles, ce qui ne constitue pas une mission qui appartient par nature, au regard de sa finalité, à une personne publique. Je vous propose, en conséquence, de retenir que la SPLANG n'est pas un organisme transparent.

UNE SOCIÉTÉ MANDATAIRE ?

Il est bien certain qu'aucun mandat exprès n'a été confié à la SPLANG. S'agissant de l'existence éventuelle d'un mandat implicite, vous avez jugé que : « Le titulaire d'une convention conclue avec une collectivité publique pour la réalisation d'une opération d'aménagement ne saurait être regardé comme un mandataire de cette collectivité ; qu'il ne peut en aller autrement que s'il résulte des stipulations qui définissent la mission du cocontractant de la collectivité publique ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci que la convention doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat, par lequel la collectivité publique demande seulement à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment pour conclure les contrats nécessaires ».

Or, ici, il ne ressort pas des stipulations de la convention 29 août 2013 conclue entre la collectivité territoriale de la Guyane avec la SPLANG, l'existence de telles conditions particulières d'exécution. Il peut donc être conclu qu'aucun mandat tacite ne lie les deux parties. Si la SPLANG n'est ni un organisme transparent ni le mandataire de la collectivité territoriale de Guyane, il doit être considéré que la transaction litigieuse a bien été signée par deux personnes de droit privé et qu'elle est un contrat de nature civile sans qu'il y ait lieu de rechercher si « elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public », ce qui répond au point 7 du jugement.

UN LITIGE RELATIF À CES CONTRATS COMPORTANT OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC ?

Le point précédent permet également d'écarter l'hypothèse de l'octroi des PARRI par une personne publique, envisagée par le paragraphe 8 du jugement. Par ailleurs, rappelons qu'au regard de l'article 2052 du code civil précité, la transaction conclue par les parties constitue une cloison étanche par rapport aux différends qui s'y trouvent inclus.

Ceci vaut également pour le différend portant sur les PARRI, y compris dans l'éventualité où celles-ci auraient été consenties par la SPLANG prise en sa qualité, à la supposer établie, de concessionnaire de la collectivité territoriale chargée d'une mission de service public, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article L.2331-1, du code général de la propriété qui dispose que « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ».

Ainsi de ce qui précède, je vous propose de décider, sur la question de compétence qui vous est soumise, que la juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige né de l'exécution de la transaction conclue le 26 septembre 2017.

Référence 2 : TC 7 février 2022, SARL Guyacom c/ Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane, n° 4233

Vu, enregistrée à son secrétariat le 15 juillet 2021, l'expédition du jugement du 8 juillet 2021 par lequel le tribunal administratif de la Guyane, saisi de la demande de la SARL Guyacom tendant à la condamnation de la société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane (SPLANG) à lui verser la somme de 428 220,75 euros au titre de l'exécution de la transaction conclue le 25

septembre 2017 entre ces 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 le 26 août 2021, le mémoire présenté par la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales ; elle fait valoir que le régime des sociétés publiques locales est défini au code général des collectivités territoriales et que ces sociétés ne peuvent en principe être regardées comme des entités transparentes ou comme agissant comme mandataire des collectivités qui sont leurs actionnaires ;

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 le code civil ;
Vu le code de commerce ;
Vu le code des marchés publics ;
Vu le code général des collectivités territoriales ;
Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;
Vu la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 ;
Vu l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ;

Considérant ce qui suit :

1. Par une convention du 29 août 2013, la région Guyane, devenue la collectivité territoriale de Guyane, a chargé la société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane (SPLANG) d'organiser la desserte en télécommunications mobiles et en accès internet de dix-sept sites isolés de la Guyane. Pour réaliser cette mission, la SPLANG a conclu avec la société Guyacom, par un acte d'engagement du 10 janvier 2014, un contrat, dit " marché Continuité ", ayant pour objet le déploiement d'équipements en vue d'offrir des services de téléphonie mobile sur ces dix-sept sites. Par un acte d'engagement du 15 février 2015, la SPLANG a conclu avec la société Guyacom un autre contrat, dit " marché Modernisation ", ayant pour objet la modernisation des installations de télécommunications de ces sites. Par des conventions signées le même 15 février 2015, la SPLANG a délivré à la société Guyacom dix-sept permissions d'accès au réseau régional d'information, dites " conventions PARRI ", autorisant une occupation temporaire des sites pour les infrastructures et équipements ainsi que pour utiliser la bande passante, par satellite ou par voie hertzienne, nécessaire aux communications.

2. Pour régler plusieurs différends nés de l'exécution des contrats ainsi passés entre la SPLANG et la société Guyacom, ces deux sociétés ont conclu, le 25 septembre 2017, une transaction pour y mettre fin. Un litige sur l'exécution de cette transaction étant né entre les parties, la société Guyacom a saisi, le 30 août 2019, le tribunal administratif de la Guyane d'une demande tendant à la condamnation de la SPLANG à lui verser la somme de 428 220,75 euros au titre de l'exécution de la transaction du 25 septembre 2017. A titre reconventionnel, la SPLANG a demandé au tribunal administratif la condamnation de la société Guyacom à lui verser la somme de 334 967,04 euros. Par un jugement du 8 juillet 2021, le tribunal administratif de la Guyane 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.

3. Une transaction est, en principe, un contrat de nature civile et son homologation comme les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, hormis le cas où elle a pour objet le règlement ou la prévention de différends pour le jugement desquels la juridiction administrative est principalement compétente.

4. La transaction conclue le 25 septembre 2017 entre la SPLANG et la société Guyacom a entendu mettre fin à l'ensemble des différends, opposant ces deux sociétés, nés de l'exécution des contrats passés entre elles en 2014 et 2015.

5. En vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des sociétés publiques locales dont elles détiennent le capital et qui revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce. La SPLANG a été créée sur le fondement de ces dispositions par la région Guyane et une communauté d'agglomération en 2012. Ainsi créée dans le cadre institué par le législateur pour permettre à une collectivité territoriale de transférer certaines missions à une personne morale de droit privé contrôlée par elle, la SPLANG ne peut être regardée comme une entité transparente. En concluant avec la société Guyacom les contrats dits " marché Continuité " et " marché Modernisation ", respectivement les 10 janvier 2014 et 15 février 2015, la SPLANG a agi en son nom et pour son propre compte.

6. Par ailleurs, ces deux contrats ont été passés non en application du code des marchés publics mais sur le fondement de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Ils ne sauraient présenter le caractère de contrat administratif par détermination de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

7. Il résulte de ce qui précède que ces deux contrats, conclus entre personnes morales de droit privé, présentent le caractère de contrat de droit privé et que les différends nés de leur exécution relèveraient de la juridiction judiciaire.

8. Si les différends nés de l'exécution des permissions d'accès dites " conventions PARRI " relèveraient, en revanche, de la compétence de la juridiction administrative en vertu des dispositions de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui attribuent à la juridiction administrative le jugement des litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public conclus par les concessionnaires de service public, il ressort des pièces du dossier que ces différends présentent un caractère accessoire par rapport à ceux nés des contrats dits " marché Continuité " et " marché Modernisation ".

9. Il résulte de tout ce qui précède que la transaction conclue le 25 septembre 2017 entre la SPLANG et la société Guyacom a eu pour objet le règlement de différends pour lesquels la juridiction administrative n'est pas principalement compétente. Il s'ensuit que le litige relatif à l'exécution de cette transaction ressortit à la compétence de la juridiction judiciaire.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2 CR), 12 avril 2022, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas, n° 452601

Ce pourvoi va vous permettre, après que la cour administrative d'appel de Marseille a pris position sur ce point dans un arrêt qui a eu les honneurs du recueil Lebon, de vous prononcer à votre tour sur la question de savoir si le délai de deux mois applicable aux actions en reprise des relations contractuelles prévu par la jurisprudence « Béziers II » est interrompu par la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCRA).

