



COLLOQUE



ÉDITIONS

PANTHÉON-ASSAS

L'Internationalisation du droit administratif



Sous la direction de
Philippe Cossalter
& **Gilles J. Guglielmi**

L'INTERNATIONALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

sous la direction de
Philippe Cossalter et Gilles J. Guglielmi

Ouvrage issu du 6^e colloque international du Centre de droit
public comparé de l'université Paris II Panthéon-Assas
organisé les 24 et 25 mai 2018 sous la direction scientifique
de Philippe Cossalter et Gilles J. Guglielmi

Tiré à part
Ne peut être vendu

Mise en page d'Emmanuel Marc Dubois/3 d2s (Issigeac/Paris)

Éditions Panthéon-Assas
12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05
ISBN : 978-2-37651-020-8
© Éditions Panthéon-Assas, 2020

<https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/les-editions-pantheon-assas>
epa@u-paris2.fr

Table des matières

Liste des auteurs.....	7
Préface	
Gilles J. Guglielmi.....	9

Première partie ORIGINES SUR L'IDÉE D'INTERNATIONALISATION

L'internationalisation du droit administratif: un point de vue français Philippe Cossalter.....	15
The transnationalization of domestic law: a perspective from the United States Alfred C. Aman Jr.....	37
Global administrative law: where do we stand? Sabino Cassese.....	53
Le droit administratif transnational: un programme de réflexion Jean-Bernard Auby.....	59
Existe-t-il un droit international administratif? Anne-Marie Thévenot-Werner.....	79

Deuxième partie INFLUENCES LES DIVERSES FORMES D'INFLUENCES EXTERNES SUR LES DROITS ADMINISTRATIFS INTERNES

European administrative law and comparative administrative law: fierce rivals or reciprocal friends? Giulio Napolitano.....	99
L'influence du droit européen sur l'exercice des compétences en Allemagne (<i>Europäisierung der Kompetenzordnung</i>) Jan Henrik Klement.....	113
El derecho público global y el arbitraje de inversiones Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.....	123
L'arbitre et l'internationalisation des contrats administratifs Malik Laazouzi.....	135

Troisième partie

RÉSISTANCES

LES FORMES DE RÉSISTANCE DES DROITS ADMINISTRATIFS INTERNES
AUX INFLUENCES EXTÉRIEURES

De l'application du droit international à sa parfaite exécution:
à propos de la doctrine de l'effet direct

Carlo Santulli 153

L'incompatibilité du principe d'*accountability* du droit administratif global avec l'identité
administrative latino-américaine

Grenfieth de Jesus Sierra Cadena 171

Le Conseil d'État et le droit international

Bernard Stirn 201

Quatrième partie

PERSPECTIVES

L'ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF INTERNE
SOUS LES INFLUENCES EXTÉRIEURES

Les rapports du droit administratif britannique avec le droit européen

Aurélie Duffy-Meunier 217

Pour une adaptation de la méthode conflictuelle à la matière administrative

Maxence Chambon 237

Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet

Ulrich Stelkens 259

Questions théoriques relatives à l'extension du recours à l'arbitrage en droit public français

Elie Lenglard 289

L'arbitre et l'internationalisation des contrats administratifs

Malik Laazouzi

*Professeur agrégé de droit privé
Université Paris II Panthéon-Assas*

L'internationalisation des contrats administratifs français, les seuls ici envisagés, peut-être définie comme touchant au résultat du processus par lequel les contrats qui recevraient une qualification administrative dans l'ordre juridique interne viennent à entretenir des liens avec au moins un autre ordre juridique. Le contrat administratif interne, objet d'étude classique, connaît un phénomène d'internationalisation en raison de facteurs multiples¹, dont les règles de libre accès à la commande publique dans l'Union européenne et la volonté de libéraliser ce même accès dans le cadre d'accords internationaux de libre-échange constituent des modalités privilégiées. Dès lors que les contrats de l'administration entretiennent des liens avec au moins un autre ordre juridique que l'ordre juridique français, lequel est nécessairement concerné ne serait-ce qu'eu égard à l'identité du contractant public, une série de problèmes nouveaux sont susceptibles d'apparaître. On en évoquera trois.

Tout d'abord, la pluralité des ordres juridiques ayant un lien avec le contrat conclu par une personne publique française peut conduire à s'interroger sur le droit qui lui est applicable. Cette question suppose que le droit administratif français puisse ne pas régir, ou pas seul, un contrat qui aurait été administratif dans l'ordre interne. Ensuite, ces mêmes liens du contrat avec plusieurs ordres juridiques pourraient conduire à s'interroger sur la compétence des juridictions administratives françaises pour connaître du contentieux qui les concerne. Là encore, la question posée laisse entrevoir la possibilité qu'une juridiction étrangère puisse avoir à trancher un litige

¹ Sur le sujet, v. par exemples les nombreuses contributions rassemblées dans M. AUDIT, S. W. SCHILL (dir.), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, coll. « Droit administratif – Administrative law », 2016.

né d'un contrat qui aurait relevé sans contestation possible de la compétence du juge administratif français dans une situation purement interne. Enfin, l'importance prise par l'arbitrage international dans le règlement des litiges nés des contrats internationaux entraîne d'évidence la possibilité de constater dans certains d'entre eux la stipulation d'une convention d'arbitrage. L'internationalisation des contrats administratifs ne pouvait qu'imposer une confrontation du régime des contrats administratifs et de celui de l'arbitrage international. La présente contribution ayant cette confrontation pour objet, sous l'angle de l'internationalisation du droit administratif, l'on évoquera rapidement au préalable les deux premières questions, celles du droit applicable et de la compétence des juridictions administratives françaises, en raison des liens qu'entretiennent les différents aspects du régime des contrats administratifs internationaux français.

