

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

**BIBLIOGRAPHIE**

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

**RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** CAA de Marseille 28 janvier 2019, Métropole d'Aix-Marseille, n°17MA03525
- Référence 2 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 18 mars 2019, M. Avrillier ;
- Référence 3 :** CE, 18 mars 2019, M. Avrillier, n°403465 ;
- Référence 4 :** CE, 13 juillet 2020, M. Avrillier n°435869 et 435870
- 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 a jugé que le refus implicite opposait par le chef du gouvernement de Nouvelle Calédonie constituait une violation fautive des droits résultant de l'autorisation du 27 octobre 2016. Il a condamné la Nouvelle Calédonie à réparer les préjudices subis par la société.

### Questions

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

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

**Référence 1 :** CAA de Marseille 28 janvier 2019, Métropole d'Aix-Marseille, n° 17MA03525

Vu la procédure suivante :

*Procédure contentieuse antérieure :*

La communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance dite « Agglopolo Provence », aux droits de laquelle est venue la métropole Aix-Marseille-Provence, a demandé au tribunal administratif de Marseille, à titre principal, de prononcer la rescision de la convention transactionnelle conclue avec la société Somedis le 14 décembre 2016, par laquelle elle s'est engagée à verser à cette société la somme de 14 839 000 euros et, à titre subsidiaire, de condamner la société Somedis, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, à lui verser la même somme, augmentée des intérêts au taux légal, ainsi qu'une somme de 10 000 euros en réparation de son préjudice résultant de la nullité de l'article 2 du protocole.

Par un jugement n° 1402364 du 6 juin 2017, le tribunal administratif de Marseille a rejeté la demande.

*Procédure devant la Cour :*

Par une requête enregistrée le 7 août 2017, la métropole Aix-Marseille-Provence, représentée par Me Sindres, demande à la Cour :

- 1°) de surseoir à statuer dans l'attente de la décision pénale à intervenir ;
- 2°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Marseille ;
- 3°) de prononcer la rescision pour dol de la convention transactionnelle en date du 14 décembre 2006.

Elle soutient que :

- les premiers juges ont entaché leur jugement d'erreur de droit dès lors que le recours n'avait pas pour objet d'obtenir la déclaration d'inexistence de la délibération du 12 décembre 2006 approuvant les termes de la transaction du 14 décembre 2006 ;
- l'objet de sa demande est de faire reconnaître par le Tribunal l'intervention de tiers, de démontrer l'implication d'organes ou de représentants de la société Somedis dans ces manœuvres et d'obtenir la rescision de la transaction contestée ;
- le conseil de l'agglopolo l'a abusée en engageant cet établissement public de coopération intercommunale dans la voie d'une transaction.

Par un mémoire enregistré le 14 février 2018, la société Somedis, représentée par le cabinet d'avocats Frêche et associés, conclut :

- 1°) à ce que la Cour sursoie à statuer dans l'attente de la décision à intervenir du tribunal correctionnel de Marseille dans le cadre de l'instance n° 509/0008 ;
- 2°) au rejet de la requête ;
- 3°) à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la métropole Aix-Marseille-Provence au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le juge peut surseoir à statuer dans le cadre d'une bonne administration de la justice dès lors que l'argumentation de la

métropole Aix-Marseille-Provence repose sur l'instruction pénale en cours ;

- la requérante ne rapporte pas la preuve de manœuvres dolosives qui lui seraient imputables ;
- l'unique moyen invoqué, tiré du dol, est irrecevable et inopérant ;
- elle n'a pas participé aux soi-disant manœuvres prêtées à l'avocat de l'agglopolo ;
- elle s'est bornée, en toute transparence, à conclure la transaction en cause ;
- l'exception de nullité de la clause de la convention par laquelle la société s'est engagée à lui verser la somme de 14 839 000 euros doit être écartée ;
- les conclusions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle doivent être rejetées dès lors qu'elles soulèvent un litige distinct de l'action en rescision initialement formée, n'ont pas été reprises en appel, sont prescrites et mal fondées ;
- la requête d'appel n'est pas suffisamment motivée ;
- la demande de rescision de la transaction est prescrite et est mal fondée ;
- elle n'a commis aucune faute, et aucun lien de causalité avec un préjudice subi par la requérante n'est établi.

Par une ordonnance du 30 janvier 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 2 mars 2018.

Vu :

- le code civil ;
- le code de justice administrative.

Considérant ce qui suit :

1. Le syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères de la Basse Vallée de l'Arc a, par convention du 9 février 1999, confié pour une durée de dix-huit ans l'exploitation du service public d'enfouissement et de stockage des ordures ménagères sur le site de la Vautubière à la société Somedis, devenue filiale de la société Véolia. La communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance dite Agglopolo Provence a, lors de sa création en 2002, repris les compétences du syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères de la Basse Vallée de l'Arc et décidé, pour assurer le traitement et le stockage des déchets ménagers collectés sur le territoire communautaire, de conclure une nouvelle convention et de mettre ainsi un terme au contrat de délégation de service public conclu le 9 février 1999. Par une délibération du 25 mai 2004, le conseil communautaire a ainsi approuvé la résiliation de ce contrat pour motif d'intérêt général. Pour mettre un terme au contentieux introduit par la société Somedis aux fins d'obtenir l'annulation de cette délibération, l'Agglopolo Provence a passé avec elle, le 14 décembre 2006, une transaction stipulant, en son article 2, le paiement d'une somme globale de 14 839 000 euros au titre du remboursement conventionnel des investissements non amortis, à hauteur de 5 839 000 euros, et de la réparation du préjudice résultant de la résiliation, à hauteur de 9 000 000 euros. La communauté d'agglomération Agglopolo Provence, aux droits de laquelle vient désormais la métropole Aix-Marseille-Provence, relève appel du jugement, en date du 6 juin 2017, par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté ses demandes tendant, à titre principal, au constat de la nullité et à la rescision de cet accord transactionnel ou, à titre subsidiaire, à la condamnation de la société Somedis à lui verser, sur le fondement quasi-délictuel, une somme de 14 839 000 euros assortie des intérêts au taux

légal, ainsi qu'une indemnité de 10 000 euros en réparation des préjudices résultant de la nullité de l'article 2 du protocole.