LES FAITS DE L'ESPÈCE

1. En l'espèce, l'agence d'architecture F. Nicolas est le mandataire d'un groupement retenu en 2014 par l'agence régionale d'équipement et d'aménagement (AREA) de la région PACA en vue de travaux de réhabilitation et d'extension d'un lycée à Gap (05). Lors de la réception des travaux, elle a été mise en demeure de procéder à la rectification de plusieurs non-conformités avant que, en l'absence de diligences accomplies en ce sens, l'AREA ne décide de résilier le marché le 1er mars 2018. Le cabinet d'architecte a alors saisi au mois d'avril 2018 le CCRA de Marseille afin d'obtenir une médiation, mais en vain, puisque la région PACA a refusé de prendre part à cette procédure.

Il a alors saisi le tribunal administratif de Marseille qui a relevé d'office la tardiveté de sa demande tendant à la reprise des relations contractuelles. Par un arrêt du 15 mars 2021 qui fait l'objet du présent pourvoi, les juges d'appel ont confirmé cette position, en jugeant, d'une part, que la compétence des CCRA en matière de marchés publics se limite au règlement amiable de litiges portant sur l'exécution de ces derniers, et ne s'étend pas à ceux relatifs à la contestation du bien-fondé d'une mesure de résiliation et à la reprise des relations contractuelles, et, d'autre part, que la saisine de cette instance n'est pas de nature à interrompre le délai de 2 mois imparti au demandeur dans le cadre d'un recours de type « Béziers II ». Nous allons vous proposer de confirmer à votre tour ce raisonnement.

2. Avant cela, vous pourrez écarter sans mal un premier moyen d'irrégularité tiré de l'absence des signatures prévues par l'article R. 741-7 du code de justice administrative, qui manque clairement en fait : la minute de l'arrêt comporte toutes les signatures requises.

UN EFFET INTERRUPTIF DE LA SAISINE DU CCRA SUR LE DÉLAI DE RECOURS « BÉZIERS II » ?

3. Le moyen principal du pourvoi est tiré de la double erreur de droit qu'aurait commise la cour en écartant l'effet interruptif de la saisine du CCRA sur les délais de recours « Béziers II ». La première branche vise le premier temps du raisonnement suivi par les juges d'appel s'agissant de l'incompétence du CCRA, tandis que la seconde critique l'absence d'effet interruptif de la saisine.

Aucune de ces deux branches ne nous convainc, alors même, en tout état de cause, qu'il suffirait qu'un seul des motifs retenus par la cour soit fondé pour justifier l'irrecevabilité qui a été opposée à la demande de la société F. Nicolas.

L'INCOMPÉTENCE DES CCRA POUR CONNAÎTRE D'UNE ACTION EN REPRISE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

3.1. Examinons d'abord la première branche, qui porte sur la compétence du CCRA pour connaître d'une demande de reprise des relations contractuelles.

De manière générale, l'article 142 du code des marchés publics, alors en vigueur, disposait que : « Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret. / [...] / La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité. [...] . »

La cour s'est appuyée sur l'article 142 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 qui prévoyait, pour les marchés conclus antérieurement au 1er avril 2019, qu'« 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 ».

À vrai dire, il nous semble qu'elle a commis là une erreur vénielle, qui n'est pas celle que lui reproche le pourvoi, en faisant application de ces dispositions alors que c'est au texte antérieur qu'il fallait remonter, en l'occurrence à l'article 127 du code des marchés publics et au décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, puisque le décret de 2016 ne s'applique qu'aux marchés publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015, c'est-à-dire, aux termes de son article 103, qu'à ceux pour lesquels une consultation a été lancée postérieurement au 1er janvier 2016, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Votre décision pourra utilement rectifier cette pure erreur matérielle, sachant que les dispositions du décret de 2010 ne diffèrent guère sur ces questions des formulations retenues par le décret de 2016. Sur le fond, les CCRA sont compétents « en cas de différend concernant l'exécution du marché ». Toute la question est donc de savoir ce que recouvre cette notion d'exécution du marché au sens et pour l'application de ces dispositions.

Vous le savez, la notion d'actes d'exécution d'un contrat s'inscrit dans des frontières mouvantes car, en réalité, ce concept générique recoupe plusieurs catégories d'actes : les mesures d'application proprement dites, les mesures de modification et les mesures de résiliation.

Il nous semble que ce distinguo est celui qui anime de manière sous-jacente plusieurs de vos grandes décisions rendues en matière contractuelle au cours de la dernière décennie, ce qui ne manque d'ailleurs pas, parfois, de nourrir les interrogations de la doctrine sur l'office exact du juge de l'exécution des contrats. Quoi qu'il en soit, pour notre part et au vu de la question qui vous est posée aujourd'hui, nous n'avons guère de doutes à vous proposer de retenir en l'espèce une conception stricte de la notion d'exécution du marché s'agissant de la compétence des CCRA.

Pour le dire simplement, l'exécution du marché, au sens des dispositions que nous avons citées, n'inclut pas cette mesure particulière que constitue la décision de résiliation du marché, et encore moins une éventuelle action subséquente en reprise des relations contractuelles.

Cette position nous paraît solidement fondée, tant en théorie qu'en pratique. Sur le plan théorique, une éventuelle reprise des relations contractuelles intervient après qu'il a été mis fin, par une mesure de résiliation, à la vie du contrat.

Il ne s'agit donc plus de se prononcer sur la façon d'exécuter le contrat, mais seulement sur celle de savoir s'il est possible de le remettre en vigueur : ce n'est pas une question d'exécution du contrat stricto sensu mais une question d'extinction (et, le cas échéant, de résurrection !).

De manière plus pragmatique, nous ne pouvons que souligner que dès lors que la décision de résiliation a été prise par l'administration, la conciliation n'a plus vraiment de sens, seul le

recours Béziers II devant le juge du contrat permettant, le cas échéant, de débloquent la situation en faveur du cocontractant. Ainsi, si le différend initial sur les non-conformités imputées au groupement d'entreprises aurait indubitablement pu être soumis au comité, il n'est pas dans l'esprit des textes ni de la jurisprudence Béziers II de permettre à ce comité d'examiner ensuite un litige né de la décision de rompre le lien contractuel.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc écarter la première branche d'erreur de droit : les CCRA ne sont pas compétents pour se prononcer sur un différend portant exclusivement sur la contestation d'une mesure de résiliation en vue d'obtenir la reprise des relations contractuelles.

UNE SAISINE EN TOUT ÉTAT DE CAUSE DÉPOURVUE D'EFFET INTERRUPTIF SUR LE DÉLAI DE RECOURS « BÉZIERIS II »

3.2. Le seraient-ils que nous pensons que leur saisine n'aurait de toute façon pas d'effet interruptif sur les délais de recours applicables à un contentieux de type « Béziers II ». Certes, une jurisprudence constante, désormais codifiée à l'article L. 411-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), énonce que toute décision administrative peut en principe faire l'objet d'un recours gracieux qui interrompt le délai de recours contentieux et cette règle s'applique y compris dans la sphère contractuelle, notamment pour un recours en contestation de la validité d'un contrat.

Le principe n'est toutefois pas sans exception et vous avez en particulier expressément exclu son application pour les recours dirigés contre une décision de résiliation d'un contrat, eu égard aux particularités du recours contentieux défini dans la décision dite « Béziers II », à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose ainsi qu'à l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires en ce sens. Cette position nous paraît pleinement justifiée car, comme le relevait Nathalie Escaut dans ses conclusions sous la décision Proresto, on peut douter, dans le cas de la décision de résiliation d'un contrat, de la « valeur ajoutée » d'un recours gracieux interruptif puisque : « Lorsque l'administration résilie un contrat pour faute de son cocontractant, elle est tenue, pour respecter les droits de la défense, de mettre en demeure le cocontractant de respecter ses obligations. Il y a donc un dialogue préalable à la résiliation qui protège le cocontractant et lui permet de se défendre. »

Ce dialogue ayant eu lieu, on voit mal en quoi il serait nécessaire, ou même utile, de prévoir à nouveau une médiation. Enfin, l'argument de la célérité milite également pour la solution restrictive : pour des raisons évidentes, le recours « Béziers II » est enfermé dans de courts délais (2 mois à compter de la mesure de résiliation) car une telle action n'a de sens que si elle est exercée rapidement, faute de quoi le contrat pourrait arriver à son terme ou être attribué à un autre contractant, ce qui contraindrait de toute façon le juge à prononcer un non-lieu.

