

RAPPORT

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

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

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

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

La démarche au cas par cas qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui n'est pas sans poser problème. L'exemple de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dont l'article 11 permet de soumettre les litiges relatifs à ces contrats à arbitrage¹ est significatif : en raison de l'absence de toute précision sur les règles de procédure et les voies de recours qui devraient être mises en œuvre, ces dispositions ont créé des incertitudes ; il semble d'ailleurs qu'aucun contrat de partenariat conclu à ce jour par l'Etat ne comporte encore de clause compromissoire.

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

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

Le présent rapport a été adopté par le groupe de travail, à la suite d'auditions de représentants des associations de collectivités territoriales, des entreprises et des institutions françaises permanentes d'arbitrage, et après qu'il a recueilli de nombreuses consultations écrites².

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

* * *

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

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

L'arbitrage, qui aboutit à une décision juridictionnelle tranchant le litige, se distingue donc des modes de règlement alternatifs des litiges que sont la médiation, la conciliation ou la transaction. Compte tenu de la mission qui lui a été confiée, le groupe de travail s'est borné à examiner les conditions d'un recours à l'arbitrage pour les litiges intéressant les personnes publiques, sans étendre sa réflexion aux améliorations qu'il conviendrait le cas échéant d'apporter aux modes de règlement non juridictionnels des litiges. Il tient toutefois à rappeler tout l'intérêt de ces procédures, qui, d'ailleurs, a été souligné à maintes reprises lors des auditions et consultations. Il convient à cet égard de préciser que l'arbitrage n'exclut pas le recours préalable à ces modes de règlement alternatifs³. Ainsi, rien n'interdit qu'une convention d'arbitrage prévoie qu'un litige soit soumis à une phase de conciliation ou de médiation, puis en cas d'échec de celle-ci, à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage ne fait pas non plus obstacle à ce qu'une transaction intervienne en cours d'instance arbitrale.

² V. la liste jointe en annexe au rapport.

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

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

Cette **interdiction** a des racines anciennes. Elle constitue un principe général du droit public français⁴, qui prend appui sur des dispositions législatives figurant aujourd’hui à l’article 2060 du code civil⁵. Ce principe a valeur législative mais non constitutionnelle⁶ : sa portée peut être modifiée par le législateur ; il peut en particulier lui être apporté des dérogations par la voie de dispositions législatives expresses.

De fait, des dispositions de valeur législative ont déjà organisé des **dérogations** ponctuelles en droit interne à la prohibition du recours à l’arbitrage pour les personnes morales de droit public. Certaines de ces dérogations ont visé des personnes publiques précisément identifiées ou des catégories de personnes publiques : le législateur a ainsi autorisé expressément la SNCF⁷, la Poste⁸ et RFF⁹ à recourir à l’arbitrage ; la loi du 9 juillet 1975 a, pour sa part, ouvert la possibilité au Gouvernement d’autoriser par décret certaines catégories d’établissements publics industriels et commerciaux à compromettre¹⁰. D’autres dérogations ont concerné certains types de litiges : notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l’Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux¹¹, ceux relatifs à l’exécution de contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères « pour la réalisation d’opérations d’intérêt national »¹², ceux relatifs aux fouilles en matière d’archéologie préventive¹³, ceux relatifs aux contrats de partenariat¹⁴.

Par ailleurs, le recours à l’arbitrage a, depuis longtemps, été organisé spécialement par plusieurs traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers¹⁵.

En outre, le principe de prohibition de l’arbitrage pour les personnes publiques cède pour le règlement des litiges mettant en cause « les intérêts du commerce international »¹⁶.

⁴ Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677, D.1958.517 ; CE Avis 6 mars 1986, n°339710, GACE n°15 ; CE 29 octobre 2004, Sueur et autres, Leb. p. 393, concl. Casas.

⁵ Depuis la loi du 5 juillet 1972 ; auparavant l’interdiction de compromettre était tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 du code de procédure civile de 1806 (CE Avis 14 août 1823, cité in Leb. 1824 p.633 ; CE 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Leb. p.631 ; CE 23 décembre 1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Leb. p.842 ; CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677).

⁶ CC 2 décembre 2004, n°2005-506 DC.

⁷ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, art. 25.

⁸ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, art. 28.

⁹ Loi n°97-135 du 13 février 1997, art. 3.