2. Aux termes de l'article 2044 du code civil dans sa rédaction applicable au litige : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Aux termes de l'article 2052 du même code : « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ». Selon l'article 2053, alors en vigueur, du même code : « *Néanmoins, une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence* ». Aux termes de l'article 1116 du code civil : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

3. L'article 2 de la transaction en litige, conclue au visa de l'article 2044 du code civil, est ainsi libellé : « Conformément aux principes dégagés par la jurisprudence administrative, l'indemnité de résiliation pour motif d'intérêt général tient compte des investissements et dépenses effectivement réalisés et non amortis pour l'exécution du contrat et de la perte du bénéfice que le cocontractant de l'administration pouvait raisonnablement escompter réaliser jusqu'au terme du contrat. / Compte tenu de leur volonté de rechercher un accord global, les parties sont convenues ainsi de procéder chacune à des concessions réciproques significatives dans la mesure où : - d'une part, la société renonce à l'indemnisation d'une part très importante de la perte du bénéfice escompté jusqu'à l'achèvement du contrat ; / - d'autre part, l'Agglopolo obtient à la suite de contestations qu'elle a émises une diminution très substantielle de l'indemnité due à la société et l'abandon de la contestation par la société de la procédure d'attribution du nouveau contrat ; / De ce fait, les parties ont décidé de mettre fin aux litiges et de fixer à la somme de 15 000 000 euros HT ramenée à la somme de 14 839 000 euros HT le montant global et forfaitaire de l'indemnité due par l'Agglopolo à la société dont la décomposition est la suivante : - la somme de 5 839 000 euros HT au titre du remboursement conventionnel des investissements non amortis / - la somme de 9 161 000 euros HT ramenée à la somme de 9 000 000 euros HT en réparation du préjudice subi du fait de la résiliation du contrat du 9 février 1999 conformément aux principes dégagés par la jurisprudence administrative. / En outre, la société Somedis agissant au nom et pour le compte de GRS Valtech, filiale également du groupe Véolia propriété, cède à l'Agglopolo à titre gratuit les matériels de production immobilisés sur le site et ainsi identifiés « unité STA BG 700 + compresseur d'air - BGVAP 4 000 T-AN ». Aux termes de l'article 7 de la convention en cause : « Compte tenu des frais engagés par l'Agglopolo dans le cadre des litiges relatifs aux conditions de résiliation du contrat et à la conclusion du présent protocole, y compris les frais d'expertise, l'Agglopolo demande à la société Somedis qu'elle accepte la prise en charge directe desdits frais dans un plafond maximum de 65 000 euros sur justificatifs dûment établis. ».

4. Si la métropole Aix-Marseille-Provence entend invoquer la nullité de la transaction précitée, la société Somedis oppose à cette prétention l'exception de prescription en se fondant sur le premier alinéa de l'article 1304 du code civil, selon lequel « *dans tous les cas où cette action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps, cette action dure*

*vingt ans* », et en faisant valoir que la métropole n'est désormais plus en mesure d'invoquer le dol ou la lésion dont la conclusion de cet accord serait entachée.

5. Il résulte de l'examen de ladite transaction, conclue le 14 décembre 2006, qu'elle ne comporte aucune disposition relative à un délai d'action en nullité autre que celui prévu par l'article précité du code civil. Par suite, l'action en nullité en litige était prescrite en principe à compter du 15 décembre 2011. La métropole, il est vrai, invoque pour sa part le deuxième alinéa du même article 1304 du code civil, en vertu duquel le délai de prescription court seulement « *dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts* », et fait valoir qu'elle n'a eu connaissance des manœuvres dolosives de la société Somedis qu'à la lecture du journal La Provence du 21 février 2014 et d'un arrêt de la chambre d'instruction de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 mars 2014 faisant état de divers trafics d'influence, ces seuls éléments ne permettant pas d'établir l'existence du dol allégué ni moins encore, en tout état de cause, que l'administration contractante n'aurait pu en avoir connaissance que dans le courant de l'année 2014. Dès lors, le délai de prescription de l'action en nullité était expiré lorsque, le 28 mars 2014, la communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance a saisi le tribunal administratif de Marseille en vue de faire constater la nullité de la transaction du 14 décembre 2006.

6. La métropole Aix-Marseille-Provence n'a pas repris en cause d'appel ses conclusions subsidiaires fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle, et doit ainsi être considérée comme les ayant abandonnées.

7. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de surseoir à statuer en l'attente d'une décision du juge pénal, que la métropole Aix-Marseille-Provence n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande.

8. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la métropole Aix-Marseille-Provence la somme demandée par la société Somedis au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D É C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la métropole Aix-Marseille-Provence est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la société Somedis tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

**Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 18 mars 2019, M. Avrillier**

L'impression de déjà-vu que plusieurs d'entre vous vont éprouver en se penchant sur cette affaire est normale : vos 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies, dans une formation légèrement différente, en ont déjà connu par une décision du 3 octobre 2018, qui a réglé la moitié de ce litige de communication de documents administratifs et, pour l'autre moitié, à ordonné avant-dire droit la production, hors contradictoire, du document sollicité – il s'agissait d'une application un peu hétérodoxe, car intervenant en cassation, de votre jurisprudence dite Huberschwiller (CE, Section, 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, n° 95310, p. 688 ; v. aussi, pour son applicabilité au cas où il s'agit de déterminer le caractère non pas seulement communicable, mais

administratif ou non du document : CE, 14 mars 2003, M. Kerangueven, n° 231661, T. p.).

Comme nous vous l'avions expliqué au stade de l'avant-dire droit, le litige trouve son origine dans le bras de fer qui a eu lieu, en 2015, entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes au sujet des tarifs des péages autoroutiers. A la suite de rapports de la Cour des comptes et de l'Autorité de la concurrence dénonçant un niveau de rentabilité net des sociétés concessionnaires d'autoroutes disproportionnés aux risques et coûts auxquels elles étaient exposées, le gouvernement avait décidé d'un gel des tarifs des péages à compter du 1er février 2015 par l'arrêté du 27 janvier 2015 relatif aux péages autoroutiers.

Les sociétés concessionnaires mécontentes avaient alors formé devant les juridictions administratives des requêtes tendant à l'annulation de la décision de suspendre les hausses tarifaires et à l'indemnisation des préjudices qui en résultaient. Finalement, l'épisode s'était soldé par l'annonce, par communiqué de presse du Premier ministre du 9 avril 2015, de la conclusion d'un accord entre l'Etat et les sociétés d'autoroutes : selon le communiqué, cet accord devait permettre un investissement de 4,2 milliards d'euros d'investissement dans les infrastructures routières grâce à une mise à contribution financière de ces dernières.

« Avec cet accord », disait le communiqué, « le gouvernement a atteint les trois objectifs qu'il avait fixés : Rééquilibrer les contrats dans l'intérêt des usagers et de l'Etat (...) Dégager des ressources nouvelles pour le financement des infrastructures de transport. (...) Contribuer à la relance de l'activité économique et permettre des créations d'emploi dans le secteur des travaux publics. »

Le 28 avril suivant, M. Raymond Avrillier, mu par une curiosité que vous lui connaissez bien, s'est empressé de solliciter du ministre de l'économie de l'époque la communication de l'accord révélé par le communiqué de presse, ainsi que des avenants aux contrats passés entre l'Etat et les sociétés concessionnaires en application de cet accord, et d'autres documents relatifs à des marchés antérieurement conclus. N'obtenant pas de réponse, il a saisi le 4 juin 2015 la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et obtenu le 9 juillet 2015 un avis favorable à la communication. Le silence du ministre ayant perduré plus de deux mois à compter de la saisine de la commission<sup>1</sup>, M. Avrillier a déféré au tribunal administratif de Paris le refus implicite de communication né le 9 septembre 2015, et le TA lui a donné entière satisfaction.

Abandonnant le combat s'agissant des marchés, le ministre s'est pourvu en cassation contre le jugement en tant seulement qu'il se prononçait sur la communicabilité de l'accord du 9 avril 2015 et des avenants aux concessions. Par votre décision du 3 octobre 2018, vous avez définitivement scellé le sort des avenants, en confirmant l'annulation du refus de communication prononcée par le TA, mais en censurant l'injonction de communiquer au motif qu'à la date du jugement, les documents avaient fait l'objet d'une diffusion publique. Ne reste donc plus en litige que le caractère communicable de l'accord du 9 avril 2015.

S'agissant de cet accord, le déroulement de l'instance contentieuse a d'abord conduit à amplifier l'enjeu du litige. Il est en effet apparu, dans la défense du ministre, que le communiqué de presse, en annonçant les sacrifices consentis par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, était resté discret sur un autre aspect de l'accord du 9 avril 2015, à savoir que le gouvernement y souscrivait aussi, au bénéfice cette fois des sociétés, des engagements en contrepartie de leur renoncement à toute action contentieuse. Autrement dit, l'accord avait le caractère d'un

protocole transactionnel, aiguisant d'autant plus la curiosité de M. Avrillier quant au contenu des avantages consentis aux sociétés.

Mais le prolongement de l'instance a par la suite conduit à dégonfler sérieusement l'importance de votre intervention. Le 13 janvier 2019 en effet, Médiapart a publié sur son blog l'intégralité de l'accord du 9 avril 2015 qu'il s'était lui-même procuré. Cet incident extérieur à l'instance ne peut pas vous conduire à prononcer un non-lieu à statuer, même si la diffusion publique d'un document administratif en cours d'instance prive en principe d'objet le recours tendant à sa communication (CE, sect., 17 janvier 1986, Ministre de l'économie des finances et du budget c/ S.A. Dumons-Office des prix du bâtiment, n° 62282, p. 7).