Or, théoriquement, le CCRA dispose, selon l'article 8 du décret de 2010, d'un délai de 6 mois pour se prononcer sur le différend qui lui est soumis, ce délai pouvant être prorogé sur décision du président du comité. Une telle temporalité nous paraît de fait totalement contraire aux impératifs de rapidité qui s'attache à la procédure « Béziers II » et risquerait ainsi, si le recours était regardé comme interruptif, de dénaturer la logique de l'action en reprise des relations contractuelles.

Tous ces motifs plaident pour une pleine transposition à l'espèce de la jurisprudence Proresto : la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en estimant que la saisine du comité n'est pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti pour introduire un recours de type Béziers II. Vous pourrez ainsi écarter les deux branches du moyen.

UN DERNIER MOYEN TIRÉ DE LA MÉCONNAISSANCE DU DROIT AU RECOURS EFFECTIF

4. Enfin, il est argué que la cour administrative d'appel a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit au regard du droit au recours effectif et de la procédure de médiation prévue par les articles L. 213-5 et suivants du code de justice administrative en se bornant à relever que le recours en reprise des relations contractuelles devait être introduit « dans les meilleurs délais ».

Ce moyen, qui est dirigé contre une partie de l'arrêt que nous n'aurions pas trop de difficulté à qualifier de surabondante, n'est en tout état de cause guère sérieux. S'agissant, d'une part, de l'insuffisance de motivation alléguée, vous ne pourrez que constater que la cour a bien rappelé, au même point que celui qui est critiqué, le délai applicable aux recours de type « Béziers II ». L'imprécision reprochée ici est donc absolument sans incidence sur la régularité de l'arrêt.

D'autre part, comme nous venons de vous l'exposer, les recours « Béziers II » n'ont d'utilité que s'ils sont exercés rapidement, sachant qu'ils ne sont pas exclusifs d'une procédure de médiation devant un CCRA en amont de la décision de résiliation. Nous ne voyons donc, dans l'assertion de la cour, aucune méconnaissance des principes régissant le droit au recours effectif, qui est au demeurant suffisamment mis en œuvre par la jurisprudence « Béziers II », dans les conditions qu'elle fixe eu égard à l'objet et aux spécificités de ce type de litiges. Nous ne décelons pas plus de violation du cadre juridique applicable au règlement amiable des litiges, aucun texte ni principe n'imposant d'y recourir préalablement à la saisine du juge du contrat dans ce type de circonstances. Vous écarterez donc ce dernier moyen.

5. Et par ces motifs, nous concluons :

— au rejet du pourvoi ;

— et à ce que la société requérante verse respectivement à chaque défendeur (région PACA et AREA PACA) une somme de 1 500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 4 : CE (7/2 CR), 12 avril 2022, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas, n° 452601

Vu la procédure suivante :

La société Agence d'architecture Frédéric Nicolas a demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler la décision du 1er mars 2018 par laquelle l'agence régionale d'équipement et d'aménagement (AREA) de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a résilié le marché de maîtrise d'œuvre dont elle était titulaire et d'ordonner la reprise des relations contractuelles nées de ce marché. Par un jugement n° 1905090 du 31 mars 2020, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 20MA01853 du 15 mars 2021, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par la société Agence d'architecture Frédéric Nicolas contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 17 mai et 16 août 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Agence d'architecture Frédéric Nicolas demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
- 3°) de mettre à la charge de l'AREA la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a confié un mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée à l'agence régionale d'équipement et d'aménagement (AREA) de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) en vue de la réalisation d'une opération d'extension et de réhabilitation du lycée Dominique-Villars à Gap. Par acte d'engagement du 5 février 2014, l'AREA PACA, devenue depuis l'AREA Région Sud, a attribué la mission de maîtrise d'œuvre de ce projet à un groupement conjoint composé des sociétés Betrec, Agibat, EAI, Terre Eco et Agence d'architecture Frédéric Nicolas, cette dernière étant la mandataire de ce groupement. Dans le cadre des opérations de réception de l'ouvrage, la société Qualiconsult, contrôleur technique, a émis le 20 décembre 2017 un avis défavorable portant sur le bâtiment dénommé " Post Bac ", avis qu'elle a réitéré le 4 janvier 2017 dans son rapport de vérification réglementaire après travaux. Après avoir mis en demeure la société Agence d'architecture Frédéric Nicolas par courrier du 15 janvier 2018 de procéder à la levée de plusieurs des non conformités relevées par le contrôleur technique, l'AREA de la région PACA lui a notifié le 1er mars 2018 la résiliation pour faute du marché. La société Agence d'architecture Frédéric Nicolas a saisi le 27 avril 2018 le comité consultatif interrégional de règlement amiable (CCIRA) des litiges de Marseille du différend l'opposant au maître d'œuvre, puis saisi le tribunal administratif de Marseille d'une demande tendant à ce que soit ordonnée la reprise des relations contractuelles. Par jugement du 31 mars 2020, le tribunal administratif de Marseille a rejeté cette demande au motif de son caractère tardif. La société Agence d'architecture Frédéric Nicolas se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 15 mars 2021 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel qu'elle avait formé contre ce jugement.

2. En premier lieu, le moyen tiré de ce que la minute de l'arrêt ne comporterait pas l'ensemble des signatures requises en vertu de l'article R. 741-7 du code de justice administrative manque en fait.

3. En deuxième lieu, d'une part, le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai

de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation. De telles conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises. Eu égard aux particularités de ce recours contentieux, à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose et qui peut le conduire, si les conditions en sont satisfaites, à ordonner la reprise des relations contractuelles ainsi qu'à l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires en ce sens, l'exercice d'un recours administratif pour contester cette mesure, s'il est toujours loisible au cocontractant d'y recourir, ne peut avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux. Il en va ainsi quel que soit le motif de résiliation du contrat et notamment lorsque cette résiliation est intervenue en raison des fautes commises par le cocontractant. Au demeurant, dans cette dernière hypothèse, la personne publique est toujours dans l'obligation de mettre le cocontractant en mesure de faire valoir ses observations avant l'intervention de cette décision.

4. D'autre part, aux termes de l'article 127 du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur : " Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret. / Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable. / (...) / La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité. (...) ". Aux termes des dispositions du I de l'article 1er du décret du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, applicable au présent marché, contrairement à ce qu'a relevé la cour en faisant application des dispositions du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, lequel ne s'applique, en vertu de l'article 103 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qu'aux seuls marchés publics pour lesquels une consultation a été lancée à compter du 1er janvier 2016 : " Les comités de règlement amiable mentionnés à l'article 127 du code des marchés publics ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés passés en application du code des marchés publics (...) ". Aux termes des stipulations de l'article 37 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché, issu des dispositions de l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles : " Le pouvoir adjudicateur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché. / Tout différend entre le titulaire et le pouvoir adjudicateur doit faire l'objet, de la part du titulaire, d'une lettre de réclamation exposant les motifs de son désaccord et indiquant, le cas échéant, le montant des sommes réclamées. (...) / Le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de deux mois, courant à compter de la réception de la lettre de réclamation, pour notifier sa décision. / (...) Le pouvoir adjudicateur ou le titulaire peut soumettre tout différend qui les oppose à un comité consultatif de règlement amiable des litiges, dans les conditions mentionnées à l'article 127 du code des marchés publics ".

5. Il résulte de ce qui a été dit au point 3 et des dispositions citées au point 4 que, s'il est toujours loisible pour une partie à un contrat administratif de recourir, dans les conditions qui étaient prévues à l'article 127 du code des marchés publics, à un comité

consultatif de règlement amiable des différends en vue de contester le décompte général d'un contrat à la suite de sa résiliation pour faute, la compétence de ce comité ne s'étend toutefois pas aux litiges tendant exclusivement à la reprise des relations contractuelles, qui relèvent de la seule compétence du juge du contrat. Il suit de là qu'en se fondant sur ce motif pour juger que la saisine de ce comité n'était pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti au demandeur par les règles rappelées au point 3 pour introduire un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit.