¹⁰ Loi n°75-596 du 9 juillet 1975, modifiant l’article 2060 du code civil. V. le décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l’électricité et du gaz).

¹¹ Loi du 17 avril 1906, article 69 ; art. 132 du code des marchés publics.

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

¹³ Art. L 523-10 du code du patrimoine ; décret n°2004-490 du 3 juin 2004, art. 47 à 52.

¹⁴ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, art. 11.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ TC 19 mai 1958, Myrton Steamship, Leb. p.473 ; Cass. Civ. I 14 avril 1964, ONIC ; Cass. Civ. I 2 mai 1966, Trésor public c/Galakis. Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, art. 2. NCPC, article 1492.

litige né d'un contrat nul. En revanche, il n'a pas entendu inclure les litiges opposant la collectivité publique et les candidats à l'attribution d'un contrat.

En cas de nullité du contrat, les cocontractants ne sont plus liés par ce contrat, qui est réputé n'avoir produit aucun effet de droit entre eux dès l'origine. Mais il n'en reste pas moins que ce contrat a matériellement existé et peut se trouver au cœur d'un litige entre les deux « co-contractants ». Si la nullité du contrat ferme aux parties la voie à des actions contentieuses engagées sur la base de la mise en cause de la responsabilité contractuelle de leur co-contractant, d'autres voies de droit s'ouvrent ainsi à elles. Peut, par exemple, être invoquée la responsabilité quasi-contractuelle au titre de l'enrichissement sans cause, ou la responsabilité quasi-délictuelle tenant à la faute consistant à avoir passé un contrat nul. Or, il est apparu au groupe de travail que ce type de contentieux entretenait des liens trop étroits avec le contentieux contractuel au sens strict pour qu'il soit réellement justifié de lui assurer un traitement distinct au regard de l'arbitrage¹⁷.

Le champ ainsi ouvert à l'arbitrage inclurait également les litiges liés à la mise en jeu des responsabilités « post-contractuelles » des constructeurs (responsabilité biennale, décennale et trentenaire).

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

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

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

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

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

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

Le périmètre de la mission impartie au groupe de travail exclut que l'arbitrage puisse concerner le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux. Au demeurant, on ne voit pas que l'on puisse déroger pour des litiges de cette nature aux procédures de recours ouvertes devant les juridictions administratives.

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

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

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

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

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

Enfin, il est apparu au groupe de travail que l'intérêt pratique d'ouvrir à l'arbitrage les litiges de responsabilité quasi-délictuelle serait probablement très limité. Par construction, les parties à un tel litige ne peuvent décider ensemble d'engager une procédure arbitrale qu'une fois le litige né, par la voie d'un compromis d'arbitrage. Or, on peut craindre qu'une fois le litige né, les parties peinent à conclure un tel compromis ; on peut penser qu'elles préfèreront soumettre aux juridictions de droit commun la question de la faute éventuellement commise. A supposer que les parties soient prêtes à rechercher un accord, d'autres modes de règlement alternatifs tels que la transaction seraient sans doute mieux adaptés à la solution du litige.

* * *

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

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

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

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

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

Les propositions du groupe de travail conduisent à une extension du champ des litiges des personnes publiques susceptibles d’être soumis à arbitrage. Mais elles n’aboutissent pas à une extension concomitante du champ du droit public ; elles sont au contraire neutres quant à la répartition entre droit public et droit privé. Car, ainsi que vient de le rappeler très clairement le Tribunal des conflits¹⁸, ce n’est pas la procédure d’arbitrage, mais la nature du litige qui détermine le droit applicable et, par conséquent, l’ordre de juridiction compétent pour l’exercice des voies de recours.

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

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

Dans cet esprit, le groupe de travail a également estimé que le juge d’appui auquel les parties feront éventuellement appel pour régler certaines difficultés au cours de la procédure d’arbitrage devra être choisi au sein de l’ordre juridictionnel compétent pour connaître du

¹⁸ TC 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/Mutuelle des architectes français, à publier au Leb., BJCP n°49 décembre 2006, p.41), RJEP n°638 janvier 2007, p.30, concl. Stahl : pour déterminer la juridiction compétente pour statuer sur la contestation d’une sentence arbitrale rendue dans un litige opposant un EPIC, le Tribunal des conflits se fonde sur la nature juridique du contrat ayant donné lieu à l’arbitrage ; en l’espèce, il constate que le contrat est de droit privé faute d’avoir été conclu dans le cadre d’activités de l’EPIC ressortissant à l’exercice de prérogatives de puissance publique, et il renvoie par conséquent le règlement de l’affaire à la juridiction judiciaire.

fond. Il a en particulier été sensible au fait que ce juge pourrait être amené à trancher des questions intéressant le droit public, ne serait ce qu'à titre exceptionnel, par exemple pour constater la nullité « manifeste » de la clause compromissoire.

