

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
45.63.45.70

COLLOQUE

du 17 septembre 1990

**à la Chambre de commerce et d'industrie
de Paris**

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
45.63.45.70

COLLOQUE

du 17 septembre 1990

**à la Chambre de commerce et d'industrie
de Paris**

TEXTES DES EXPOSÉS

	Pages
Allocution de bienvenue par Monsieur le Président Bernard CAMBOURNAC	5
Introduction de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE	7
Intervention de Monsieur le Professeur Pierre DELVOLVÉ	13
Remerciements de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE	37

ALLOCUTION DE BIENVENUE

prononcée par Monsieur Bernard CAMBOURNAC
*Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris*

Je dois vous le dire. Le sujet qui va être plaidé ici a éveillé en moi une très vive curiosité, par la rencontre de deux termes qui me semblaient aussi opposés que l'eau et le feu. Ce fut du moins ma première réaction, non spécialiste que je suis des problèmes du droit, devant le rapprochement des deux mots : arbitrage et droit administratif.

Mais d'abord, vous me permettrez de vous saluer, Monsieur le Bâtonnier, Président de cette association et pour vous saluer j'hésite entre deux façons de m'adresser à vous : celle qu'appellent vos fonctions, Monsieur le Haut Conseiller, ou celle à laquelle je tiens beaucoup plus, cher ami.

Voici donc la cinquième année que vous avez souhaité tenir cette importante conférence dans notre hôtel de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. L'année dernière, faut-il le rappeler, François Périgot avait traité, avec quelle qualité, le sujet de la préparation au Marché Unique Européen. Monsieur le Professeur Delvolvé, vous allez donc traiter le thème dont j'ai déjà parlé et plutôt que d'eau et de feu, je devrais parler d'huile et de vinaigre, tant il est vrai que ces deux matériaux, qui ne sont pas miscibles, servent l'un et l'autre, lorsqu'ils sont réunis, à assaisonner de façon remarquable les mets de notre cuisine française.

Je ne vous demanderai pas comment vous allez nous assaisonner, je n'en aurai pas l'outrecuidance, mais je vous dirai au moins qu'en tant qu'industriel

et que Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, représentant les intérêts privés, je crois voir ou entrevoir des ouvertures entre l'arbitrage, procédure à laquelle nous tenons fondamentalement, et le droit administratif. Il y a un domaine d'application qui s'impose : c'est la question toujours posée des délais de paiement de l'Etat vis-à-vis de ses fournisseurs privés.

En tout cas, le sujet même dont il va être question prouve à quel point la notion d'arbitrage fait des progrès et je m'en réjouis, cher Président, cher Bâtonnier Mollet-Vieville. Je parle ici devant vous au nom de toutes les entreprises qui se trouvent réunies dans la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et c'est, j'en suis sûr, leur sentiment que j'exprime.

Je vous cède la parole et vous redis le plaisir que nous avons de vous accueillir, ainsi que la certitude que j'ai, ne serait-ce qu'à voir cette salle que je salue, de la qualité des propos que nous allons entendre.

INTRODUCTION

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE
Président de l'Association Française d'Arbitrage

Monsieur le Président et cher ami,
Monsieur le Professeur,
Mesdames, Messieurs, mes chers amis,

Vous étonnerais-je en vous disant que je suis heureux ?

Heureux de remercier mon ami Bernard Cambournac, qui nous permet une fois de plus de nous retrouver dans le cadre prestigieux de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Il sait ma gratitude, mais je tenais à la lui exprimer publiquement. J'y joindrai aussi mes sentiments amicaux pour le Président Philippe Clément et pour Monsieur Patrick Champetier de Ribes.

Heureux de présider l'Association Française d'Arbitrage, succédant à celui qui en fut avec moi le fondateur voici quinze ans et qui en reste l'animateur incomparable, le Président honoraire Jean Robert.

Heureux également de voir combien vous avez répondu nombreux à notre invitation. Heureux aussi de ne pas avoir à énumérer les qualités de chacun tant vos personnalités connues se retrouvent souvent au sein des branches alliées de la grande famille de l'arbitrage, qu'elles soient constitutionnelles, académiques, universitaires, juridiques ou judiciaires.

Heureux enfin de vous assurer que l'activité de l'Association Française d'Arbitrage répond à nos espérances dans la promotion de l'arbitrage et de

ses réalisations comme le motivent notre vocation et notre éthique.

Il s'avère que l'arbitrage présente pour le monde des affaires un attrait particulier et sans cesse grandissant. L'arbitrage est recherché pour atténuer le dépaysement que peut provoquer le recours aux institutions judiciaires étatiques qui parfois peut apparaître malaisé, voire même inadapté dans certaines occasions. Le choix personnel d'arbitres, connus et compétents pour leur expérience professionnelle, attire souvent ceux qu'une divergence ou un litige oppose ponctuellement. Le recours à l'arbitrage répond aussi au désir des parties de ne pas voir officialiser un contentieux passager dont la publicité risquerait de dégrader des relations contractuelles qui se poursuivent le plus souvent malgré le désaccord du moment, attendant, cependant, des arbitres qu'ils statuent comme des juges et que leur sentence provoque les mêmes effets qu'une décision étatique.