Quant au droit applicable, l'internationalisation des contrats de l'administration a donné lieu à une évolution heurtée, jusqu'à la stabilisation de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits². En substance, l'administration française et son contractant peuvent choisir le droit qui régira leur contrat. À défaut, celui-ci sera désigné par le biais de règles s'inspirant directement de celles posées par les textes internationaux et européens liant la France en matière de droit international privé des contrats. Cependant, si le droit ainsi désigné n'est pas le droit français, le contrat ne pourra alors être qualifié d'administratif et échappera à la compétence des juridictions administratives françaises. Il n'en ira autrement que si une règle de droit administratif français entend régir le contrat, quel que soit le droit désigné par la règle de conflit de lois ou choisi par les parties. En définitive, le raisonnement mené pour désigner le droit applicable détermine la qualification du contrat, laquelle affecte à son tour la compétence au sein des juridictions de l'ordre français. Cette position adoptée par le Conseil d'État³ et le Tribunal des conflits⁴ résulte d'une double internationalisation. Celle des contrats eux-mêmes, déjà évoquée, n'est pas récente. Les contrats internationaux de l'administration française peuvent être identifiés au sein de la jurisprudence du Conseil d'État depuis le début du XIX^e siècle⁵. Mais l'évolution de sa jurisprudence est liée à l'autre dimension de l'internationalisation : c'est sous l'influence d'une convention internationale relative à la loi applicable

2 Sur ces points, v. M. LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2008, 507 p.; M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2002, 423 p.; S. LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2005, 414 p.

3 CE Sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, req. n° 183648, p. 356; *RFDA* 2000, p. 833, concl. ARRIGHI DE CASANOVA; *JDI* 2000, p. 742, n. J.-F. FLAUS; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 409, n. S. LEMAIRE; *RD publ.* 2000, p. 378, obs. CH. GUETTIER.

4 TC 22 oct. 2001, n° 01-03.236, *Rec. CE* p. 752; *D.*, IR, p. 3396; *Dr. adm.*, mai 2002, comm. 91.

5 M. LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, *op. cit.*, spéc. n° 3.

aux obligations contractuelles⁶ que le Conseil d'État a adopté ce nouveau mode de raisonnement donnant effet à l'internationalité du contrat sur la loi applicable, la qualification et la compétence juridictionnelle administrative française. Les solutions du droit international privé, ordinairement et usuellement considérées comme élaborées en vue de résoudre les litiges nés des relations privées internationales, ont donc constitué une source d'inspiration directe pour l'élaboration de la jurisprudence administrative relative aux contrats internationaux de l'administration, même si l'inspiration a conduit à une réelle déformation du raisonnement.

La seconde difficulté a pour l'heure été mise sous le boisseau par le Conseil d'État. En effet, en présence d'un contrat administratif international, la compétence de la juridiction administrative française pourrait tout à fait être considérée comme concurrente de celle des juridictions judiciaires étrangères. Celles-ci pourraient considérer être en présence d'un contrat international ayant avec leur ordre juridique un lien suffisant pour fonder leur compétence. Au sein de l'Union européenne, le règlement Bruxelles I refondu⁷ permettrait d'aboutir à une telle solution, en retenant par exemple la compétence du tribunal du lieu d'exécution des obligations contractuelles litigieuses⁸. Or, si ce texte est uniquement applicable en matière civile et commerciale et ne couvre pas la matière administrative, rien n'assure que la définition stricte de cette dernière notion par la Cour de justice, laquelle repose sur l'exercice de prérogatives de puissance publique, corresponde bien à l'ensemble des contrats administratifs français⁹. A une occasion au moins une juridiction administrative française a écarté sa compétence pour connaître d'un contrat administratif français, et ce au profit d'une juridiction d'un autre État membre de l'Union désignée par une clause attributive de juridiction¹⁰. Pour l'heure, le Conseil d'État n'a jamais consacré un tel raisonnement. Il a toujours retenu sa compétence en présence d'un contrat administratif international français. L'influence de l'internationalisation des sources de la compétence internationale des tribunaux français et des autres États membres est donc pour l'heure presque inexistante. Il n'est toutefois pas certain que cette position reçoive l'onction de la Cour de justice, le jour où, enfin, une question préjudicielle lui sera soumise.

6 Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, OJ C 27, 26.1.1998, p. 34-53.

7 Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte). Sur l'examen de ce texte en rapport avec les contrats administratifs internationaux, cf. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., 2020, spéc. n° 1086 s.

8 Règlement (UE) n° 1215/2012, art. 7(1).

9 M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, op. cit., spéc. p. 259 s.

10 CAA Douai, 29 mai 2012, *Soc. King Consult*, n° 10DA01035, *AJDA* 2012, p. 2223, concl. V. MAJANOVIC ; M. LAAZOUZI, « Le contrat administratif international sans le juge administratif : à propos de la désignation conventionnelle du juge étranger », *RFDA* 2013, p. 46.

Ces préalables permettent de préciser l'enjeu de l'examen des rapports entre l'arbitrage et l'internationalisation des contrats administratifs. Si le juge administratif est tout à fait disposé à accepter que la nature – administrative ou privée – du contrat conclu par l'administration puisse varier de façon marginale en fonction du droit qui lui est applicable, ce dernier n'est pas entièrement remis entre les mains des parties. Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont réservé l'applicabilité nécessaire de certaines dispositions de droit public, introduisant ainsi une variabilité du traitement des contrats internationaux de l'administration en fonction de l'impérativité des normes publiques concernées. Cette maîtrise retenue des contrats administratifs internationaux est renforcée sous l'angle contentieux par la volonté du Conseil d'État de réserver la compétence des seules juridictions administratives pour en connaître. Il aurait dès été surprenant que le Conseil d'État admettent que le recours à l'arbitrage puisse faire échapper le sort des contrats administratifs internationaux au contrôle des juridictions administratives pour la seule raison que les parties ont stipulé une convention d'arbitrage. Et de fait, la succession des décisions rendues par le Tribunal des conflits en 2010¹¹, 2016¹² et 2017¹³ et par le Conseil d'État¹⁴ durant les dernières années a clairement traduit cette volonté de la haute juridiction administrative de maintenir sous son contrôle le régime des contrats administratifs.