D'une part en effet, nous croyons que la CADA a raison d'estimer, en l'absence de jurisprudence de votre part, que la notion de « diffusion publique » ne s'entend que des diffusions officielles et débouchant sur une mise à disposition du document gratuite ou à un coût modique n'excédant pas les coûts de reproduction et l'amortissement du matériel utilisé (pour les photographies aériennes de l'IGN : avis CADA n° 20071023 du 3 mai 2007 ; pour le dépôt de documents au greffe des tribunaux de commerce, dès lors qu'ils peuvent ensuite aisément être consultés soit sur place, soit, pour une somme modique, par l'intermédiaire du réseau Infogreffe, accessible par internet : conseil CADA n° 20050524 du 3 juillet 2005 ; pour les normes homologuées par l'AFNOR, consultables gratuitement au siège de l'organisme, dans ses antennes régionales et ses points d'accueil et accessibles par voie postale moyennant le paiement d'un montant fixé par l'émetteur de la norme : conseil CADA n° 20050541 du 17 février 2005) ; or l'accès au blog de Médiapart est payant.

D'autre part, cette diffusion ne ressort pas des pièces du dossier. Il reste que la confidentialité à laquelle semble tenir le ministre est d'ores et déjà mise à mal, et que M. Avrillier dispose d'une voie d'accès facile au document qu'il réclame, quel que soit le sens de votre décision.

Celle-ci n'en revêtira pas moins une certaine importance, car elle sera la première à se prononcer sur le caractère communicable ou non des protocoles transactionnels, au sujet desquels la CADA a développé une jurisprudence fournie débouchant – à la notable exception du cas d'espèce, mais parce que la CADA ignorait quand elle s'est prononcée que l'accord était une transaction – sur des refus systématiques de communication.

Aux yeux de la CADA, et c'est là thèse que défend le pourvoi du ministre, les protocoles transactionnels conclus sur le fondement de l'article 2044 du code civil « sont (...) destinés à terminer ou à prévenir un litige devant une juridiction et ne peuvent être regardés comme des documents administratifs entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 » (avis n° 20132534 du 25 juillet 2013, à propos d'un projet de protocole d'accord présenté à un conseil municipal sur le remboursement d'une créance ; n° 20143101 du 18 septembre 2014, à propos d'un protocole d'accord pour mettre fin à un litige entre la ligue de football professionnel et l'AS Monaco ; n° 201519178 du 4 juin 2015 pour un accord conclu entre voies navigables de France et une société à propos du calcul des redevances d'occupation du domaine).

Autrement dit, la CADA estime que les protocoles transactionnels se rattachent par nature à la catégorie des documents dits judiciaires ou juridictionnels et que vous excluez en cette qualité purement et simplement du champ d'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais codifiée aux articles L. 300-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Le ministre en déduit qu'il y a erreur de droit à avoir estimé qu'un protocole transactionnel revêtait le caractère d'un document administratif au sens de cette loi.

Nous éprouvons des difficultés à adhérer au raisonnement du ministre et de la CADA.

Comme vous le savez, la catégorie des documents dits tantôt judiciaires, tantôt juridictionnels, est une création prétorienne inventée pour exclure du droit d'accès les documents qui, par les liens trop intimes qu'ils entretenaient avec la fonction de juger (devant les juridictions administratives ou judiciaires), n'avaient rien d'administratif à vos yeux, et qui s'est par la suite progressivement étouffée.

Vous y avez d'abord rangé l'ensemble des documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies (CE, sect., 7 mai 2010, Bertin, n° 303168, p. 154). Entrent au premier chef dans cette catégorie les décisions, arrêts et ordonnances produits par les juridictions dans l'exercice de la fonction de juger (CE, Section, 27 juillet 1984, n° 30590, Association SOS Défense c/Cour de cassation, p. 284), auxquels vous rattachez les pièces de la procédure (CE, 29 avril 1983, Association SOS Défense et autre, n° 26908, T. p. 727 ; CE, 3 novembre 1990, Bertin, n° 74415, T. p.) et les documents établis dans son cadre (CE, 25 mars 1994, Massol, n° 106696, T. p. 952) ; s'y agrègent également les documents de travail internes aux juridictions (pour une brochure sur l'indemnisation du préjudice corporel établie par le centre de documentation du Conseil d'Etat, 9 mars 1983, Association SOS Défense, n° 43501, T. p. sur un autre point ; pour des fiches de connexité, CE, 28 avril 1993, Mme Paire-Ficout, n° 117480, T. p. 782).

Au-delà des seuls documents produits par les juridictions, vous avez également rangé dans la catégorie des documents juridictionnels des documents élaborés par une autorité administrative dès lors qu'ils sont indissociables d'une procédure juridictionnelle : CE, 12 octobre 1994, Bertin, n° 123584, T. p. 951 pour le rapport établi par un préfet en vue de la présentation d'un mémoire en défense ; CE, 30 novembre 1994, Ministre c/Association de défense des créanciers déposants de la Lebanese Arab Bank, n° 133540, p. 521, pour le rapport d'inspection établi par les services de la commission bancaire dans le cadre de la mission administrative de surveillance de l'activité des établissements de crédit servant de fondement à une sanction prononcée par la commission ; CE, 19 juin 2017, M. et Mme Benmussa, n° 396089, T. pp. 612-655, pour les éléments d'information obtenus par perquisition ordonnée par le procureur de la République sur commission rogatoire internationale dans le cadre d'une enquête judiciaire puis transmis par l'autorité judiciaire à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 101 du livre des procédures fiscales (LPF) ; pour les dossiers relatifs à la procédure devant la Commission des infractions fiscales, CE, 26 mai 2010, Mme Faria et société Faria, n° 304621, T. p. ; pour les rapports d'enquête établis sur le fondement de l'article L. 450-2 du code de commerce, CE, 19 février 2014, Ministre de l'économie et des finances c/ Société Speed Rabbit Pizza, n°s 366707 366708 371215 371216, p. ; CE, 31 mars 2017, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Sarkozy, n° 408348, T. pp. 613-655, pour les rapports adressés par les procureurs généraux au garde des Sceaux sur le fondement de l'article 35 du code de procédure pénale ont pour objet d'informer le ministre des procédures les plus significatives en cours dans leur ressort territorial.