Plus encore, la motivation qui suscite d'une façon croissante le recours à l'arbitrage répond à la recherche de solutions pragmatiques qui relèvent d'une conception de justice tenant compte à la fois d'une application des règles de droit mais aussi, le cas échéant, de celle des pratiques du commerce national ou international, voire de la simple équité lorsque les parties le demandent explicitement.

L'arbitrage est bien devenu un mode de justice à part entière, dont la portée psychologique considérable répond aux vœux réalistes de ceux qui recherchent une solution utile et rapide. Répondant aux aspirations des parties, l'arbitrage s'est institutionnalisé par son organisation et sa réalisation confiées à des institutions permanentes et réglementées.

C'est ainsi que doivent être comprises aujourd'hui la philosophie aussi bien que la pratique de l'arbitrage. Si donc le développement des procé-

dures d'arbitrage correspond bien à l'évolution souhaitée et que rappelait voici quelques instants le Président Cambournac, ce règlement des conflits devrait-il continuer à être généralement prohibé pour des personnes physiques ou morales et de droit public désireuses de trouver une solution au différend commercial ou social qui les oppose ? Le conflit continuera-t-il à être porté obligatoirement devant le juge étatique, dans le cadre d'une procédure formaliste et soumise à plusieurs degrés de juridiction, au motif d'une garantie supplémentaire mais dont la durée se révèle souvent gravement préjudiciable aux parties concernées ?

Glastone disait déjà : « la justice différée est une justice déniée ». Monsieur le Premier Président Draï, lors de la Rentrée de la Cour en 1986, soulignait : « la justice ne doit pas donner à une question vivante une réponse morte ». Monsieur le Président Le Foyer De Costil remarquait lui-même à cette époque que le temps défigurait le procès, altérait la réelle gravité des choses et rendait parfois insignifiantes et dépassées les décisions prononcées.

Or, la loi actuelle interdit à certaines personnes physiques, morales ou publiques d'insérer une clause compromissoire dans la convention originale par laquelle elles s'engagent, et même de susciter plus tard un arbitrage ad hoc en vue de résoudre la difficulté qui vient à les opposer.

C'est pourquoi notre Association a été très attentive aux enseignements qui pouvaient être tirés d'une importante décision prononcée par le Conseil d'Etat voici quelque temps, ainsi qu'à certains commentaires de la doctrine, parfois divergents, qu'elle avait provoqués. C'est de l'arrêt A.R.E.A. dont il s'agit.

L'une des questions qui a été posée à la haute juridiction concernait l'interdiction édictée par l'article 2060 du Code civil visant les personnes publi-

ques et englobant les contrats administratifs conclus entre personnes privées. La réponse donnée par le Conseil d'Etat pose problème dans la perspective de l'évolution du recours à l'arbitrage.

L'arbitrage bouleverserait-il un système normal de compétence représentant la garantie de l'intérêt général ? Les dispositions des articles 2060 et 2061 du Code civil interdisent de compromettre sur les contestations intéressant les collectivités publiques, les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public tout en décidant la nullité d'une clause compromissoire, s'il n'en est disposé autrement par la loi.

Certes, des exceptions à cette interdiction de principe se sont manifestées au cours des années. Des aménagements ponctuels et partiels sont venus atténuer la rigueur des prescriptions du Code civil. Il en avait été ainsi de la loi de finances de 1906, complétée par le décret de 1960, qui autorisait l'arbitrage en matière de contentieux indemnitaire du marché de travaux publics, du bâtiment et de fournitures. La loi de nationalisation du 11 juin 1936 et l'ordonnance du 5 janvier 1945 avaient aussi prévu le recours à l'arbitrage. Plus proche de nous, la loi du 9 juillet 1975 prévoyait que des catégories d'établissements publics, à caractère industriel et commercial, pouvaient par décret être autorisées à compromettre. La loi du 30 décembre 1982 accordait à la S.N.C.F. la faculté de conclure des conventions d'arbitrage. Enfin la loi du 19 août 1986 visait, après avis du Conseil d'Etat, certains contrats de grands travaux impliquant une société étrangère apportant une nouvelle et importante exception.

Ainsi, en l'état actuel des dispositions législatives ou réglementaires et de la jurisprudence administrative, une grave question se pose à propos du principe même du recours à l'arbitrage. Le contentieux d'un contrat de droit public passé entre deux

personnes de droit privé pourra-t-il ou non être déferé à l'arbitrage ? La nature de la personne du contrat continuera-t-elle à l'emporter sur la nature de la contestation ? A défaut d'un revirement de la jurisprudence, seule une loi pourra-t-elle permettre de déroger au principe de l'interdiction du Code civil ou la seule voie réglementaire restera-t-elle ouverte au gouvernement pour autoriser, le cas échéant, certains établissements publics industriels et commerciaux à compromettre ?

Ces questions importantes concernant le concept de la promotion de l'arbitrage a donc, tout naturellement, amené notre association à solliciter la réflexion d'un éminent juriste afin que nous tous puissions bénéficier des conclusions auxquelles il pourrait parvenir.