- 11 TC 17 mai 2010, *Inserm*, n° 3754, *Rec. CE* p. 1086; *BJCP*, n° 71, sept. 2010, p. 280, concl. M. GUYOMAR; *AJDA* 2010, p. 1047, obs. M.-C. DE MONTECLER; *AJDA* 2010, p. 1564, n. P. CASSIA; *D.* 2010, p. 1359, n. X. DELPECH, p. 2330, n. S. BOLLÉE, p. 2653, n. S. LEMAIRE; *Gaz. Pal.* 2010, p. 2379, n. D. BENSUAUDE; *JCP G* 2010, p. 585, n. T. CLAY; *RTD com.* 2010, p. 525, n. E. LOQUIN; *JDI* 2011, n° 4, doct. 10, n. E. LOQUIN; *Proc.* 2010, n° 7, comm. n° 274, n. C. NOURISSAT, comm. n° 299, n. S. DEYGAS; *Rev. arb.* 2010, n° 3, p. 877, n. J. ORTSCHIEDT, 2015, n° 2, p. 235, n. M. AUDIT; *RFDA* 2010, n° 5, p. 971, n. P. DELVOLLE; *Rev. crit. DIP*, n° 4, p. 653, n. M. LAAZOUZI.
- 12 TC 11 avril 2016, *Sté Fosmax LNG c/ Sté TCM FR, Technimont et Saipem*, n° 4043; *Gaz. Pal.* 2016, n° 20, n. M. GUYOMAR; *JCP G*, 2016, n° 30, n. C. SERAGLINI; *Rev. arb.*, 2016, p. 512, n. P. PEDONE; *Rev. arb.* 2017, p. 254, n. M. AUDIT, C. BROUELLE; *BJCP* 2016, p. 298, n. N. ESCAUT.
- 13 TC 24 avril 2017, *Smac c. Ryanair*, n° 4075; *JCP A*, 2018, n° 5, p. 21, n. J. MARTIN, G. PELLISSIER; *Gaz. Pal.* 2017, n° 38, p. 26, n. D. BENSUAUDE, n° 37, p. 55, n. M. NIOCHE; *Rev. arb.* 2017, p. 883, note Y. GAUDEMET; *BJCP* 2017, p. 250, n. R. NOGUELLOU; *AJDA*, 2017, p. 981, n. G. ODINET, S. ROUSSEL.
- 14 Notamment: CE 19 avr. 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ Ryanair et a*, n° 352750; *AJDA* 2013, p. 1271, n. X. DOMINO et A. BRETONNEAU; *D.* 2013, p. 1445, note P. CASSIA; *RDI* 2013, p. 362, n. S. BRACONNIER; *AJCT* 2013, p. 427, n. S. HUL; *RTD com.* 2014, p. 326, n. E. LOQUIN; *JCP G* 2013, p. 1282, note S. LEMAIRE; *Gaz. Pal.* 2013, n° 149, p. 18, n. M. GUYOMAR; *RLCT* 2013, n° 91, p. 33, n. E. GLASER; *Le Moniteur* 2013, n° 133, p. 10, n. J.-P. JOUGUELET; *Contrats Marchés publ.* 2013, n° 6, p. 20, n. P. DEVILLERS; *Droit adm.* 2013, n° 7, p. 29, n. F. BRENET; *Rev. arb.* 2016, p. 661, n. E. COËNT, FL. GRISEL; *Rev. arb.* 2013, p. 761, n. M. LAAZOUZI.
- CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté Fosmax LNG c/ Sté TCM FR, Technimont et Saipem*, req. n° 388806, *RFDA* 2016. 1154, concl. G. PELLISSIER et 2017. 111, note B. DELAUNAY; *JCP* 2016. 2148, note S. BOLLÉE; *AJDA* 2016. 2368, note L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET; *JDI* 2017. 173, note S. MANCIAUX; *RTD com.* 2017. 54, note F. LOMBARD; *Rev. arb.* 2017. 179, note J. BILLEMONT et p. 254, note C. BROUELLE et M. AUDIT; *Dr. adm.* mars 2017, p. 42; *Cab. arb.* 2016. 977, étude M. LAAZOUZI, S. LEMAIRE.

Or, cette volonté de contrôle introduit une très forte tension dans le rapport entre les moyens – le régime applicable à l'arbitrage international – et les fins poursuivies – celles du droit de l'arbitrage et celles du droit des contrats administratifs, que l'examen de l'influence de l'internationalisation du droit administratif permet de mieux cerner. En effet, le Tribunal des conflits ayant confié aux juridictions administratives le contentieux du contrôle des sentences tranchant les litiges nés de l'exécution en France des contrats administratifs les plus importants¹⁵, le Conseil d'État a tracé les lignes de force du régime de l'accueil et du contrôle des sentences arbitrales internationales rendues en matière administratives et relevant de la compétence de l'ordre administratif¹⁶, ce qu'un fin connaisseur de ces questions a dénommé, le « droit public de l'arbitrage international »¹⁷.

Sur ce nouveau droit administratif de l'arbitrage, l'influence est incontestable du droit de l'arbitrage international tel que mis en œuvre par les juridictions judiciaires. Mais cette influence s'arrête là où les fins divergent. Alors que le régime de l'arbitrage international mis en œuvre par le juge judiciaire professe une indifférence assumée au fond du litige, sous réserve que la matière soit arbitrable et que la sentence ne heurte pas l'ordre public international, celui élaboré par le juge administratif tient fermement un tout autre cap : l'indifférence de la voie contentieuse quant au respect du régime administratif d'ordre public applicable au contrat.

L'internationalisation des contrats administratifs confrontée au recours à l'arbitrage exprime nettement cette disposition naturelle qui est celle du droit administratif à s'inspirer des règles et des méthodes du droit privé ou du droit judiciaire privé. En présence d'un régime éprouvé de l'arbitrage international, les solutions techniques et les méthodes ont très fortement inspiré l'œuvre récente du Conseil d'État. En revanche, celui-ci est resté indifférent à la conception même de l'arbitrage qui justifie, devant les juridictions judiciaires, une très grande liberté laissée aux arbitres dans la manière de trancher le litige qui leur est soumis. L'inspiration technique (I) cède le pas à l'indifférence théorique (II).

I. L'INSPIRATION TECHNIQUE

L'inspiration technique du droit administratif de l'arbitrage se situe incontestablement dans le régime de l'arbitrage prévu par le Code de procédure civile et touche aussi bien les voies de recours (§1) que les griefs (§2) donnant lieu à un contrôle de la sentence devant le juge administratif français.

¹⁵ TC 17 mai 2010, *Inserm*, n° C3754, *op. cit.*

¹⁶ CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté Fosmax LNG*, *op. cit.*

¹⁷ M. G. PELLISSIER,, concl. sur CE Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax, RFDA* 2016, p. 1154 et s.