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

Soumettre les litiges contractuels à une procédure d'arbitrage ne peut avoir pour effet d'ouvrir plus largement les hypothèses dans lesquelles des conventions internationales¹⁹, la loi nationale²⁰ ou la jurisprudence²¹ admettent qu'un tel contrat, s'il présente des éléments d'extranéité suffisants, peut être soumis à la loi étrangère par libre choix des parties ou à défaut, par application de critères de rattachement²².

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

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

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

²¹ CE Sect. 19 novembre 1999, Tegos, Leb. p.356, RFDA 2000 p.833 concl. J. Arrighi de Casanova ; TC 22 octobre 2001, Issa et Le Gouy c/Lycée Jean Mermoz à Dakar, Leb. p.751, pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger. Cass. Civ., 31 mai 1932, Etat français c/Veuve Carathéodory pour un bail conclu par l'Etat français en Turquie, soumis au droit turc. CE Sect. 11 janvier 1952, Habib Bechara, Leb. p.30, pour un marché de fournitures conclu et exécuté au Liban par l'Etat français, soumis à la loi française. ; à contrario, CE 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée, Leb. tables p.884, AJDA 1969 p.257, concl. Braibant, pour un marché de travaux passé et exécuté au Cambodge et qui, passé sous l'empire du code des marchés publics résultant du décret du 17 juillet 1964, n'était pas obligatoirement régi par ce code ; voir également CE 28 septembre 2001, Entreprise de construction et de prestation de services, Leb. p.442.

²² C'est par exemple le lieu d'exécution pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger : TC 22 octobre 2001, Issa et Le Gouy c/Lycée Jean Mermoz à Dakar précité ; ou la loi de l'Etat émetteur d'un contrat d'emprunt obligataire à défaut de soumission de ce contrat à la loi du lieu d'émission : CE Sect. 28 novembre 1958, Dme Veuve Langlois, Leb. p.590, concl. Gand.

²⁵ Le tribunal arbitral devra également se prononcer sur la validité ou l'interprétation du droit communautaire, la CJCE refusant d'être saisie par des juridictions arbitrales. Et, à la différence des juridictions administratives, le tribunal arbitral pourrait se prononcer sur des questions de droit privé – existence d'un droit de propriété, d'une servitude, état, nationalité, capacité d'une personne, etc – sans renvoi préjudiciel à la juridiction civile.

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

2.3.1. Le groupe de travail s'est en effet prononcé unanimement pour que les arbitres disposent d'une **plénitude de juridiction**²⁵. Les arbitres se verrait donc reconnaître le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux, lorsque cette interprétation ou appréciation de légalité sera nécessaire à l'issue du litige. Le groupe de travail a souhaité ainsi éviter tout délai lié aux questions préjudiciales et a estimé que les risques d'une telle solution étaient limités, dès lors que les parties pourront exercer des voies de recours.

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

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

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

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

Le groupe de travail a constaté que le statut des tiers dans le litige contractuel ne sera pas affecté négativement par le fait que le litige a été soumis à l'arbitrage. La jurisprudence dénie aux tiers la possibilité de saisir le juge du contrat²⁶ et il en va sans doute de même de la possibilité pour les tiers d'intervenir à l'instance contractuelle. De même en l'état de la jurisprudence, les tiers ne peuvent pas non plus former un recours pour excès de pouvoir contre le contrat²⁷.

²⁶ CE Sect. 8 novembre 1974, Epoux Figueras, Leb. p.545.

²⁷ CE 11 janvier 1961, Barbaro, Leb. p.28 ; Sect. 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement agricole public, Leb. p.22.