6. En troisième lieu, si la société requérante soutient que la cour administrative d'appel a méconnu son droit au recours effectif en jugeant que le recours en reprise des relations contractuelles devait être introduit " dans les meilleurs délais ", laissant ce faisant dans l'indétermination le délai dans lequel le recours devait être introduit, il résulte des énonciations mêmes de l'arrêt de la cour qu'elles indiquent que le délai pour introduire un recours tendant à la reprise des relations contractuelles est de deux mois. Si la société soutient également que la cour a méconnu le cadre juridique applicable aux modalités alternatives de règlement amiable des litiges en privant d'effet suspensif l'exercice d'un mode alternatif que les pouvoirs publics cherchent par ailleurs à promouvoir, il résulte de ce qui a été dit aux points 3 et 4 que, dès lors que la partie à un contrat administratif souhaitant former un recours en reprise des relations contractuelles devant le juge du contrat est tenue d'y procéder, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation et qu'aucun principe ni aucun texte législatif ou réglementaire n'impose, préalablement à la saisine du juge du contrat, de porter le litige devant le comité consultatif de règlement amiable des litiges, la cour administrative d'appel n'a ni commis d'erreur de droit ni insuffisamment motivé son arrêt en statuant de la sorte.

7. Il résulte de ce qui précède que la société Agence d'architecture Frédéric Nicolas n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 10 juillet 2020, Société Exelcia

Les clauses d'un contrat organisant le règlement des différends entre les parties, souvent qualifiées de processuelles, sont-elles applicables malgré la nullité du contrat ? Telle est la question que présente à juger le pourvoi formé par la société Exelcia à l'encontre d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy qui y a apporté une réponse résolument négative dont la généralité, tant dans son principe que quant à son applicabilité aux stipulations du contrat litigieux, vous conduira à prendre des positions inédites dans votre jurisprudence.

UNE CONVENTION NULLE

Nous évoquerons rapidement les faits du litige : cédant aux promesses d'optimisation fiscale que la société Exelcia lui avait fait miroiter, l'hôpital de Bar-sur-Seine a conclu le 30 mai 2011 avec elle un contrat portant sur des prestations de services d'audit juridique en matière de taxe sur la valeur ajoutée et de taxe sur les salaires, complété le 3 décembre 2013 par un avenant afin de préciser les modalités de la rémunération de la société Exelcia. Si l'idée de cette dernière de solliciter l'assujettissement des EHPAD à la TVA a dans un premier temps permis à l'établissement public d'obtenir un dégrèvement d'un peu plus de 360 000 €, dont il a

reversé 40 % à la société Exelcia au titre de sa rémunération contractuelle, il n'a pas tardé à s'apercevoir que le régime fiscal ainsi revendiqué aurait un coût bien supérieur à ce gain et à y renoncer, ainsi qu'à ce dernier.

Il a alors saisi le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne de conclusions en contestation de la validité du contrat et tendant à ce que la société soit condamnée à lui reverser la somme d'un peu plus de 160 000 € qu'il lui avait payée. Le tribunal a rejeté cette requête comme manifestement irrecevable faute pour l'hôpital d'avoir préalablement suivi la procédure de médiation amiable prévue par l'article 13 de la convention. Saisie par l'hôpital et après avoir rendu un premier arrêt par défaut contre lequel la société Exelcia a fait opposition, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé le jugement au motif que la nullité de la convention s'étendait également aux stipulations prévoyant une procédure pré-contentieuse et, statuant par la voie de l'évocation, a condamné la société Exelcia, une fois déduit un montant de 15 000 € correspondant aux dépenses utiles engagées par cette dernière, à verser à l'hôpital une somme résiduelle de 145 352 €.

Les deux moyens du pourvoi de la société Exelcia ne portent pas sur l'affirmation de la nullité du contrat, que la cour a fondée sur le fait qu'il avait pour objet de confier à la société Exelcia des prestations de consultation juridique qu'elle n'était pas légalement qualifiée pour fournir ; ils critiquent unique ment, sous l'angle de l'erreur de droit, les motifs par lesquels elle a jugé que cette nullité entraînait nécessairement celle des deux stipulations processuelles qui, d'une part, imposaient une médiation amiable préalablement à tout recours contentieux, d'autre part attribuaient au tribunal administratif de Versailles compétence pour connaître de ce recours.

Si la cour n'a pas fait d'autre distinction que formelle entre ces deux stipulations quant à la portée de la nullité du contrat sur leur applicabilité, il convient, pour apprécier le bien fondé de cette position, comme le fait d'ailleurs le pourvoi, de les traiter séparément, car elles sont, tant par leur objet que par leurs effets, très différentes.

UNE CLAUSE DE RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS

Nous commencerons donc par la clause de règlement amiable des différends.

La question posée est celle de son autonomie ou de sa détachabilité par rapport aux autres stipulations, matérielles, du contrat. Vous n'y avez à notre connaissance jamais répondu et notamment pas par les décisions citées par la société requérante qui ont constaté la nullité intrinsèque de clauses de cette nature, telles que des clauses compromissaires dans un cas où la personne publique ne pouvait légalement recourir à l'arbitrage ou d'attribution de compétence au juge judiciaire. Les clauses de règlement amiable des différends sont très fréquentes dans les contrats administratifs et parfaitement licites, voire recommandées.

L'autonomie et donc l'application de ces clauses en cas de résiliation du contrat et même en cas de disparition rétroactive du contrat en raison d'une cause postérieure à son application ne pose pas de difficultés. Les parties, dont les volontés ont pu régulièrement faire naître des obligations réciproques, peuvent organiser la dissolution de ces obligations, y compris pour le passé. Les clauses types des marchés et concessions publics en comportent de nombreux exemples en cas de résiliation du contrat. En droit privé, l'article 1230 du code civil dispose que : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des

différents, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. » La résolution du contrat procédant, aux termes de l'article 1224 du code civil, soit d'une clause résolutoire, soit d'une inexécution suffisamment grave du contrat 3, ces dispositions ne concernent bien que les causes de disparition rétroactive du contrat survenant après sa conclusion.

La situation est différente lorsque la cause de la dissolution des relations contractuelles provient d'un vice inhérent à leur formation, présent dès l'origine, qui entraîne la nullité du contrat que le juge est seul compétent pour prononcer. Il peut sembler à la fois logique et cohérent d'étendre les effets de ce vice à l'ensemble des obligations, y compris processuelles, nées du contrat. Logique car ces procédures conventionnelles de règlement des différends sont conçues dans le cadre des obligations contractuelles qui constituent l'objet du contrat et qui sont entachées d'invalidité. Cohérent car l'annulation du contrat ne dépendant pas des parties, on ne voit pas ce que les parties pourraient régler à l'amiable.

DES CLAUSES DIVISIBLES ?

Malgré leur force, ces raisons ne nous paraissent pas absolument convaincantes. Même pour traiter des conséquences d'un vice entraînant sa nullité, envisager le contrat comme un ensemble indissociable d'obligations n'est pas toujours pertinent ni opportun. Ne faut-il pas distinguer le contrat comme instrument juridique des obligations qu'il fait naître, qui peuvent ne pas être toutes viciées ou l'être à des degrés différents ? L'illicéité de certaines clauses, telles que les clauses de tacite reconduction ou celles relatives à la durée du contrat, n'affecte ainsi pas le contrat dans son ensemble. S'agissant des clauses processuelles, l'exemple le plus connu est celui des clauses compromissaires, dont l'autonomie est consacrée tant en droit international privé que par la jurisprudence judiciaire et désormais par l'article 1447 du code de procédure civile (lequel prévoit dans son alinéa premier que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte » et qu'« elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci »).

Nous n'ignorons pas que leur régime juridique, y compris lorsqu'elles sont d'application purement interne, est empreint d'une culture juridique de droit international privé très particulière. Mais elles montrent qu'un même contrat peut faire naître des obligations juridiques soumises à des règles distinctes et que la seule circonstance qu'un contrat ait été conclu pour un objet illicite n'empêche pas que les parties aient pu valablement s'accorder pour soumettre à une juridiction privée le règlement des conséquences sur leurs droits et obligations de la nullité du contrat, la licéité de cette clause dépendant uniquement des règles régissant la capacité des parties à compromettre.