§1. Les voies de recours

La question de la compétence pour connaître du contentieux postérieur au prononcé de la sentence arbitrale rendue pour trancher un litige né d'un contrat administratif français a été le point de départ de l'évolution majeure du droit français à cet égard. Saisi en 2010 de la question de la répartition des compétences entre les ordres de juridiction judiciaire et administratif pour opérer le contrôle d'une sentence arbitrale internationale, le Tribunal des conflits a admis la compétence de principe des juridictions judiciaires¹⁸. Dans sa formulation la plus récente reprise sous la plume du Conseil d'État, le principe s'exprime ainsi : « le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires »¹⁹. Mais ce principe a été aussitôt assorti d'une exception essentielle au profit des juridictions administratives. Réitérée récemment, la solution est ainsi formulée : « il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif »²⁰. À l'évidence, s'agissant des contrats administratifs les plus importants, l'exception dévore le principe et assure aux juridictions administratives le maintien de leur compétence. Cette solution a par la suite été étendue par le Tribunal des conflits à l'exequatur des mêmes sentences²¹.

Une fois cette compétence acquise, le juge administratif a dû préciser les voies de recours qu'il entendait rendre disponibles.

18 TC 17 mai 2010, *Inserm*, n° C3754, *op. cit.*

19 CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté Fosmax LNG*, *op. cit.*

20 *Idem.*

21 TC 24 avril 2017, *Smac c. Ryanair*, n° 4075, *op. cit.* La question avait donné lieu à une opposition radiacale entre le Conseil d'État (CE, 19 avr. 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ Ryanair et al.*, *op. cit.*) et la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2015, *Ryanair et al. c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente*: *JCP A*, 2016, n° 12, p. 15, n. O. LE BOT; *JCP G*, 2016, n° 30, n. Ch. SERAGLINI; *D.* 2015, p. 2031, n. S. BOLLÉE; *S.*, p. 2241, obs. P. CASSIA; *AJDA* 2016, p. 671, note F. LOMBARD; *JCP* 2015, n° 1164, n. T.A. BRABANT, M. DESPLATS; *JDI* 2016, comm. 8, n. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES; *Rev. arb.* 2015. 1131, n. crit. M. LAZOUZI).

Dans l'ordre international, on l'a déjà noté, le Conseil d'État n'a jamais admis que la compétence administrative pour connaître d'un litige né d'un contrat administratif soit remise en cause. L'intervention des juridictions administratives françaises les a dispensées d'avoir à élaborer un mécanisme d'accueil des décisions étrangères rendues en matière administrative. Dans l'ordre interne, le recours à l'arbitrage était certes parfois possible, mais la voie de contrôle retenue par le juge administratif à l'égard des sentences était celle de l'appel, à l'instar des jugements rendus par les juges administratifs de première instance. En conséquence, les modalités d'accueil d'une décision juridictionnelle ne relevant pas des juridictions de l'ordre administratif, mais ayant tranché un litige de nature administrative restaient à inventer. La création d'un régime de l'exequatur devant les juridictions administratives avait également été préconisée par le Conseil d'État²² ainsi que par un groupe de travail chargé de réfléchir à l'arbitrage en matière administrative²³. En outre, dès 2010, la question posée au Tribunal des conflits était née des modalités du recours exercé contre la sentence. La compétence administrative ayant été tracée, il appartenait là encore au juge administratif de fixer le régime du contrôle des sentences rendues en France.

Sur ces deux points, l'influence du Code de procédure civile est évidente. Comme en reflet, c'est le droit contemporain de l'arbitrage international qui a inspiré le Conseil d'État.

Ainsi, le Conseil d'État a-t-il très clairement défini les voies procédurales ouvertes aux parties. Celle souhaitant obtenir que la sentence internationale rendue en matière administrative, dans le domaine de la compétence de contrôle du juge administratif français, puisse produire des effets en France dispose désormais de la procédure d'exequatur relevant de la compétence des tribunaux administratifs²⁴. Le Conseil d'État rejoint ainsi le Code de procédure civile qui régit la procédure d'exequatur devant les juridictions judiciaires²⁵.

Quant à la partie opposée à l'accueil en France de la sentence internationale qui y a été rendue par le tribunal arbitral, le Conseil d'État lui a ouvert la voie du recours contre la sentence, porté directement devant lui. Si le Conseil d'État a fondé sa décision sur un texte relatif à sa compétence d'appel²⁶, l'inspiration de la voie de recours ainsi créée se rattache directement au régime du recours en annulation ouvert

22 *Rapport annuel. Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage...*, 1993, p. 99.

23 Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, présidé par M. Daniel LABETOULLE, ancien président de la section du contentieux, 13 mars 2007, p. 14 (point 3.4.1) (disponible sur le site du ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf).

24 CE 19 avr. 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ Ryanair*, *op. cit.*

25 CPC, articles 1514 et s.

26 Selon l'article L. 321-2 du Code de justice administrative, « 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 ».

par le Code de procédure civile à l'encontre des sentences internationales rendues en France²⁷.

Cette inspiration, il faut le noter, s'est prolongée sur le terrain des voies de recours écartées par le juge administratif. Ainsi, à l'instar du Code de procédure civile²⁸, le Conseil d'État a refusé la création d'une instance en inopposabilité des sentences internationales²⁹, laquelle aurait permis à la partie condamnée par une sentence rendue à l'étranger d'en faire juger le refus de l'accueillir en France sans attendre que l'autre partie en demande l'exequatur. Elle s'est également traduite par le refus d'admettre que le recours ouvert contre les sentences internationales le soit contre les sentences rendues à l'étranger.

L'architecture des voies de recours est ainsi, quant à ses éléments principaux, directement inspirée des solutions appliquées par les juridictions judiciaires sur le fondement du Code de procédure civile. Cette inspiration est confirmée par l'examen des griefs faisant l'objet d'un contrôle par le juge administratif.

§2. Les griefs contrôlés

S'agissant de l'objet du contrôle opéré par le juge administratif sur la sentence arbitrale, l'énumération des griefs contrôlés par le Conseil d'État lorsqu'il est directement saisi du recours dirigé contre la sentence internationale relevant de la compétence de l'ordre administratif renseigne suffisamment sur la source d'inspiration à l'œuvre. C'est une fois encore le Code de procédure civile. L'inspiration n'étant pas une soumission, le Code de procédure civile ne s'imposant pas aux juridictions administratives, certaines divergences existent néanmoins. Ces divergences sont plus apparentes encore lorsque l'on s'intéresse au contrôle mis en œuvre lors de l'exequatur de la sentence par les tribunaux administratifs. À leur égard, le Code de procédure civile cesse d'être une inspiration, l'objectif du contrôle conduit pas le juge administratif prenant le pas sur la commodité d'une source dont le contenu est jugé inadéquat par le Conseil d'État.