Il faut cependant réserver à cet égard les solutions jurisprudentielles admettant le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables du contrat²⁸ et contre les dispositions réglementaires du contrat²⁹ : le règlement du contentieux contractuel devant un tribunal arbitral ne ferait donc pas obstacle au recours pour excès de pouvoir des tiers devant la juridiction administrative. De même, la soumission par les parties du litige à l'arbitrage ne sera pas susceptible de faire obstacle à l'exercice du déféré préfectoral, qui peut être dirigé contre le contrat lui-même conformément à la loi du 2 mars 1982³⁰.

* * *

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

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

3.1.1. Les réflexions du groupe de travail se sont inscrites dans l'approche classique du droit français en matière d'arbitrage, qui distingue deux hypothèses de recours à l'arbitrage, le **compromis** et la **clause compromissoire**, et s'organise par rapport à cette distinction. Ainsi les dispositions du code de procédure civile qui régissent la convention d'arbitrage³¹ traitent successivement de ces deux formes différentes.

Le compromis est entendu comme la convention par laquelle les parties à un litige s'accordent, *une fois qu'il est né*, pour confier son règlement à une instance arbitrale et non aux juridictions de droit commun³². La clause compromissoire, insérée dans un contrat, traduit, pour sa part, l'engagement des parties au contrat de régler par la voie de l'arbitrage les litiges qui pourraient naître *à l'avenir* à raison de ce contrat³³.

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

Le groupe de travail, de façon unanime, a considéré qu'on ne peut, en matière contractuelle, s'en tenir au seul compromis et qu'il convient d'admettre la licéité de la clause compromissoire pour les contrats signés par les personnes morales de droit public qui seraient ouverts à l'arbitrage. L'expérience montre en effet qu'il peut être difficile aux parties de s'accorder, une fois le litige né, sur un compromis d'arbitrage ; si elles optent parfois pour des modes alternatifs de règlement du litige, comme la transaction ou la médiation, elles ne parviennent que rarement à s'entendre pour déterminer les conditions du recours à une

²⁸ CE 4 août 1905 Martin, Leb. p.749 concl. Romieu ; Sect. 24 avril 1964, Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales, Leb. p.239. Il s'agit des décisions relatives à la conclusion du contrat ou à son exécution.

²⁹ CE Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele, Leb. p.274.

³⁰ Le déféré est un recours pour excès de pouvoir : CE Sect. 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Leb. p.302.

³¹ Art. 1442 et suivants du nouveau code de procédure civile.

³² V. l'art. 1447 du nouveau code de procédure civile.

³³ V. l'art. 1442 du nouveau code de procédure civile.

procédure juridictionnelle arbitrale. S'en tenir au seul compromis, en matière contractuelle où la négociation et l'insertion préalable de la clause compromissoire est possible, risquerait ainsi de rendre illusoire l'ouverture du recours à l'arbitrage et pourrait laisser craindre, au delà de l'ouverture formelle de l'arbitrage, une absence de recours effectif à ce mode alternatif de règlement des litiges.

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

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

A cette fin, le groupe de travail a tout d'abord proposé que, lorsque la conclusion d'un contrat est subordonnée à l'approbation ou à l'autorisation d'un organe délibérant, **la clause compromissoire fasse l'objet d'une décision de l'organe délibérant, distincte de celle relative au contrat** auquel cette clause se rapporte. Ainsi dans les collectivités territoriales, la conclusion de la clause compromissoire ferait l'objet d'une délibération distincte, et donc d'un débat particulier, de façon à permettre à la collectivité de s'engager en toute connaissance de cause.

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

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

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

Si la procédure d'arbitrage applicable aux litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit privé obéira aux règles fixées par le nouveau code de procédure civile (NCPC), le groupe de travail a estimé que, pour les litiges relevant de la compétence des

juridictions administratives, des **règles procédurales particulières devraient être fixées par voie réglementaire.**

Certaines voix, il est vrai, se sont exprimées pour demander que ne soit pas créé un corps de règles spécifiques régissant la procédure d’arbitrage en matière administrative, et ce dans un souci de simplicité. Mais il est apparu au groupe de travail impossible de rendre les articles 1442 et suivants du NCPC directement applicables à des litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit public. En effet, dès lors que les voies de recours s’exerceront devant la juridiction administrative et que le juge d’appui appartiendra également à cette juridiction, dès lors que certaines règles admises par le NCPC, comme l’amiable composition, devront être exclues, le NCPC ne pourrait être rendu applicable sans d’importantes adaptations. Le groupe de travail a estimé que ces indispensables adaptations nuirait finalement à la lisibilité des règles de procédure applicables et à la simplicité d’accès à ces règles pour leurs utilisateurs. En outre, il a relevé que les dispositions du NCPC relatives à l’arbitrage devraient prochainement faire l’objet de modifications et qu’il était donc peu opportun d’y renvoyer.