Le critère utilisé par le juge administratif est donc celui de « l'objet exclusivement juridictionnel » du document (v. les

commentaires d'A. Lallet dans son fascicule « Droit d'accès au répertoire de contentieux administratif Dalloz).

C'est à cette dernière sous-catégorie des documents indissociables d'une procédure juridictionnelle que le ministre rattache le protocole transactionnel, et il y a certes des arguments au soutien de cette position.

Le premier argument est juridique et tient à ce que la conclusion d'une transaction a bien pour point de départ une préoccupation de nature juridictionnelle. L'article 2044 du code civil dispose que : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. » Il n'y a donc de transaction que s'il existe dans le paysage une menace juridictionnelle plus ou moins matérialisée.

De la même façon, l'article 2052 du même code dispose que : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Il y a donc également un effet para-juridictionnel, ou même quasi-juridictionnel, de la transaction, puisqu'elle est revêtue entre les parties de l'autorité de la chose jugée. Cette impression est renforcée par la proximité des transactions avec les conventions d'arbitrage, dont vous jugez qu'elles revêtent un caractère juridictionnel.

On pourrait ajouter un second argument d'opportunité administrative, tenant à la volonté de ne pas décourager la pratique des transactions, dont on comprend bien sûr qu'elle se développerait plus à son aise à l'abri des regards.

Nous croyons toutefois cette position paradoxale.

En premier lieu, il y a un paradoxe à soutenir qu'un contrat dont tout l'objet est d'éviter le recours au juge est à ce titre non détachable de la fonction de juger. Ce paradoxe est poussé à l'extrême s'agissant des transactions à vocation préventive. Il est intellectuellement très difficile de justifier qu'un accord scellé avant toute saisine du juge, dans l'objectif précis que cette saisine n'ait surtout jamais lieu, puisse être regardé comme relevant de la fonction de juger, qui ne s'est pas exercée, au motif qu'il serait indissociable d'une procédure juridictionnelle, qui ne s'est jamais engagée. Mais ce paradoxe, bien qu'atténué, se retrouve également à propos des transactions dites extinctives, dont l'objet est de mettre un terme à un contentieux préalablement introduit.

A cet égard, il convient de remarquer que toute la jurisprudence qualifiant des actes de juridictionnels au motif qu'ils ne sont pas détachables d'une procédure vise des documents dont l'objet est de rendre possible le déclenchement de cette procédure juridictionnelle ou de la faire vivre : ainsi des signalements produits dans l'objectif de mettre en mouvement l'action judiciaire, des mémoires destinés à l'alimenter et des rapports rédigés pour éclairer l'autorité juridictionnelle de sanction.

Il s'agit toujours de documents sans lesquels la procédure juridictionnelle ne pourrait pas se dérouler, ce dont découle le constat d'une adhérence indissociable avec elle. Or dans le cas des transactions extinctives, le rapport est inversé : c'est parce que la procédure existe qu'on signe la transaction, mais le moins qu'on puisse dire est que la procédure pourrait vivre sans la transaction – elle ne peut à dire vrai se poursuivre que sans elle.

Même si la transaction a vocation à être produite dans le cadre de cette procédure au soutien d'un désistement, elle n'est pas le désistement lui-même et n'a que le caractère d'une pièce jointe à ce dernier ; hors le cas peut-être, qui n'est pas celui de l'espèce, où elle fait l'objet d'une homologation par le juge, ou est conclue

à l'invitation de ce dernier, la transaction ne constitue donc pas une pièce incorporée au dossier de procédure au point qu'on ne puisse pas l'en détacher. Du reste, si la transaction a un effet juridictionnel, elle produit également des effets propres, qui, contrairement à ce qui prévaut pour les documents qualifiés de juridictionnels par votre jurisprudence, ont vocation à se déployer précisément en dehors du prétoire et loin des yeux du juge, qui n'a pas de droit de regard sur eux.

En deuxième lieu, on ne peut occulter le fait que, comme vous l'avez jugé par votre décision d'Assemblée CE Assemblée, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, n° 249153, p., la transaction conclue par une personne publique et ayant pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente revêt intrinsèquement le caractère d'un contrat administratif.

Cette qualification met d'abord à mal la comparaison avec les conventions d'arbitrage, car pour ces dernières, la qualification de document juridictionnel repose sur la nature non administrative des juridictions arbitrales (v. CE Assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, p.). Surtout, elle fait ressortir un deuxième paradoxe de la position du ministre : car affirmer qu'un document que votre jurisprudence qualifie de contrat administratif n'est pas un document administratif au sens du droit d'accès n'a tout de même rien d'intuitif – c'est même contraire à ce que vous jugez d'ordinaire (v., pour le dernier état de la jurisprudence à propos des contrats administratifs en matière de commande publique, CE, 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, n° 375529, p.).

En troisième lieu, pour déminer cette fois l'argument d'opportunité selon lequel l'incommunicabilité serait souhaitable au développement des transactions, nous trouverions paradoxal, compte tenu de l'objectif de transparence administrative et même démocratique que s'est assignée la loi du 17 juillet 1978, qu'échappent au droit d'accès des documents dont l'objet est, pour la personne publique, d'octroyer à une autre personne des contreparties de nature à monnayer à un désistement. Pour respectable que soit l'outil transactionnel, il nous semble assez sain qu'il entre dans la catégorie des documents sur lesquels les administrés disposent du droit de regard de portée générale que leur a reconnu le législateur.