Dans son arrêt *Fosmax* rendu par l'Assemblée plénière, le Conseil d'État a énuméré les griefs soumis à son contrôle en tant que juge du recours contre la sentence internationale rendue en France. Dans un considérant qui mérite d'être reproduit, malgré sa longueur, il a jugé que « lorsqu'il est saisi d'un tel recours, 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 ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre

²⁷ CPC, art. 1518.

²⁸ *Idem*.

²⁹ CE 19 avr. 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ Ryanair*, *op. cit.*

part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence »³⁰. S'ajoute à cela, le « contrôle sur le fond » de la contrariété de la sentence à l'ordre public.

Là encore, la parenté avec le régime mis en place par le Code de procédure civile est évidente. L'article 1520 de ce code prévoit en effet que la sentence internationale rendue en France ne peut être annulée par la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été prononcée que dans cinq cas : lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, lorsqu'il a été irrégulièrement constitué, lorsqu'il a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée, lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou lorsque la reconnaissance et l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. À l'exception du contrôle de la motivation de la sentence que le code de procédure civile ne permet pas³¹, les griefs retenus comme fondement du recours contre la sentence sont eux aussi directement inspirés du régime de l'arbitrage international devant le juge judiciaire.

Cette proximité des solutions n'est toutefois pas complète. Outre que de nombreux éléments du régime de l'arbitrage restent à préciser, il en est un à l'égard duquel le Conseil d'État s'est très nettement séparé du Code de procédure civile : le contrôle opéré par le juge saisi d'une demande d'exequatur. En effet, aux termes de l'article 1514 de ce code l'insertion de la sentence en France par le juge de l'exequatur n'est soumise qu'au contrôle de son existence et de l'absence de contrariété manifeste de son exécution à l'ordre public international. Ce contrôle extrêmement léger conduit à accorder de manière très libérale l'exequatur aux sentences arbitrales internationales ou étrangères. Il faut ajouter que l'appel de l'ordonnance d'exequatur n'est plus en principe suspensif d'exécution, depuis la réforme du droit de l'arbitrage opéré par le décret du 13 janvier 2011, afin « d'éviter les recours dilatoires exercés par des parties de mauvaise foi »³².

30 CE Ass., 9 nov. 2016, *Sté Fosmax LNG*, *op. cit.*

31 Cependant, l'exigence de motivation sera le plus souvent prévue par le règlement d'arbitrage choisi par la volonté des parties. S'imposant aux arbitres, l'exigence de motivation pourra faire l'objet d'un contrôle sous le grief du respect de leur mission.

32 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF du 14 janvier 2011, p. 773 et s.

Le Conseil d'État s'est nettement écarté du libéralisme du contrôle de l'exequatur devant le juge judiciaire. Il a en effet estimé que le tribunal administratif saisi de la demande relative à l'exequatur d'une sentence internationale devait opérer un « contrôle analogue » à celui exercé par le Conseil d'État exerçant le recours contre la sentence. Il n'est donc pas question, pour l'heure, d'instituer un système favorable à l'exequatur sous réserve d'un contrôle plus poussé en cas d'appel. L'exequatur paraît obéir à un régime unitaire devant le juge administratif, le contrôle étant le même en première instance et en appel.

La comparaison du régime en gestation de l'arbitrage international devant le juge administratif et de celui mis en œuvre depuis plusieurs décennies par le juge judiciaire indique nettement que ce dernier a servi de source d'inspiration. C'est du reste la solution qu'avait envisagée la doctrine³³. Ces emprunts techniques permettent au juge administratif de proposer aux usagers de l'arbitrage, à défaut de dispositions dans le Code de justice administrative, un proto-régime de contrôle des sentences arbitrales, et à travers l'indication de la teneur du contrôle, un guide à destination des arbitres. Toutefois, l'emprunt d'un régime mature ne saurait être considéré en lui-même comme un gage de sécurité juridique ni comme l'assurance d'un édifice solide. En effet, alors que le droit de l'arbitrage international est orienté de longue date vers la recherche de la plus grande efficacité de l'institution, tel ne paraît pas être l'objectif assigné au droit public de l'arbitrage international. L'évocation des différences touchant à la sévérité du contrôle de l'exequatur suffit à montrer que le Conseil d'État place l'absence de contrariété à l'ordre public administratif au-dessus de toute considération relative à la célérité et à l'efficacité de l'arbitrage. Or, si une technique juridique ne peut être retenue en l'absence d'adéquation avec les fins ultimes que son usage est supposé servir, il est n'est pas douteux que le contrôle des sentences par le juge administratif ne pourra que recourir à des outils différents, tant les objectifs paraissent éloignés de ceux du juge judiciaire. Au premier la préservation de l'ordre public administratif ; au second, l'efficacité de l'arbitrage.

II. L'INDIFFÉRENCE THÉORIQUE

De prime abord, il paraît erroné d'évoquer une indifférence du régime administratif de l'arbitrage international aux conceptions théoriques inspirant le droit de l'arbitrage international tel qu'il est mis en œuvre par le juge judiciaire. En effet, tant devant le Tribunal des conflits que devant l'Assemblée du contentieux du Conseil

33 D. FOUSSARD, « L'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.*, 1990, n° 3, spéc. p. 43 s.

d'État, les conclusions présentées³⁴ ont sagement rendu compte des différentes conceptions relatives aux rapports entre l'arbitrage international et les ordres juridiques étatiques, en particulier celle admettant l'existence d'un ordre juridique arbitral, autonome et détaché des ordres juridiques étatiques. Toutefois, l'attention portée à ces constructions n'a constitué qu'une étape liminaire d'analyse de ce qu'est l'arbitrage usuellement pratiqué par les opérateurs du commerce international et à l'efficacité duquel les juridictions judiciaires françaises veillent, de concert avec le pouvoir réglementaire. Lorsqu'il s'est agi de formuler les solutions positives relatives au contrôle des sentences internationales rendues en matière administrative et intéressant un régime d'ordre public, le Conseil d'État et ses rapporteurs publics ont été clairs : le régime administratif d'ordre public applicable au contrat ne peut être méconnu.