Il a ainsi paru au groupe de travail que la simplicité plaideait au contraire pour l’adoption d’un corps de règles de procédure autonome en ce qui concerne l’arbitrage en matière administrative. Mais bien entendu, ces règles devraient être directement inspirées des dispositions du NCPC, sous réserve des adaptations nécessaires ; elles pourraient d’ores et déjà intégrer les propositions d’actualisation de ce code formulées par le Comité français de l’arbitrage. Il est tout aussi vraisemblable que l’interprétation que le juge administratif sera appelé à en donner sera elle-même très largement inspirée de la jurisprudence dégagée par les juridictions civiles pour l’interprétation du NCPC³⁴.

Devraient ainsi figurer au nombre des règles fixées par voie réglementaire quelques dispositions relatives à la **composition de l’instance arbitrale** et à la désignation des arbitres. Ces dispositions devraient permettre de s’assurer de l’indépendance et de l’impartialité des arbitres. En outre, certains principes généraux de la procédure administrative rappelés aux articles L.5 et L.8 à L.10³⁵ du code de justice administrative devraient nécessairement être rendus applicables à la procédure d’arbitrage.

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

En ce qui concerne les critères de choix des arbitres ou leur rémunération, certaines des personnes consultées ont suggéré que, pour prévenir d’éventuels excès, les dispositions réglementaires prévoient l’établissement de listes d’arbitres voire de barème d’honoraires, comme cela a été fait en matière d’archéologie préventive³⁶. Le groupe de travail n’a pas été

³⁴ Ces dispositions réglementaires portant règles de procédure applicables à l’arbitrage en matière administrative ne devraient sans doute pas être codifiées au code de justice administrative, dès lors qu’elles ne concernent pas directement l’activité des juridictions administratives de droit commun.

³⁵ Article L.5 : « L’instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l’urgence. » ; article L.8 : « Le délibéré des juges est secret. » ; article L.9 : « Les jugements sont motivés. » ; article L.10 : « Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus. ».

³⁶ V. le décret n°2004-490 du 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d’archéologie préventive, art. 47 à 52.

insensible aux préoccupations ainsi exprimées. Mais il a estimé qu'il était plus conforme à l'esprit de l'arbitrage de ne pas porter atteinte à la liberté des parties pour la désignation des arbitres³⁷. Toutefois, compte tenu des nombreuses remarques qui lui ont été adressées quant au montant parfois très élevé des honoraires pratiqués en matière d'arbitrage, il entend souligner avec force la nécessité qu'il soit fait un usage raisonnable de cette liberté, compatible avec la bonne gestion des deniers publics.

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

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

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

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

La confidentialité est souvent présentée comme un attribut caractéristique de l'arbitrage ou plus simplement comme l'un de ses principaux avantages. Mais cette affirmation appelle des tempéraments³⁸, ne serait-ce que parce que le droit des sociétés impose déjà des obligations de transparence en matière d'arbitrage privé (information du conseil d'administration, inscription dans les documents comptables des frais et provisions liés à l'arbitrage). Surtout, des exigences renforcées de transparence s'imposent à l'évidence dans la sphère publique : les administrateurs et élus doivent rendre compte de leur gestion, notamment du bon emploi des deniers publics.

³⁷ La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 exclut les services d'arbitrage des procédures de mise en concurrence pour la passation des marchés publics.

³⁸ V. « Nouvelles tendances de l'arbitrage international » in Revue du droit des affaires internationales, n°3, 01/05/2006, p.377 et s. ; V. aussi « Confidentialité de l'arbitrage : Evolution ou mutation après l'affaire Esso-BHP v. Plowman » d'Edouard Bertrand in Revue du droit des affaires internationales, n°2, 01/03/1996, p.169 et s.