La clause organisant une procédure de règlement amiable des différends ne nous paraît pas, quant à son lien avec l'objet du contrat éventuellement entaché d'illicéité, appeler une solution différente. L'illicéité de l'objet du contrat fait obstacle à son exécution. Lorsqu'elle est constatée en cours d'exécution, les parties pourront avoir des droits à régler et nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à ce qu'elles s'accordent pour le faire, à condition de ne pas chercher par là à faire application du contrat illicite. Si elles peuvent transiger, elles doivent pouvoir aussi prévoir à l'avance, dans leur contrat, qu'elles essaieront de le faire en cas de nullité avant de saisir le juge.

Il est vrai que la nullité elle-même ne dépend pas d'elles et qu'il peut paraître inutile de discuter des conséquences d'une nullité qui n'est pas encore prononcée. Mais, sans que cette procédure de

règlement amiable puisse avoir pour effet de priver l'une des parties de son droit de saisir le juge pour contester la validité du contrat, il ne nous paraît pas inutile qu'elle impose à la partie qui a cette intention d'en discuter d'abord avec son cocontractant, ce qui leur permettra peut-être de trouver un accord sur la fin de leurs relations et sur ses conséquences sur leurs droits et obligations, sans saisir le juge. Certes le contrat illicite ne sera pas annulé. Mais il ne l'aurait pas davantage été si aucune des parties n'avait saisi le juge. Et le juge peut toujours être saisi en cas d'échec de la procédure de règlement amiable. Ni l'ordre public matériel, qui ferait seulement obstacle à une clause qui obligerait les parties à poursuivre l'exécution d'un contrat illicite, ni l'interdiction des libéralités, ni un ordre public processuel, ne nous paraissent donc conduire à étendre la nullité de l'objet du contrat à ces clauses processuelles.

Telle est aussi la position de la Cour de cassation, qui admet la validité de clauses de médiation ou de conciliation dont les parties ont prévu l'application y compris en cas de nullité du contrat 4.

L'autonomie des clauses processuelles au regard de la validité des clauses principales du contrat ne signifie pas que leur validité ne puisse être mise en cause pour des vices propres ; elle signifie simplement qu'elles ne sont pas nulles par voie de conséquence de la nullité des clauses principales. Ainsi, les clauses compromissaires peuvent être entachées d'illicéité si la personne publique n'a pas le droit de se soumettre à l'arbitrage. De même, certains vices relatifs aux conditions dans lesquelles une partie a donné son consentement, tel que l'incompétence non régularisée de la personne publique ou un vice du consentement, en tant qu'ils conduisent à remettre en cause l'existence même d'un accord de volonté sur toutes les clauses du contrat, rendront inapplicables les clauses de règlement précontentieux des différends.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que la cour a commis une erreur de droit en écartant l'application de la clause de règlement amiable du litige au seul motif que l'objet du contrat était illicite.

UNE CLAUSE DE COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Elle a écarté pour le même motif la clause attributive de compétence territoriale au profit du tribunal administratif de Versailles également contenue à l'article 13.

La question se pose en termes différents et la réponse qu'elle appelle nous semble plus simple.

Vous savez que, par exception au principe du caractère d'ordre public des règles relatives à la compétence des juridictions, y compris territoriales, l'article R. 312-11 du code de justice administrative donne aux parties au contrat la faculté, « si l'intérêt public ne s'y oppose pas, [...] soit dans le contrat primitif, soit dans un avenant antérieur à la naissance du litige, (de) convenir que leurs différends seront soumis à un tribunal administratif autre que celui qui serait compétent en vertu des dispositions de l'alinéa précédent ».

Ce dernier dispose qu'« En matière pré-contractuelle, contractuelle et quasi contractuelle le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le lieu prévu pour l'exécution du contrat. [...] »

La question de la portée de l'irrégularité du contrat sur de telles clauses se pose en des termes différents car, d'une part, la clause attributive d'une compétence juridictionnelle territoriale, à la différence d'une clause prévoyant une procédure pré-contentieuse, ne fait pas naître d'obligations, mêmes procédurales, à la charge des parties, de sorte qu'elle ne nous paraît même pas susceptible d'être affectée par les vices du contrat entachant les conditions

dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. De telles clauses ont un effet exclusivement pratique puisque, quel que soit le tribunal administratif territorialement compétent, il appliquera les mêmes règles de droit.

D'autre part, l'objet de cette clause est précisément de déterminer la juridiction qui pourra éventuellement être saisie d'une contestation de la validité du contrat. Sauf si la clause attributive de compétence précise les actions auxquelles elle s'applique, il nous semble qu'une telle clause doit avoir le même périmètre que la règle à laquelle elle déroge, à savoir l'ensemble des actions pré-contractuelles, contractuelles et quasi-contractuelles, toutes celles, en d'autres termes, qui peuvent naître de l'exécution du contrat ou à l'occasion de celui-ci. Elle couvre donc en principe les actions en contestation de la validité du contrat et en responsabilité consécutive à l'annulation du contrat, qui sont respectivement des actions contractuelles et quasi contractuelles. La nullité du contrat, qui déclenche une action quasi-contractuelle, n'affecte donc pas cette clause, contrairement à ce qu'a jugé la cour.

Il nous paraîtrait enfin particulièrement inopportun de faire dépendre la compétence territoriale du tribunal administratif de la question de la validité du contrat dont il aura précisément à connaître. Comme nous l'avons dit et ainsi que cela ressort de la souplesse des règles relatives à la compétence territoriale (interdiction des jugements d'incompétence territoriale ; transmission de tribunal à tribunal ; etc.), les enjeux de la question de la compétence territoriale sont minces et elle doit pouvoir être réglée rapidement et facilement, lors du tri des requêtes dès leur enregistrement au tribunal.

Si la cour nous semble avoir commis des erreurs de droit en écartant pour ces motifs l'application de ces clauses, nous pensons qu'elles n'étaient effectivement pas applicables, mais pour un autre motif tiré du champ d'application de ces clauses, que vous pourriez, comme vous le suggère l'établissement hospitalier en défense, substituer à ceux de l'arrêt attaqué, car il ressort des constatations des juges du fond.

L'article 13 du contrat stipule en effet que ce sont « les contestations relatives à l'interprétation ou à l'exécution de la convention » qui doivent donner lieu à un règlement amiable du litige avant toute saisine de la juridiction, qui est alors celle du tribunal administratif de Versailles. Ces deux clauses processuelles ne concernent ainsi que les actions relatives à l'exécution de la convention, les différends relatifs à son interprétation étant nécessairement liés à son exécution. Elles ne s'appliquent donc pas aux actions en nullité ou contestation de la validité du contrat ni aux actions quasi-contractuelles subséquentes. L'interprétation stricte qu'il convient d'avoir de la portée de clauses conventionnelles conduit à ne pas leur donner un champ d'application plus large que leur lettre. C'est d'ailleurs ce que fait la Cour de cassation, dans un sens, comme dans l'autre . Et par ces motifs, nous concluons :

— au rejet du pourvoi ;

— à ce que vous mettiez à la charge de la société Exelcia le versement à l'hôpital de Bar-sur-Seine d'une somme de 3 000 € au titre des frais exposés.

Référence 6 : CE, 10 juillet 2020, Société Exelcia, n° 433643

Vu la procédure suivante :

L'hôpital de Bar-sur-Seine a demandé au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne l'annulation de la convention conclue le 3 mai 2011 avec la société Exelcia portant sur des prestations de services d'audit juridique en matière de TVA et taxes sur les salaires, ainsi que celle de son avenant du 3 décembre 2013, et de

condamner la société Exelcia à lui rembourser la somme de 160 352 euros. Par un jugement n° 1500503 du 28 février 2017, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 17NC00883 du 4 décembre 2018, la cour administrative d'appel de Nancy a, sur appel de l'hôpital de Bar-sur-Seine, annulé ce jugement et condamné la société Exelcia à verser à l'hôpital de Bar-sur-Seine une somme de 145 352 euros.