On insistera dès lors ici sur deux modalités de cette indifférence du Conseil d'État aux considérations d'ordre théorique inspirant une lecture libérale de l'arbitrage international. Il s'agit tout d'abord de la soumission de l'arbitrage aux solutions du droit français (§1). Il s'agit encore de la mise en œuvre d'une révision de la sentence au fond (§2).

§1. La soumission aux solutions du droit français

Le droit de l'arbitrage international s'illustre par la présence en son sein de nombre de règles forgées spécialement au profit de solutions plus libérales que celles prévues pour l'arbitrage interne ou pour les rapports ne relevant pas de l'arbitrage international. La méthode mise en exergue par les juridictions judiciaires françaises à cette fin s'appuie sur l'édiction de règles matérielles du droit de l'arbitrage international, c'est-à-dire des règles spécialement forgées par le juge – et parfois codifiées par le pouvoir réglementaire – afin d'imposer au profit de l'arbitrage une solution jugée plus libérale et donc plus pertinente.

L'expression de cette méthode se trouve dans la formule récurrente par laquelle la Cour de cassation juge désormais que la convention d'arbitrage bénéficie d'un « principe de validité »³⁵ qui n'assujettit la licéité de la clause à aucune « référence à une loi étatique »³⁶ et qui n'en limite la validité que par les règles impératives du

34 M. GUYOMAR, concl. sur TC 17 mai 2010, *Inserm*, *Rev. arb.* 2010, p. 489 ; F. PELLISSIER, concl. sur CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, *op. cit.*, *RFDA* 2016, p. 1154 et s.

35 Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, n° 96-21430 : *Dr. et patr.* 2000, p. 2514, n. P. MOUSSERON ; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 2000, p. 10, n. E. DU RUSQUEC ; *JDI* 1999, p. 784, n. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, n. Ph. FOUCHARD ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. BUREAU ; *RTD com.* 1999, p. 380, n. É. LOQUIN.

36 Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2006, n° 03-12034 ; *Rev. arb.* 2006, p. 945, n. E. GAILLARD ; *JDI* 2006, p. 1384, n. A. MOURRE.

droit français et l'ordre public international³⁷. L'une des premières expressions du recours aux règles matérielles du droit de l'arbitrage international est bien connue : il s'agit de l'admission du pouvoir des personnes morales de droit public françaises de recourir à l'arbitrage pour les besoins du commerce maritime, malgré la prohibition du recours à l'arbitrage posée par le droit français, sans distinction de son caractère interne ou international. Depuis l'arrêt *Galakis*³⁸, en effet, les juridictions judiciaires considèrent que la prohibition posée par l'article 2060 du Code civil ne concerne pas l'arbitrage international, solution étendue ensuite aux personnes publiques étrangères à l'encontre des solutions de leur droit étatique³⁹.

Le Conseil d'État pouvait-il admettre que le principe de prohibition du recours à l'arbitrage exprimé clairement par l'article 2060 du Code civil, sans limitation à l'arbitrage interne, puisse être contournée par le biais d'une règle contraire libérale de création prétorienne ? Si certains avaient jugé acquise l'adhésion du Conseil d'État à l'arrêt *Galakis*, l'Assemblée du contentieux a été d'un tout autre avis, réaffirmant solennellement l'existence d'un principe général du droit interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage, sauf convention internationale ou disposition législative contraire⁴⁰. Loin d'être le juge normal des relations contractuelles internationales de l'administration, l'arbitre n'a vocation à en connaître qu'à titre exceptionnel tant que le législateur n'en aura pas décidé autrement. Dès lors la recherche de l'efficacité de l'arbitrage ne peut être une considération première guidant le juge administratif dans l'élaboration du régime de l'arbitrage international. Rien ne pousse le Conseil d'État à favoriser l'arbitrage par l'adoption de solutions *contra legem*. Peu lui importe également la comparaison des droits de l'arbitrage international que génère la concurrence des places d'arbitrage. Étant le juge normal de contrats administratifs internationaux français, si les parties se détournent de l'arbitrage le contentieux lui reviendra, tant il est encore leur juge naturel⁴¹.

Ainsi, le Conseil d'État se montre soucieux du respect de la légalité stricte, ne cherchant pas à l'aménager au profit d'une plus grande efficacité ou d'une plus grande attractivité du régime administratif de l'arbitrage international. Une autre illustration de cette indifférence peut être plus rapidement évoquée : celle du rejet de l'argument de la bonne foi opposée aux personnes publiques. En effet, le Conseil d'État a fermement jugé qu'il « n'existe pas, dans le contentieux de la légalité, de principes

37 Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-14311, *Rev. arb.* 2005, p. 959, n. C. SERAGLINI.

38 Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *Galakis* : *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, n. B. GOLDMAN ; *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL ; *D.* 1966, p. 575, note J. ROBERT.

39 Paris, 17 déc. 1991 : *Rev. arb.* 1993, p. 281, note H. SYNDET ; 24 févr. 1994, *Beck Frères*, *Rev. arb.* 1995, p. 275, note Y. GAUDEMET.

40 CE Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, *op. cit.*

41 Du moins tant que le droit de l'Union n'aura pas mis fin en pratique à la compétence exclusive du juge administratif français pour connaître du contentieux des contrats administratifs s'agissant des litiges n'impliquant aucune prérogative de puissance publique.

généraux en vertu desquels une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment d'une autre partie » en déduisant que l'administration était « recevable à soulever pour la première fois devant le juge d'appel le moyen tiré de l'illégalité du recours à l'arbitrage » sans que l'autre partie « puisse utilement invoquer un “principe de bonne foi” pour y faire obstacle »⁴². La solution est, là encore, bien différente de celle admise par les juridictions judiciaires lorsqu'elles font produire effet à l'exigence de bonne foi au soutien de la compétence du tribunal arbitral⁴³ ou afin de neutraliser les griefs soulevés devant elles contre la sentence, alors qu'ils auraient dû l'être d'abord devant le tribunal arbitral.

La délocalisation des sentences arbitrales et l'autonomie des arbitres par rapport aux ordres juridiques étatiques dont ils ne sont pas les gardiens ne justifient pas, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, un aménagement du droit français au profit de solutions plus libérales favorables au développement et à l'efficacité de l'arbitrage. Au-delà de ce constat, l'objectif assigné par le Conseil d'État au contrôle de la sentence traduit une certaine hostilité à la conception de l'arbitrage international défendue par les juridictions judiciaires et les textes régissant l'arbitrage international, du moins en rapport avec la matière administrative française.