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

3.3.1. Il convient tout d'abord de rappeler que **la transparence entourant les décisions préalables à la mise en œuvre de l'arbitrage demeurera assurée dans les conditions du droit commun**. Il en ira notamment ainsi pour les décisions des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, qui seront soumises aux règles prévues par le code général des collectivités territoriales afin d'assurer l'information des élus³⁹ et des citoyens⁴⁰. De même, l'accès des tiers à ces documents sera assuré conformément aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs.

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

3.3.3. Le groupe de travail a hésité davantage sur la question de savoir si la tenue d'une **audience publique** devait être prévue.

En droit, l'organisation d'une audience publique au cours d'une procédure d'arbitrage ne paraît imposée par aucun principe de droit national ou conventionnel⁴¹. En pratique, l'organisation d'une audience publique pourrait être rendue nécessaire pour éviter que, dans certains litiges politiquement sensibles, la collectivité publique soit critiquée pour avoir recouru à une justice non seulement « privée » mais aussi « secrète ». Les auditions auxquelles le groupe de travail a procédé, en particulier celles des représentants des collectivités territoriales, ont en effet mis en évidence le caractère très sensible de la question et sa portée symbolique.

Le groupe de travail a dans un premier temps hésité entre plusieurs formules plus ou moins contraignantes : l'application obligatoire du principe de publicité des débats ; l'application de ce principe, sous réserve de stipulations contraires adoptées par les parties ;

³⁹ V. par exemple, les dispositions des articles L. 2121-10 et 2121-12 du CGCT, qui imposent une convocation préalable des élus, avec indication des questions à l'ordre du jour et, sous certaines conditions, envoi d'une notice explicative.

⁴⁰ V. les règles d'affichage et, le cas échéant, de publication aux recueils des actes administratifs.

⁴¹ La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu à ce jour l'occasion de trancher la question de l'applicabilité aux instances arbitrales de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit à un procès équitable et notamment à une audience publique. En tout état de cause, la publicité de l'audience est conçue comme un droit subjectif : ainsi, la Cour juge que « *ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* » (CEDH, 28 mai 1993, Schuler-Zraggen c/ Suisse, série A, n°263, §58). La Cour permet donc aux parties de renoncer au droit à l'audience publique. On pourrait en déduire que ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la convention la procédure d'arbitrage qui, par la volonté commune des parties, a écarté la règle de la publicité des débats.

Au regard du droit interne, si la publicité des débats devant les juridictions administratives de droit commun est consacrée par la loi (art. L.6 du code de justice administrative), il n'existe pas de principe général du droit imposant la publicité des débats devant les juridictions administratives spécialisées (CE Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, p.395).

au contraire, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la faculté laissée aux parties de rétablir cette publicité par la convention d'arbitrage ; enfin, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la possibilité conférée à une seule partie de demander l'organisation d'une audience publique.

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

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

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

3.3.4. Enfin, la sentence arbitrale elle-même devra être rendue publique⁴². C'est d'ailleurs à cet effet que le projet de dispositions législatives joint au présent rapport rend l'article L.10 du code de justice administrative applicable aux instances arbitrales.

Diverses modalités peuvent être envisagées pour assurer cette publicité. Elle pourrait résulter d'une simple information de l'organe délibérant de la collectivité publique⁴³. Elle pourrait aussi reposer sur l'obligation, mise à la charge de la personne publique, de procéder à l'affichage ou à la publication de la sentence.

Par ailleurs, il est nécessaire d'organiser le droit d'accès des tiers à la sentence, en permettant à ceux-ci de la faire valoir auprès de la personne publique. En effet, les sentences arbitrales étant des décisions juridictionnelles, la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs ne leur est pas applicable de plein droit. Il est apparu au groupe de travail préférable de s'inspirer des conditions de communication prévues par ce texte. Ainsi la protection de certains secrets institués par la loi serait de nature à justifier l'occultation de certaines mentions de la sentence arbitrale, à l'instar de celles couvertes par le secret en matière commercial et industriel ou le secret de la défense nationale. Il en irait aussi de même s'agissant des modalités pratiques de cette communication – consultation sur place ou possibilité d'obtenir une copie papier ou électronique.