Par un arrêt n° 19NC00350 du 18 juin 2019, la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'opposition formée par la société Exelcia contre cet arrêt.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 16 août et 18 novembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Exelcia demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt du 18 juin 2019 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son opposition ;

3°) de mettre à la charge de l'hôpital de Bar-sur-Seine la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. L'hôpital de Bar-sur-Seine a conclu le 30 mai 2011 avec la société Exelcia une convention portant sur des prestations de services d'audit juridique en matière de taxe sur la valeur ajoutée et de taxe sur les salaires. Un avenant a été signé le 3 décembre 2013 afin de préciser les modalités de la rémunération de la société Exelcia. L'hôpital de Bar-sur-Seine a demandé au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne de prononcer l'annulation de la convention du 30 mai 2011 et de l'avenant du 3 décembre 2013 et de condamner la société Exelcia à lui rembourser la somme de 160 352 euros avec intérêts de droit en réparation des préjudices subis. Par un jugement du 28 février 2017, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté cette demande comme manifestement irrecevable, par application des dispositions de l'article R. 351-4 du code de justice administrative, faute pour l'hôpital d'avoir recherché, conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention, un accord amiable préalablement à son action contentieuse. Par un arrêt du 4 décembre 2018, la cour administrative d'appel de Nancy a, sur appel de l'hôpital de Bar-sur-Seine, annulé ce jugement et, statuant par la voie de l'évocation, prononcé l'annulation de la convention et condamné la société Exelcia à verser à l'hôpital une somme de 145 352 euros. Par l'arrêt attaqué du 18 juin 2019, la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'opposition ultérieurement formée par la société Exelcia contre l'arrêt du 4 décembre 2018.

2. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte

excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

3. La circonstance qu'un contrat soit entaché d'une irrégularité qui puisse conduire le juge à en prononcer l'annulation n'est pas de nature à rendre inapplicables les clauses de ce contrat qui sont relatives au mode de règlement des différends entre les parties, notamment celles qui organisent une procédure de règlement amiable préalable à toute action contentieuse. Il s'ensuit que les stipulations de telles clauses doivent être observées pour toutes les actions qui entrent dans le champ de leurs prévisions, sans qu'y échappent par principe les actions tendant à ce que le juge prononce l'annulation du contrat, quand bien même le juge serait effectivement conduit à y faire droit et prononcerait une telle annulation.

4. En l'espèce, par des motifs non contestés de l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel a retenu que le contrat en litige devait être " regardé comme nul " en raison de son contenu qu'elle a jugé illicite. La cour en a déduit que les stipulations de l'article 13 de la convention, relatives au mode de règlement des litiges, étaient en conséquence inapplicables. En statuant ainsi, elle a commis une erreur de droit.

5. Toutefois, la cour administrative d'appel a souverainement relevé que les stipulations de l'article 13 de la convention contestée, qui organisent une procédure de règlement amiable des différends entre les parties avant toute saisine du juge administratif et déterminent le tribunal administratif compétent en premier ressort, concernent les litiges nés de l'exécution de la convention. Il en résulte qu'elles ne sont en l'espèce, eu égard à leur portée ainsi interprétée, pas applicables dans le cas d'une action contestant la validité de la convention et tendant à son annulation. Ce motif, qui n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait supplémentaire, doit être substitué au motif erroné retenu par la cour dans l'arrêt attaqué, dont il justifie le dispositif.

6. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Exelcia doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 7 : Conclusions du rapporteur public sur CE 20 juillet 2021, Sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA

1. Rappelons les faits de ce litige.

En 2004, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a attribué au groupement momentané d'entreprises solidaires STS le marché de partenariat de construction clé en main d'un terminal méthanier à Fos-sur-Mer, pour un montant de 362,5 millions d'euros. GDF est devenue société anonyme avec la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz. En 2005, le contrat a été cédé, avec effet rétroactif, à une filiale de GDF, la société du terminal méthanier de Fos-Cavaou devenue Fosmax LNG.

Parallèlement, la composition du groupement d'entreprises cocontractant a évolué avec notamment l'entrée de la société italienne Tecnimont SpA. A la suite de différents incidents techniques, il est apparu qu'en 2010, le chantier n'était toujours pas achevé. Fosmax a demandé aux entreprises cocontractantes un planning de travaux puis les a mises en demeure d'achever le

chantier. Fosmax a également avisé le groupement de sa décision de mettre certains travaux restants en régie.

Le groupement STS a adressé à Fosmax une réclamation indemnitaire, à laquelle il a été répondu par une demande de même nature. Une clause compromissoire a été ajoutée par un avenant du 11 juillet 2011, prévoyant que tout différend relatif au contrat serait tranché suivant le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Après l'échec d'une médiation, Fosmax a saisi la cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale afin que STS soit condamné à l'indemniser des retards et des coûts liés aux incidents de chantier et à la mise en régie. Une demande reconventionnelle a été formée par STS.

Par sentence du 13 février 2015, le tribunal arbitral a qualifié la convention de contrat d'entreprise de droit privé, condamné STS à verser à Fosmax 68 millions d'euros au titre des pénalités de retard et des coûts liés aux désordres, malfaçons et incidents et condamné Fosmax à payer à STS la somme de 128 millions d'euros.

Saisi par Fosmax, vous avez renvoyé l'affaire au Tribunal des conflits qui, par une décision du 11 avril 2016, a jugé que le litige relevait de la compétence du juge administratif. Enfin, par votre décision d'Assemblée précitée, vous avez annulé la sentence arbitrale en tant qu'elle rejetait la demande de Fosmax tendant à la condamnation de STS à lui payer la somme de 36,4 millions d'euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés.

Les parties se sont retournées vers le tribunal arbitral qui, par une seconde sentence du 24 juin 2020, a condamné STS à payer à Fosmax LNG la somme de 32 millions d'euros au titre de l'intégralité des travaux réalisés en régie, avec intérêts, et rejeté les demandes reconventionnelles de STS.

Les sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA vous demandent aujourd'hui d'annuler cette seconde sentence et de faire droit à leur demande devant le tribunal arbitral.

2. Sans en détailler tous les éléments, nous résumerons le cadre du régime juridique défini par votre décision d'Assemblée autour de trois points principaux.

Premièrement, s'agissant de la compétence de la juridiction administrative, vous avez jugé que le recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, ressortit à la compétence de la juridiction administrative lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique.

Vous avez ensuite précisé que tel était le cas y compris s'agissant de sentences rendues, sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international. Vous avez relevé, pour statuer en ce sens, que le renvoi que cet article comporte aux dispositions du livre IV du code de procédure civile ne saurait s'entendre, s'agissant de

dispositions réglementaires, comme emportant dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les ordres de juridiction en ce qui concerne les voies de recours contre une sentence arbitrale.

Deuxièmement, pour paraphraser les auteurs de la chronique sur cette décision à l'AJDA, ce recours est un « appel sui generis ». La qualification d'appel résulte d'une part de l'article L. 321-2 du code de justice administrative, aux termes duquel « Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives. ». D'autre part, votre jurisprudence avait déjà qualifié d'appels les quelques rares recours du même type dont elle avait eu à connaître.

Pour autant, et pour les raisons explicitées par Gilles Pellissier dans ses conclusions, ce recours est tout sauf un appel au sens classique, ne serait-ce que parce qu'il « porterait atteinte au principe même de l'arbitrage » en conduisant le juge étatique à se saisir de l'entier litige et, ce faisant, à empiéter sur la plénitude de compétence reconnue à la juridiction arbitrale, ainsi qu'à son autonomie. La référence à l'article L. 321-2 visait plus à fonder votre compétence en premier et dernier ressort qu'à appliquer le régime de l'appel.

A défaut de précision en ce sens de votre décision d'Assemblée, les règles générales de recevabilité nous semblent, en conséquence, devoir s'appliquer (délai de deux mois, ministère d'avocat obligatoire, obligation de présentation par un avocat aux conseils, conditions de forme et d'intérêt pour agir). Et elles ne posent pas de difficulté en l'espèce.

Troisièmement, cette spécificité s'accompagne de la nécessité que soit exercé un contrôle très distancé, avec un contour précis et restrictif des moyens pouvant utilement être soulevés.