§2. La révision au fond de la sentence

La perspective des juridictions judiciaires quant au phénomène de l'arbitrage international met en exergue l'indifférence au fond du litige. Le droit de l'arbitrage international doit assurer l'existence du consentement des parties à l'arbitrage, en exclure l'utilisation dans certaines matières, et donner au juge les moyens de contrôler que la sentence rendue respecte le fondement conventionnel de la compétence du tribunal arbitral, ainsi que les principes fondamentaux conditionnant le prononcé d'une décision juridictionnelle, le tout sans violer les valeurs essentielles de la société française. Mais au-delà, le droit français de l'arbitrage international traduit une indifférence marquée quant à la manière dont le tribunal arbitral tranche le litige au fond. Il ne permet ni le contrôle du raisonnement des arbitres ni le contrôle du respect par le tribunal arbitral de l'ordre public ou des règles impératives françaises. Seule l'atteinte flagrante ou manifeste à l'ordre public international est sanctionnée⁴⁴.

42 CE 23 déc. 2015, n° 376018 : *Gaz. Pal.* 2016, n° 5, p. 28, n. B. SEILLER.

43 Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009, n° 08-16.025 : *Rev. arb.* 2009, p. 529, note D. COHEN ; *D.* 2009, p. 1957, n. X. DELPECH ; *Gaz. Pal.* 2009, p. 3116 ; *JCP* 2009, n° 462, § 10, n. J. ORTSCHIEDT ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 779, note F. JAULT-SESEKE ; *DMF*, juin 2010, hors série p. 89, n. Ph. DELEBECQUE.

44 Par ex. : Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.799, *Rev. arb.* 2001. 805 (2^e esp.), obs. Y. DERAÏNS ; Paris, 18 nov. 2004, *JCP* 2005. II. 10038, note G. CHABOT ; *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2005, p. 5, note C. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 2005. 752 et 529, note L. RADICATI DI BROZOLO ; *RTD com.* 2005. 263, obs. É. LOQUIN ; Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *Cah. arb.* 2011. 443, note J.-B. RACINE ; 4 juin 2008, n° 06-15.320, *D.* 2008. Pan. 2560, obs. BOLLÉE ; *JCP* 2008. I. 164, § 8, obs. C. SERAGLINI ;

Si le juge judiciaire opère parfois un contrôle très approfondi, en fait et en droit, il ne le fait que dans le cadre des griefs mentionnés par l'article 1520 du Code de procédure civile, en particulier s'agissant de la compétence arbitrale et du respect par les arbitres de la volonté des parties quant à leur mission. Il s'interdit en revanche de procéder à une révision du raisonnement qui ne soit pas opérée à fin de mettre en œuvre l'un des griefs limitativement énumérés et strictement délimités par le Code de procédure civile et la jurisprudence.

De prime abord, le Conseil d'État a semblé vouloir adopter la même approche, édictant une liste de griefs permettant d'opérer un contrôle limité de la sentence arbitrale. Cette attitude était compréhensible, dès lors que l'attribution aux juridictions administratives d'une compétence en matière d'arbitrage international des contrats administratifs français avait été guidée par la volonté d'éviter le contrôle jugé trop laxiste des juridictions judiciaires françaises s'agissant de la contrariété de la sentence à l'ordre public international. Il eût été possible d'adopter exactement les mêmes méthodes, les mêmes points de contrôle, mais de donner à ce dernier une intensité supérieure s'agissant de l'ordre public international.

Le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont choisi une voie différente. Le contrôle primordial mis en œuvre par le juge administratif à l'égard de la sentence a été formulé ainsi : « 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 »⁴⁵.

Ce contrôle est sans rapport avec celui de la contrariété de la sentence à l'ordre public international. La sentence sera annulée, ou son exequatur refusé, dès lors que le tribunal arbitral n'aura pas donné application à une règle impérative de droit administratif français ou, plus précisément, dès lors qu'il n'aura pas donné à la question litigieuse la solution imposée par cette règle administrative d'ordre public.

RTD com. 2008. 518, obs. É. LOQUIN; *Gaz. Pal.* 20-21 févr. 2009, p. 32, note F.-X. TRAIN; *Rev. arb.* 2008. 473, note I. FADLALLAH; *RJ com.* 2009. 62, note B. MOREAU; Paris, 22 oct. 2009, *Rev. arb.* 2010. 124, note F.-X. TRAIN; 7 avr. 2011, *Rev. arb.* 2011. Somm. 577. Cependant, le constat du renforcement du contrôle opéré en pratique par la cour d'appel de Paris à cet égard, malgré la bannière libérale de la contrariété manifeste, a conduit un auteur à souligner récemment que cette évolution devrait conduire à mettre fin à la scission opérée par l'arrêt Inserm du Tribunal des conflits (S. LEMAIRE, note sous Paris, 16 janvier 2018, *Soc. MK Group c. Sarl Onix et a.*, *Rev. arb.* 2018/2, p. 401).

⁴⁵ CE Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, *op. cit.*.

Pour parvenir à un tel contrôle, le juge administratif ne peut procéder autrement qu'en examinant de manière approfondie la nature du contrat afin de déterminer le corps des règles administratives impératives constituant le régime de l'accord litigieux. Il doit ensuite procéder lui-même à la mise en œuvre de ces règles au cas concret, comme le tribunal aurait dû le faire. Il doit enfin constater le résultat auquel il parvient et le comparer à celui porté par la sentence soumise à son contrôle. La mise en œuvre d'un tel contrôle suppose nécessairement de porter un jugement sur le raisonnement mis en œuvre par le tribunal arbitral.

Dans l'arrêt *Fosmax*, le Conseil d'État s'est défendu préventivement de toute volonté d'exercer un contrôle trop étendu ou de réviser la sentence, en affirmant que « le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public ». L'affirmation relative à l'indifférence de la qualification mérite de retenir l'attention. On avait pu soutenir que l'une des difficultés les plus redoutables qu'auraient à affronter les arbitres toucherait à la qualification du contrat international de l'administration, administratif ou de droit privé⁴⁶. Dans l'affaire *Fosmax*, précisément, les parties avaient donné mission aux arbitres de déterminer si le droit administratif français était applicable en faisant une stricte application des « critères fixés par la loi et la jurisprudence des tribunaux français ». Les arbitres ayant retenu la nature privée du contrat l'ont logiquement soumis au droit privé (français).