Nous notons d'ailleurs que pour ce qui est des collectivités territoriales, la qualification de document juridictionnel consacrée par la CADA est, comme le reconnaît la CADA elle-même, impuissante à faire échec à la transparence dans la mesure où les protocoles transactionnels sont annexés à une délibération de l'assemblée délibérante, requise pour autoriser la transaction : de ce fait, les dispositions législatives du code général des collectivités territoriales (art. L. 2121-6 pour les communes) qui disposent que « Toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux » emportent par elle-même le droit à communication. La qualification de document juridictionnel ne ferait donc échec qu'à la communication des transactions conclues par l'Etat dont le recours à cet outil se singulariserait par la faiblesse des garanties de transparence qui l'entourent.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous croyons que la qualification de document juridictionnel et non administratif, que l'état de votre jurisprudence permet mais ne dicte absolument pas, ne doit pas être retenue.

On pourrait encore se demander – le moyen est esquissé par le ministre – si le tribunal administratif ne s'est pas trompé en estimant que le document administratif que constitue la transaction était communicable, en dépit du f du 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 (désormais codifié au f du 2° de l'article L. 311-5 du CRPA). Cet item exclut du droit d'accès les « documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : (...) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ».

De cette réserve nous semble découler que, s'agissant du cas particulier des transactions extinctives, le droit de communication joue tant que la procédure juridictionnelle qu'elles entendent éteindre n'est pas close, c'est-à-dire, dans la configuration d'espèce, que le désistement n'a pas eu lieu. Bien que se déployant à côté de l'instance, la conclusion de la transaction n'est en effet pas sans lien avec elle et a des conséquences sur son issue.

On ne peut pas exclure que la communication d'une transaction dont l'encre est encore fraîche et qui donnerait lieu à des contestations de tiers puisse conduire les signataires à souhaiter se rétracter, avec à la clef une renonciation aux désistements envisagés qui devaient constituer le dénouement de l'instance tel que l'envisageaient les parties. A ce titre, elle serait de nature à perturber le cours souhaité de l'instance et donc à porter atteinte à son déroulement au sens de l'article 6.

Toutefois, alors que la qualification de document juridictionnel touche à la nature du document et revêt donc un caractère pérenne, l'incommunicabilité prévue par le f n'est que temporaire, puisqu'elle ne vise que le déroulement de procédures en cours. Elle est en quelque sorte l'équivalent, pour les procédures juridictionnelles, de ce que prévoyait l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 qui excluait du droit à communication les documents préparatoires à une décision administrative le temps seulement qu'intervienne sereinement cette décision.

En l'espèce, qu'il s'agisse des contestations tendant à l'annulation des actes du 27 janvier 2015 décidant la suspension des hausses tarifaires à intervenir au 1er février 2015, de celles tendant à l'indemnisation des préjudices financiers résultant de ces actes, ou de celles tendant à la compensation pécuniaire de l'augmentation de la redevance domaniale, il ressort des explications du ministre que les désistements devaient, aux termes mêmes de la convention, être formés dans les deux jours suivant la publication au Journal officiel des décrets approuvant les avenants aux contrats de concession. Or il ressort des pièces du dossier que ces décrets ont tous été publiés au Journal officiel le 21 août 2015. Si ces désistements étaient conditionnés à l'absence de recours contre ces actes, le ministre reconnaît qu'ils ont pu être formés immédiatement et qu'il en a été donné acte dans la foulée.

Déterminer ce que le TA devait déduire de cette chronologie pourrait potentiellement poser la question de savoir à quelle date doit se placer le juge pour apprécier la légalité d'un refus de communication qui lui est déféré. En l'état actuel de la jurisprudence, vous exigez, conformément aux canons de l'excès de pouvoir, qu'il l'examine à la date d'édiction de ce refus : vous l'avez rappelé dans ce même litige, en jugeant le 3 octobre dernier que le TA avait eu raison d'annuler pour excès de pouvoir le refus de communiquer les avenants qui, à la date du refus, ne faisaient pas l'objet d'une diffusion publique, avant de censurer l'erreur consistant à enjoindre, en qualité de juge de plein contentieux, une communication à laquelle, à la date du jugement, la diffusion publique faisait désormais obstacle.

Il ne serait pas inconcevable, compte tenu de ce que l'annulation du refus n'emporte aucune conséquence rétroactive et n'a d'autre effet juridique qu'une obligation de communication pour l'avenir, que vous fassiez évoluer cette jurisprudence pour imposer au juge de vider le litige en se plaçant à la date à laquelle il statue, comme il le fait déjà pour déterminer si le recours dirigé contre le refus de communiquer conserve un objet (CE, Section, 17 janvier 1986, *Ministre de l'économie c/ SA Dumons-Office des prix du bâtiment*, p. 7), et par analogie avec l'appréciation dynamique de la légalité que vous pratiquez dans le domaine voisin du contentieux des refus d'abroger (CE, Section, 5 octobre 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux*, n° 282321, p. ; CE, 30 mai 2007, *Van Camelbeke*, n° 268230, T. p.).