Après avoir souligné que le Conseil d'État devait, le cas échéant d'office, s'assurer de la licéité de la convention d'arbitrage, vous avez indiqué que seuls certains moyens pouvaient être utilement soulevés devant lui. Nous y reviendrons plus en détail, mais il s'agit des moyens tirés d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public.

La circonstance que vous soyez saisi d'une seconde sentence arbitrale dans un même litige ne nous paraît pas impliquer un autre type de contrôle. Nul parallèle ne nous semble notamment devoir être fait avec une seconde cassation qui implique que vous jugiez l'affaire au fond si vous annulez de nouveau un arrêt après renvoi. Ici, une nouvelle sentence est intervenue et vous en êtes saisis de nouveau, comme de la première, sans modification de l'office qui est le vôtre.

3. Venons-en à l'analyse des moyens, à commencer par celui qui porte sur la régularité de la procédure.

En l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du

caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence (décision d'Assemblée précitée).

Il est reproché ici au tribunal de ne pas avoir répondu au moyen tiré de ce que les inexécutions reprochées aux sociétés requérantes par la société Fosmax lui étaient imputables. L'absence de motivation de la sentence est bien l'une des irrégularités pouvant être utilement soulevée. Elle n'est toutefois pas assimilable à l'insuffisance de motivation que vous contrôlez classiquement, pour au moins deux raisons.

La première est que l'auteur de la décision contrôlée n'est pas une juridiction administrative. La motivation de sa sentence n'a pas pour vocation d'assurer sa publicité et son caractère explicatif à l'égard du public puisqu'elle n'est pas rendue « au nom du peuple français » et ne s'adresse qu'aux parties au litige.

La seconde est que dans le périmètre du contrôle défini par votre décision d'Assemblée, vous indiquez que la sentence ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si, s'agissant de la motivation, le tribunal arbitral « n'a pas motivé sa sentence ». C'est bien une absence de motivation et non une insuffisance de motivation qui doit, le cas échéant, être sanctionnée. En l'espèce, le moyen porte sur le caractère suffisant de la motivation, ce qui nous conduit à le regarder comme inopérant. Il est, en tout état de cause, infondé car il porte sur des arguments et non des moyens auxquels il n'aurait pas été répondu, ce qui vous conduirait, même avec votre regard plus habituel, à l'écarter.

4. Nous pouvons en venir aux moyens relatifs au contrôle sur le fond.

La seule boussole de ce contrôle résultant de la décision d'Assemblée consiste à s'assurer que la sentence n'est pas contraire à l'ordre public. Et cette notion est ici entendue de façon spécifique : une sentence est contraire à l'ordre public dans trois grandes hypothèses :

- La première fait écho aux critères de votre jurisprudence Béziers I : la sentence 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,
- La deuxième renvoie aux règles impératives de l'ordre public français (termes de la décision INSERM du Tribunal des conflits), en évoquant la sentence qui 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,
- La troisième concerne la méconnaissance des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

Si vous n'avez pas accompagné ces trois items d'un « si et seulement si », qui leur aurait donné un caractère exhaustif, vous avez tout de même entendu préciser ainsi ce que recouvrait une acception stricte de l'ordre public, qui ne se confond pas avec les moyens d'ordre public dans le contentieux administratif classique. La décision d'Assemblée a donné trois illustrations de « cet » ordre public « au sens de » ce qui doit être contrôlé en matière de sentence arbitrale :

- première illustration : la question de l'ordre juridictionnel compétent n'est pas, à elle seule ou par elle-même, de nature à annuler la sentence. Ainsi, dans le cas où l'arbitre a estimé à tort que le contrat litigieux était un contrat de droit privé alors qu'il était administratif, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat

ne saurait être encourue – avez-vous jugé - que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs ;

- à l'inverse, la règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ;

- en revanche, les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public.

En l'espèce, trois moyens sont soulevés.

Le premier, présenté comme un moyen de régularité, est en réalité un moyen de fond. La méconnaissance de l'autorité de la chose jugée relève, en droit interne, de l'erreur de droit (22 juillet 1953, *Ministre des pensions c/P...*, aux Tables, p. 733) et elle n'a pas été citée comme relevant du contrôle de régularité au sens de votre décision d'Assemblée Fosmax.

Les sociétés requérantes soutiennent que le tribunal arbitral a méconnu l'autorité de la chose jugée par une précédente sentence rendue dans un même litige. L'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public au sens habituel, en droit interne, sauf lorsqu'elle est absolue et non relative et s'agissant de certaines décisions seulement. Elle est encore moins d'ordre public – si vous nous permettez cette gradation – au sens de votre décision d'Assemblée. D'abord, parce qu'elle ne relève pas de la définition stricte que vous avez retenue. Ensuite, parce que même en appliquant le prisme de votre jurisprudence habituelle, il ne peut s'agir en l'espèce que d'une autorité relative, s'agissant de la décision d'une juridiction dont la compétence et l'office procèdent exclusivement de la volonté des parties à la clause d'arbitrage. Le moyen est donc inopérant.

Et il est, au surplus, infondé : le tribunal arbitral n'était pas lié, contrairement à ce qui est soutenu, par les constatations factuelles de la première sentence relevant notamment l'existence de fautes contractuelles de la part de Fosmax. Il était, après votre décision et la nouvelle demande, saisi des demandes relatives à la mise en régie et pouvait examiner l'ensemble des éléments en présence. La décision n'est devenue définitive qu'en tant qu'elle concerne les demandes autres que la mise en régie, autrement dit les éléments de la première sentence non annulés par le Conseil d'État.

S'agissant de l'argumentation soulevée plus précisément quant à la date fixant le point de départ des intérêts, elle ne concerne pas l'autorité de la chose jugée et n'est pas d'ordre public. Et elle est, là aussi, au demeurant, infondée : du fait de votre annulation, la partie censurée de la première sentence arbitrale est réputée n'être jamais intervenue et il n'y avait donc pas lieu de neutraliser la période courant de la date de la première sentence à votre décision, pendant laquelle les conclusions tendant au paiement des travaux étaient temporairement rejetées.

Par un deuxième moyen, il est soutenu que le tribunal aurait méconnu le champ d'application de la loi en faisant application des règles relatives à la mise en régie alors que les conditions n'en étaient pas remplies. Mais d'une part, si la méconnaissance du champ d'application de la loi est une règle d'ordre public en ce que le juge doit, en droit interne, la soulever d'office, ce n'est pas une règle d'ordre public au sens de la décision Fosmax. Et en l'espèce, la critique ne porte que sur les conditions de la mise en régie, qui ne relèveraient même pas en droit interne de la

méconnaissance du champ d'application de la loi, mais d'une appréciation sur la réunion des conditions factuelles la permettant ou non.

Par un dernier moyen, le tribunal arbitral aurait, selon les requérantes, statué en méconnaissance de la jurisprudence Mergui8 - selon laquelle, comme vous le savez, une personne publique ne saurait, en application d'une règle d'ordre public, être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Les sociétés requérantes estiment que cette jurisprudence a été étendue aux personnes privées ou devrait l'être, en tout état de cause, empruntant ainsi une idée défendue par certains grands auteurs.

Votre décision de Section Société Entreprise Renaudin (17 mars 1978, n° 95331, au Recueil) effectue, il est vrai, un rapprochement avec la décision Mergui. Toutefois, sa portée ne nous paraît pas exactement similaire. Vous y avez jugé que les moyens tirés de ce que des conclusions formées contre une personne privée sont mal dirigées sont d'ordre public, ce qui ne revient pas tout à fait à une extension de la jurisprudence Mergui aux personnes privées. Le commissaire du gouvernement Galabert se montrait, dans ses conclusions, quelque peu critique à l'égard de ce qu'il appelait le « génie inégalitaire du droit administratif » en invitant à le dépasser par « souci d'équité », avec l'idée que le juge ne peut condamner une personne dont il sait pertinemment qu'elle ne devrait pas l'être.

Les jurisprudences Mergui et Renaudin ne sont guère appliquées. Elles font écho à l'office du juge de la responsabilité et à l'impossibilité de condamner une personne à une somme qui n'est pas due. En ce sens, la même justification s'entend pour les personnes privées, quand bien même n'est pas en jeu, en ce qui les concerne, la protection des deniers publics. Mais la jurisprudence Mergui, à supposer qu'elle soit pleinement étendue aux personnes privées, ne signifie pas que tout moyen relatif à la détermination d'une créance est d'ordre public : seule une condamnation dépourvue de tout lien avec le fait générateur doit être relevé d'office. Il ne s'agit pas d'un contrôle d'office par le juge de la précision du montant des condamnations.