Or, c'est précisément cette soumission au droit privé qui a conduit le Conseil d'État à annuler partiellement la sentence, en raison d'une règle administrative d'ordre public applicable au contrat en raison de sa nature administrative. La révision de la sentence est flagrante, dès lors que l'on prend en compte l'ensemble constitué par l'intervention du Tribunal des conflits et l'arrêt du Conseil d'État. En effet, le premier n'a pu trancher la question de la compétence de l'ordre administratif qu'après avoir soigneusement analysé le contrat, puis s'être livré à une délicate mise en œuvre des principes de détermination des solutions du droit transitoire sur la qualification, une personne privée ayant été substituée au contractant public initial. Une fois la qualification administrative du contrat acquise et maintenue malgré la substitution de partie, le Tribunal des conflits a dû identifier les règles administratives d'ordre public justifiant la compétence de contrôle du Conseil d'État. Enfin, tout en proclamant l'indifférence de l'erreur de qualification commise par les arbitres, le Conseil d'État a procédé à l'application des règles administratives impératives telle qu'elle aurait dû être opérée par le tribunal arbitral, s'il n'avait pas commis d'erreur de qualification.

46 M. LAZOUZI, « L'arbitre international et les contrats administratifs français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. Mayer*, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 431 s., spéc. p. 434.

En conséquence, l'affirmation platonique d'une absence de contrôle de la qualification ne saurait tromper dès lors que l'erreur de qualification conduira le plus souvent le tribunal arbitral à ne pas appliquer une ou plusieurs règles administratives d'ordre public dont l'applicabilité au litige justifie la compétence de contrôle des juridictions administratives.

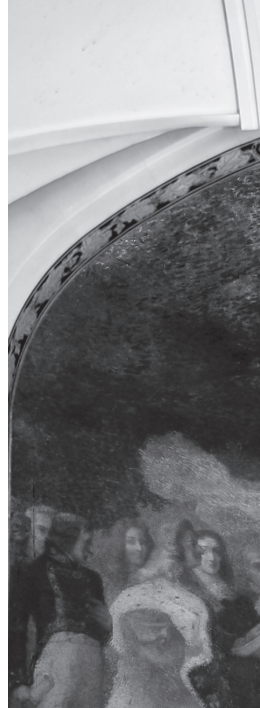
L'indifférence au fond du droit applicable et l'absence de contrôle du raisonnement arbitral sont ainsi aux antipodes du contrôle intense imposé par le Conseil d'État aux sentences arbitrales internationales. On peut dès lors s'interroger sur la pertinence de soumettre un tel litige à l'arbitrage, lorsque la rigueur du contrôle conduit la sentence à faire l'objet d'un réexamen complet, en fait et en droit, dans toute la mesure nécessaire à la vérification de la bonne application d'une règle administrative d'ordre public. Si la révision à fin de contrôle peut être justifiée y compris à l'encontre des sentences arbitrales, ce n'est qu'à la condition que les chefs de contrôle soient conçus de manière étroite et ne portent pas sur l'entier raisonnement juridique du tribunal arbitral. Dès lors que la sentence subira les conséquences de l'inapplication d'une règle de droit administratif, fût-elle d'ordre public, il est bien évident que c'est l'entier raisonnement juridique du tribunal arbitral que vise le contrôle ordonné par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État.

En définitive, l'élaboration d'un système de contrôle s'inspirant directement des solutions techniques en vigueur devant les juridictions judiciaires contribue à légitimer l'intervention des juridictions administratives en montrant aux usagers de l'arbitrage, et aux contempteurs du dualisme juridictionnel en la matière, que le juge administratif n'est pas resté sourd aux nécessités propres de l'arbitrage international. Cette apparence de convergence avec les solutions les plus modernes du droit de l'arbitrage international, quoi qu'on en pense, ne résiste cependant pas à l'examen, lorsque le regard se porte sur l'intensité du contrôle exercé et sur l'étendue de l'examen consacrés aux raisonnements des arbitres, que ce soit afin d'établir la compétence administrative ou de veiller au respect de l'ordre public.

Alors que le juge judiciaire apparaît comme le gardien des valeurs portant le droit de l'arbitrage international et non celui des rapports juridiques litigieux soumis aux arbitres, le juge administratif a adopté la position inverse qui sied à un juge d'attribution : il est le gardien du régime unitaire des contrats administratifs, fussent-ils internationaux et fussent-ils soumis à l'arbitrage, et aucunement le gardien des valeurs propres de l'arbitrage international. Tant que cette perspective n'évoluera pas, les rapports du droit de l'arbitrage et des contrats administratifs internationaux apparaîtront sous le signe de la confrontation. Pour reprendre une formule heureuse, le Conseil d'État pourrait bien avoir construit une impasse⁴⁷.

47 « Arbitrage des contrats internationaux des personnes publiques. La talentueuse construction d'une impasse », note sous TC, 24 avril 2017, *Smac c. Ryanair*, *Rev. arb.* 2017, p. 883 et s.

Cet ouvrage explore l'analyse épistémologique des processus d'internationalisation du droit administratif et de leurs rapports avec le droit comparé. Précisant d'abord les différents cadres possibles pour cette internationalisation, il décline l'internationalisation des sources, de l'action administrative et enfin des contentieux. Il montre que les solutions internes ont l'avantage de maintenir à la fois le contrôle d'un juge spécialisé dans la prise en compte de l'intérêt général, et la protection de la primauté de la garantie étatique. En cela l'internationalisation contrôlée du droit administratif constitue l'alternative la plus forte qui soit à la théorie du droit administratif global.



« Regarder de l'extérieur le droit administratif en tant qu'ensemble normatif unitaire et cohérent est une démarche plutôt récente dans la science juridique. »

Avec les contributions de :

Alfred C. Aman Jr, Jean-Bernard Auby, Sabino Cassese, Maxence Chambon, Philippe Cossalter, Aurélie Duffy-Meunier, Gilles J. Guglielmi, Jan Henrik Klement, Malik Laazouzi, Elie Lenglart, Giulio Napolitano, Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, Carlo Santulli, Grenfieth Sierra Cadena, Ulrich Stelkens, Bernard Stirn, Anne-Marie Thénevot-Werner.



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

ISBN 978-2-37651-020-8
ISSN 1765-0305



36 €