⁴² Devant les juridictions administratives de droit commun, l'article L.10 du CJA prévoit que les jugements sont rendus publiquement. Cette publicité est assurée à plusieurs niveaux. D'une part, la décision est prononcée ou « lue » en séance publique (art. R. 741-1 du CJA). D'autre part la publicité est assurée à l'égard des parties par la notification de la décision, et à l'égard des tiers par le droit qui leur est reconnu d'en prendre connaissance au greffe et d'en obtenir copie (CE, 1^{er} décembre 1993, Association SOS Défense et M. Bertin, Leb. tables p.965).

⁴³ V. la procédure d'information de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales sur les lettres d'observations définitives des chambres régionales des comptes, prévoyant une information lors de la plus proche séance suivie d'un débat. S'agissant d'une sentence arbitrale, le débat ne pourrait porter que sur l'éventuel exercice des voies de recours.

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

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

Si la sentence arbitrale est par elle-même revêtue de l'autorité de la chose jugée, le groupe de travail a écarté l'hypothèse d'une disposition législative conférant un caractère exécutoire de plein droit aux sentences arbitrales, sans intervention aucune des juridictions étatiques. Il a privilégié, comme en matière civile, le recours à une procédure particulière d'*exequatur* conduisant un juge administratif⁴⁴ à revêtir la sentence de la formule exécutoire. La décision prise sur l'exécution de la sentence ne pourrait faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

3.4.2. Le groupe de travail a estimé opportun de résERVER la seule voie du recours en cassation contre la sentence arbitrale.

Il a relevé, à l'instar de la majorité des contributions qu'il a reçues et des personnes auditionnées, que l'esprit de l'arbitrage ne plaide pas pour l'ouverture d'une voie d'appel contre la sentence. L'arbitrage consiste à soumettre un litige en premier ressort à une instance juridictionnelle distincte des juridictions de droit commun, statuant selon une procédure d'instruction spécifique. Il y aurait une contradiction à soumettre un litige à l'arbitrage, puis à faire appel de la sentence devant une juridiction étatique se prononçant selon les règles de procédure de droit commun, chargée de statuer à nouveau au fond sur le litige.

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

Le groupe de travail a tout de même envisagé la solution consistant à exclure en principe l'appel, tout en ménageant la possibilité pour les parties de s'accorder sur l'ouverture d'une voie d'appel. Si une telle hypothèse était retenue, le groupe de travail a considéré que les impératifs de célérité dans le règlement du litige justifieraient alors qu'on évite d'ajouter recours en appel et recours en cassation, et par conséquent qu'on prévoie que l'appel soit porté devant le Conseil d'Etat et non devant les cours administratives d'appel, conformément d'ailleurs à ce qui résulte aujourd'hui du droit en vigueur⁴⁵.

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

⁴⁴ Le président du même tribunal administratif ou un magistrat qu'il délègue.

⁴⁵ V. art. L 321-2 du code de justice administrative ; CE 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, Leb. p.591.

de ces voies de recours ne serait pas suspensif, sauf sursis à exécution ordonné par le Conseil d'Etat.

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

Certaines contributions ont suggéré que la voie de recours devant le Conseil d'Etat consiste en un recours en annulation, sur le modèle de celui prévu par le NCPC. Le groupe de travail a toutefois considéré, d'une part, qu'une telle solution introduirait inutilement une nouvelle forme de recours dans le paysage de la juridiction administrative, d'autre part, que la mise en œuvre du recours en cassation devant le Conseil d'Etat saurait tenir compte des particularités de l'instance arbitrale et ne différerait pas sensiblement du recours en annulation existant devant la juridiction civile.

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

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

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

* * *

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

Ce projet de loi comporte quatorze articles.

L'article 1^{er} définit le champ de l'arbitrage qui serait désormais ouvert aux personnes

morales de droit public, sans préjudice des dispositions qui le prévoient déjà.

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

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

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

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

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

L'article 5 regroupe les modifications qui devraient être apportées au code général des collectivités territoriales, notamment pour mettre en œuvre les garanties envisagées dans le rapport concernant la conclusion de la clause compromissoire ou du compromis.

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

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

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

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

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

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

PROJET DE LOI

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

Article 2 : Le litige soumis à arbitrage est jugé selon les règles qui lui sont applicables en vertu de la loi française, sous réserve des cas où celle-ci autorise les parties à déterminer le droit applicable.

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

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

Article 5 : modifications CGCT – éventuellement

Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 12 : Sont abrogés :

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

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

Article 13 :

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

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

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

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