En tout état de cause, si nous pensons, sans beaucoup de doute, que la jurisprudence Mergui relative aux personnes publiques trouve application au sein de la notion d'ordre public au sens de la décision Fosmax, tel ne nous semble pas devoir être le cas s'agissant des personnes privées. En effet, la décision Fosmax renvoie à l'ordre public en l'illustrant, comme nous l'avons dit, par le cas de la sentence qui méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités.

Cette conception stricte de l'ordre public - « au sens de » - ne conduit pas, nous semble-t-il, à une approche identique pour les personnes privées. Nous pensons donc que ce moyen est également inopérant. Tous les moyens doivent donc être écartés.

5. Il nous reste à examiner les conclusions à fin d'exequatur. Par la même décision d'Assemblée, vous avez jugé que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public. Vous en avez déduit qu'un contrôle analogue à celui que vous avez défini pour la sentence elle-même devait être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence. Malgré l'invitation en ce sens de votre rapporteur public, vous n'avez, en revanche, pas précisé si le rejet du recours contre une sentence arbitrale valait exequatur.

Avec votre décision Syndicat mixte des aéroports de Charente (CE, 19 avril 2013, n° 352750, au Recueil), vous avez jugé que s'agissant d'un contrat administratif, le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tendant à l'exequatur de la sentence. Et vous avez précisé qu'une telle demande relève en premier ressort du tribunal administratif en application de l'article L. 311-1 du code de justice administrative. Toutefois, lorsque la sentence a été contestée et que le recours est rejeté, le contrôle auquel pourrait donner lieu la demande d'exequatur par le tribunal administratif a déjà été effectué, puisque vous avez retenu la nécessité d'un contrôle analogue. Le rejet, par le Conseil d'État, implique donc nécessairement que rien ne fait obstacle à l'exécution de la sentence sur le territoire français.

Obliger la partie gagnante à saisir le tribunal administratif ne présente donc aucun intérêt puisque celui-ci ne procéderait pas à un autre contrôle que celui déjà réalisé par le Conseil d'État. C'est d'ailleurs le sens du deuxième alinéa de l'article 1527 du code de procédure civile, qui prévoit que « Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour. ».

Votre décision sera aujourd'hui l'occasion de trancher ce point expressément. Nous vous proposons de juger que le rejet par le Conseil d'État d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international confère l'exequatur à cette sentence, autrement dit sans qu'il soit besoin de saisir le tribunal administratif.

Ceci étant dit, la manière de statuer à votre niveau sur les conclusions à fin d'exequatur pose une question inédite. Les hypothèses d'exequatur rencontrées dans votre jurisprudence sont bien distinctes car elles concernent des juridictions étatiques étrangères, alors que vous êtes ici en présence d'une sentence, certes rendue en France, mais par une instance arbitrale.

Si vous nous suivez pour rejeter la demande des sociétés requérantes tendant à l'annulation de la sentence, nous vous proposons de constater que les conclusions à fin d'exequatur sont devenues sans objet.

Mais vous pourriez préférer y faire droit de façon expresse, pour assurer le caractère exécutoire de la sentence, au regard du caractère particulier que revêt une sentence arbitrale qui n'est pas exécutoire par elle-même.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet de la requête des sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin d'exequatur présentées par la société Fosmax LNG
- à ce que les sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA versent chacune à la société Fosmax LNG une somme globale de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 8 : CE, 20 juillet 2021, Sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA, n° 443342

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 août et 24 novembre 2020

et 26 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, les sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA demandent au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler la sentence arbitrale (n° 22883/GR) rendue à Paris le 24 juin 2020 par le tribunal arbitral composé sous l'égide de la Chambre de commerce internationale qui a condamné solidairement les sociétés Tecnimont SpA, TCM FR SA et Saipem à payer à la société Fosmax A... la somme de 31 966 704,57 euros, avec intérêts moratoires capitalisés, au titre des travaux réalisés en régie et rejeté le surplus des conclusions des parties ;
- 2°) de faire droit à leurs conclusions devant ce tribunal arbitral ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Fosmax A... la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- la convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment son article V ;
- le code civil ;
- le code de l'énergie ;
- le code de procédure civile ;
- la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 ;
- la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 ;
- la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 93-990 du 3 août 1993 ;
- le décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 ;
- le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

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

société Fosmax A... a saisi le Conseil d'État d'un recours tendant à l'annulation de la sentence arbitrale. Par décision du 3 décembre 2015, le Conseil d'État, statuant au contentieux a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015. Celui-ci, par une décision du 11 avril 2016, a jugé que le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale ressortissait à la compétence de la juridiction administrative. Par décision du 9 novembre 2016, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé la sentence du 13 février 2015 en tant qu'elle avait rejeté la demande de la société Fosmax A... tendant au paiement par le groupement STS de la somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement et rejeté le surplus des conclusions des parties.

2. Le 14 juin 2017, la société Fosmax A... a saisi le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale d'une nouvelle demande tendant à ce que les membres du groupement STS soient solidairement condamnés à l'indemniser de l'intégralité du coût des travaux réalisés en régie, ainsi que du coût de remplacement des vannes KSB. Le groupement STS a formé des conclusions reconventionnelles tendant à ce que Fosmax A... l'indemnise au titre de ses pertes de marges pour les travaux d'achèvement et supplémentaires et de son préjudice moral. Aux termes d'une sentence rendue le 24 juin 2020, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a condamné les sociétés membres du groupe STS à verser à la société Fosmax A... la somme de 31 966 704,57 euros au titre des travaux réalisés en régie et rejeté le surplus des conclusions des parties. Les sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA, membres du groupement STS, demandent l'annulation de cette sentence.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

3. Lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient au Conseil d'État de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis. Ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public. S'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence. S'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

4. En premier lieu, le tribunal arbitral a motivé la sentence attaquée et s'est, en particulier, contrairement à ce qui est soutenu, prononcé sur l'imputabilité des inexécutions ayant entraîné la mise en régie. Les sociétés requérantes ne peuvent utilement soutenir, à l'appui de leur recours devant le Conseil d'État, que le tribunal arbitral n'aurait pas suffisamment répondu au moyen tiré de ce que les inexécutions qui leur étaient reprochées par la société Fosmax A... étaient imputables à cette dernière.

5. En deuxième lieu, les requérantes ne peuvent utilement soutenir devant le Conseil d'Etat que le tribunal arbitral, en s'estimant libre de faire toutes constatations de fait et de droit relativement aux questions en débat devant lui, tenant à la validité et au contenu des travaux effectués en régie, et en condamnant le groupement STS à payer des intérêts moratoires à compter du quarante-cinquième jour suivant l'émission des factures acceptées, aurait méconnu la chose jugée par la sentence arbitrale précédemment rendue, le 13 février 2015, dans le cadre du même litige. En statuant ainsi sur la demande qui lui était soumise, le tribunal arbitral ne s'est pas, à tort, reconnu compétent.

6. En troisième lieu, si les sociétés requérantes soutiennent que le tribunal arbitral aurait fait application des règles relatives à la mise en régie alors que les conditions n'en étaient pas réunies et statué en violation d'un principe selon lequel une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, de tels moyens ne caractérisent, en tout état de cause, aucune contrariété à l'ordre public susceptible de justifier l'annulation, par le Conseil d'État, de la sentence attaquée. Ils ne peuvent, par suite, qu'être écartés comme inopérants.

7. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA ne sont pas fondées à demander l'annulation de la sentence qu'elles attaquent.

Sur les conclusions à fin d'exequatur :

8. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 311-1 du code de justice administrative, le rejet par le Conseil d'État d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international confère l'exequatur à cette sentence.

9. Par suite, le rejet, par la présente décision, de la demande des sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA tendant à l'annulation de la sentence arbitrale du 24 juin 2020 a pour effet de conférer l'exequatur à cette sentence.