Mais cette affaire n'invite pas à cette évolution car en tout état de cause, lorsqu'est né le refus implicite de communication litigieux, le 9 septembre 2015, il n'existait déjà plus de procédures juridictionnelles en cours au déroulement desquelles la communication de la transaction aurait pu faire obstacle. A fortiori, il n'en existait pas non plus à la date à laquelle le tribunal administratif a statué.

On pourrait certes objecter que les désistements prononcés n'étaient que des désistements d'instance, consentis par les sociétés concessionnaires d'autoroute sous condition résolutoire que l'Etat honore les engagements souscrits dans la transaction. On peut donc imaginer que de nouvelles contestations puissent naître à l'avenir en cas d'inexécution alléguée. Il reste qu'en visant le déroulement des procédures engagées devant les juridictions, le f du 2° de l'article 6 de la loi qui, s'agissant d'une exception au droit d'accès, doit faire l'objet d'une interprétation stricte, n'a entendu viser que les procédures actuelles et non virtuelles. On ne saurait soutenir qu'un document est incommunicable du seul fait qu'il puisse potentiellement à l'avenir donner prise à un contentieux.

Nous pensons donc in fine que le tribunal administratif de Paris n'a pas commis l'erreur de droit alléguée par le ministre en jugeant que l'accord transactionnel du 9 avril 2015 était un document administratif communicable et en enjoignant sa communication sous la réserve habituelle de l'occultation de mentions couvertes par un éventuel secret, par exemple industriel et commercial, qui ne nous a toutefois pas sauté aux yeux en prenant connaissance du document et que le ministre n'a jamais pris la peine d'invoquer.

PCMNC au rejet.

**Référence 3 : CE, 18 mars 2019, M. Avrillier, n°403465**

Vu la procédure suivante :

Par une décision n° 403465 du 3 octobre 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé l'article 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016 en tant qu'il enjoint au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique de communiquer à M. Avrillier les avenants aux contrats passés entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes à la suite de l'accord du 9 avril 2015, avec leurs annexes, ordonné au ministre de l'économie et des finances, avant dire droit, tous droits et moyens des parties réservés, de communiquer au Conseil d'Etat l'accord conclu le 9 avril 2015 entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, sursis à statuer sur les conclusions du pourvoi dirigées contre le jugement du 13 juillet 2016 en tant qu'il statue sur le refus de communiquer ce protocole d'accord et rejeté le surplus des conclusions du pourvoi.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, désormais codifiées aux articles L. 300-1 à L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration, que l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public sont tenues de communiquer aux personnes qui en font la demande les documents administratifs qu'elles détiennent, définis comme les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public, sous réserve des dispositions de l'article 6 de cette loi, désormais codifiées aux articles L. 311-5 à L. 311-8 du même code. Aux termes du f) du 2° du I de cet article 6, devenu le f) du 2° de l'article L. 311-5 de ce code, ne sont pas communicables les documents dont la consultation ou la communication porterait atteinte « *au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente* ».

2. Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif et présente le caractère d'un document administratif communicable dans les conditions définies par les dispositions citées précédemment. Lorsqu'un tel contrat vise à éteindre un litige porté devant la juridiction administrative, sa communication est toutefois de nature à porter atteinte au déroulement de la procédure juridictionnelle engagée. Elle ne peut, dès lors, intervenir, sous réserve du respect des autres secrets protégés par la loi tel notamment le secret en matière commerciale et industrielle, qu'après que l'instance en cause a pris fin.

3. Il ressort de l'examen du protocole transactionnel, conclu le 9 avril 2015, entre l'Etat et différentes sociétés concessionnaires d'autoroutes, communiqué à la suite de la décision avant dire droit du 3 octobre 2018, que ce document prévoit qu'« eu égard au caractère de règlement d'ensemble du présent protocole et en contrepartie de la complète exécution des engagements pris par l'Etat dans le cadre de ce règlement, les sociétés concessionnaires d'autoroutes s'engagent, pour leur part, à se désister, dans les conditions précisées ci-après, de leurs différentes requêtes présentées devant les juridictions administratives en février 2015 et jusqu'à ce jour [...] ». En jugeant que le refus de communication de cet accord, opposé à M. Avrillier après qu'il a été donné acte aux sociétés contractantes du désistement des actions qu'elles avaient engagées devant les juridictions administratives, méconnaissait les dispositions citées au point 1, le tribunal administratif de Paris n'a pas entaché son jugement d'erreur de droit.

4. Il résulte de ce qui précède que le ministre de l'économie et des finances n'est pas fondé à demander l'annulation des articles 1<sup>er</sup> et 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016



en tant qu'ils annulent la décision de refus de communiquer l'accord du 9 avril 2015 et lui enjoignent de procéder à la communication de ce document.

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : Les conclusions du pourvoi du ministre de l'économie et des finances tendant à l'annulation des articles 1<sup>er</sup> et 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016 en tant qu'ils annulent la décision de refus de communiquer l'accord du 9 avril 2015 et lui enjoignent de procéder à la communication de ce document sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'économie et des finances et à M. Raymond Avrillier.

**Référence 4 : CE, 13 juillet 2020, M. Avrillier n° 435869 et 435870**

Vu la procédure suivante :

1° Sous le numéro 435869, par une requête, enregistrée le 8 novembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, M. A... B... demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler le protocole d'accord du 9 avril 2015 signé entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes APR, AREA, ASF, Cofiroute, ESCOTA, SANEF et SAPN ;

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

2° Sous le numéro 435870, par une requête, enregistrée le 8 novembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, M. A... B... demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les clauses réglementaires du protocole d'accord du 9 avril 2015, à savoir les 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> alinéas de l'article C1 et l'annexe 2 fixant les tarifs, l'article D (D1, D2, D3) et l'annexe 5, dont les régimes fiscaux, de taxes et de redevances, et les tarifs, l'article F et l'annexe 6 relatifs aux tarifs, l'article G sur la stabilité des prélèvements obligatoires, le dernier alinéa de l'article G relatif à la défense en pleine et entière concertation en cas de recours des tiers, l'annexe 6 et le premier alinéa de l'article C3 relatifs à la " prolongation des concessions par le plan relance " et à la durée des contrats de concession ;

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

Vu :

- le code civil ;
- le code de la voirie routière ;
- la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ;
- le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 ;
- les décrets n°s 2015-1044, 2015-1045 et 2015-1046 du 21 août 2015 ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Spinosi, Sureau, avocat des sociétés des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, des autoroutes région Auvergne Rhône-Alpes, autoroutes du sud de la France, Cofiroute, des autoroutes Esterel Côte-d'Azur, des autoroutes du nord et de l'est de la France et des autoroutes Paris-Normandie ;

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes de M. B... sont dirigées contre le protocole d'accord entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APR), des autoroutes région Auvergne Rhône-Alpes (AREA), des autoroutes du sud de la France (ASF), des autoroutes Esterel Côte-d'Azur (ESCOTA), des autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF), des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) ainsi que de la société Cofiroute, signé le 9 avril 2015, qui a eu pour objet de régler par voie transactionnelle le litige opposant les parties. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif.

Sur le recours en annulation du protocole :

3. Aux termes de l'article R. 351-4 du code de justice administrative : " Lorsque tout ou partie des conclusions dont est saisi un tribunal administratif, une cour administrative d'appel ou le Conseil d'État relève de la compétence d'une de ces juridictions administratives, le tribunal administratif, la cour administrative d'appel ou le Conseil d'État, selon le cas, est compétent, nonobstant les règles de répartition des compétences entre juridictions administratives, pour rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance, pour constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur tout ou partie des conclusions ou pour rejeter la requête en se fondant sur l'irrecevabilité manifeste de la demande de première instance ".

4. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

5. M. B... se prévaut de sa qualité de contribuable local de la communauté de communes Grenoble Alpes Métropole et d'usager d'une des autoroutes concédées pour contester le protocole d'accord conclu le 9 août 2015 entre l'Etat et sept sociétés concessionnaires d'autoroutes. Toutefois il est manifeste que l'intéressé ne peut à ce titre être regardé comme un tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par les clauses de ce protocole. Dès lors, sa requête en annulation du protocole est entachée d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance et doit par suite être rejetée, alors même que le tribunal administratif est en principe compétent pour juger en premier ressort de ce recours.

Sur le recours pour excès de pouvoir contre des clauses réglementaires du protocole :

6. M. B... demande l'annulation d'un certain nombre de clauses du protocole, dont il soutient qu'elles revêtent un caractère réglementaire et sont illégales.

7. Revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public. S'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages

applicables sur le réseau concédé. En revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel.

8. D'une part, il résulte de ce qui précède que les clauses du protocole relatives à la transparence, à la mise en place de mesures favorables au covoiturage, à la contribution des sociétés concessionnaires d'autoroutes au budget de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France, à la stabilité financière des concessions ou à la mise en œuvre du protocole dont M. B... demande l'annulation sont dépourvues de caractère réglementaire.

9. D'autre part, selon les stipulations de l'article C.1. du protocole : " l'Etat et les SCA conviennent (...) de modifier les hausses de tarifs additionnelles qui s'appliqueront le 1er février 2018 (...) et arrêteront en conséquence les profils de compensation figurant en annexe 2 ". L'article F stipule que : " les parties sont convenues que la compensation intégrale de l'absence de hausse tarifaire prévue au 1er février 2015 prendra la forme, pour chaque société, de hausses de tarifs additionnelles les 1er février de chaque année de 2019 à 2023 (inclus), en sus des hausses prévues par l'application des contrats de concession, et en sus des hausses prévues au point C.1 (...). Les parties arrêteront en conséquence les profils de hausses tarifaires présentés en annexe 2 ". L'article G prévoit que " si, pour quelque cause que ce soit, pour chaque société, l'intégralité du ou des avenants aux contrats de concession concernant le présent protocole n'ont pas été publiés au Journal Officiel avant le 30 septembre 2015, alors les SCA seraient relevées de leurs obligations au titre du présent protocole ". Par suite, le protocole doit sur ce point être regardé comme un acte préparatoire à des avenants tarifaires, avenants qui au demeurant sont intervenus le 31 juillet 2015 et ont été approuvés par des décrets n°s 2015-1044, 2015-1045 et 2015-1046 du 21 août 2015, publiés au Journal Officiel le 23 août 2015 et qui comportent les clauses tarifaires prévues par le protocole. Les clauses du protocole relatives aux tarifs sont dès lors, en tout état de cause, dépourvues de caractère réglementaire.

10. Il résulte de ce qui précède que la requête de M. B... tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un certain nombre de clauses, considérées comme réglementaires, du protocole n'est pas non plus recevable.

**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 différends, 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 paraît 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 pourrez, 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'Etat :

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 les autres pièces du dossier ;

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. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Exelcia la somme de 3 000 euros à verser à l'hôpital de Bar-sur-Seine.

#### **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 devenu 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 Mergui - 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) effectuée, 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.

PCMNC 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

**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 les autres pièces du dossier ;

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 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.