Vous comprendrez pourquoi je suis, là encore, heureux en vous présentant notre manifestation et notre invité, Monsieur le Professeur Pierre Delvolvé, qui nous a fait le très grand plaisir d'accepter d'être notre conscience réfléchissante et de nous communiquer ce soir le fruit de ses réflexions.

Septembre 1940 : Jean Delvolvé, Conseiller d'Etat et son épouse deviennent les heureux parents de Pierre qui sera, en quelques années, agrégé des Facultés de droit et père d'une très nombreuse famille. Il enseignera à Beyrouth, à Toulouse et à Paris depuis 1981.

La plupart d'entre nous connaissent ses ouvrages sur le principe d'égalité devant les charges publiques, l'appel administratif, le droit administratif, le contentieux administratif et le contentieux constitutionnel. Est-il besoin de rappeler que le Professeur Pierre Delvolvé est co-fondateur et co-directeur de la Revue française de droit administratif. Nous savons tous la participation importante qu'il a prise, avec le Professeur F. Moderne, dans la deuxième édition du « Traité des contrats adminis-

tratifs » du regretté Professeur A. de Laubadère. Sa contribution fut et reste grande dans la réalisation des quatrième et cinquième éditions du droit public économique. Son concours fut également remarquable dans l'ouvrage « Le droit administratif » de notre ami le doyen Georges Vedel, que je suis heureux de saluer ici et que je félicite pour cette onzième édition.

Enfin, et cela représente une joie supplémentaire qui ne date que de quelques heures, je vous annonce la parution cet après-midi même des grands arrêts de la jurisprudence administrative, où le nom du Professeur Delvolvé se joint à ceux du Président Marceau Long, du Professeur Weil, de Monsieur le Président Braibant et de mon ami, Bruno Genevois, secrétaire général irremplaçable du Conseil Constitutionnel. Bienvenue à ce dernier-né ; nous sommes assurés de son succès.

Heureux je suis, heureux vous allez être en écoutant maintenant le Professeur Delvolvé, à qui j'ai la joie de donner la parole.

INTERVENTION

de Monsieur le Professeur Pierre DELVOLVE

Monsieur le Président,
Monsieur le Bâtonnier,
Mesdames, Messieurs,

Les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif sont des rapports conflictuels. En schématisant, on pourrait dire que le droit administratif ne permet pas le recours à l'arbitrage, il n'y a donc pas d'arbitrage de droit administratif. Mon exposé devrait donc être clos aussitôt après avoir été commencé. Si je peux le poursuivre, c'est grâce aux encouragements et aux éclaircissements des maîtres contemporains de l'arbitrage et du droit administratif. C'est grâce aussi à des écrits, qui ont paru notamment cette année ; je dois citer ici l'article de Maître Dominique Foussard sur l'arbitrage en droit administratif, qui m'a beaucoup servi et beaucoup gêné. Il m'a beaucoup servi parce que j'y ai trouvé beaucoup d'informations et beaucoup de réflexions ; il m'a beaucoup gêné parce qu'il fallait que je dise autre chose et que je parle autrement que ce qu'il avait écrit.

Aussi, grâce à ces concours, peut-on essayer de prolonger la réflexion sur les relations entre l'arbitrage et le droit administratif, à condition de s'entendre d'abord sur ce qu'est le droit administratif et sur ce qu'est l'arbitrage.

Le droit administratif. La première chose qu'on enseigne aux étudiants, c'est que le droit administratif n'est pas le droit de l'Administration. Parce que, d'abord, l'Administration, on ne sait pas exactement ce que c'est : des bureaux, des ministères

pour l'Administration centrale ; des préfectures, pour l'Administration locale. Mais l'Administration, juridiquement, ne se saisit pas autrement que par l'intermédiaire de personnes juridiques ; les personnes publiques, au premier rang desquelles figure l'Etat, l'Etat, investi d'une puissance, la puissance publique, puissance de commandement, puissance de coercition, qui dépasse tout pouvoir privé ; puissance qui, dans l'ordre de la justice, s'est notamment manifestée par la création de juridictions publiques écartant les juridictions privées que pouvait comporter la féodalité ; ceci n'est pas sans importance pour notre réflexion. L'Etat donne sa puissance à d'autres personnes publiques : les collectivités locales (communes, départements, régions), les établissements publics comme la Chambre de Commerce et d'Industrie. Cette puissance les caractérise. Elle bénéficie parfois à des personnes de droit privé : les organismes privés dotés de prérogatives de puissance publique. Pourquoi ? A raison des fonctions qui leur sont aussi attribuées.

Ce sont des fonctions qui caractérisent aussi l'Administration, fonctions rattachées au pouvoir exécutif, fonctions se rapportant à l'intérêt général même si l'Administration n'a pas le monopole de l'intérêt général, mais qui apparaissent lorsque l'intérêt général est pris en charge par l'Administration sous un régime spécial : celui du service public.

Puissance publique, service public, voilà les deux notions clés du droit administratif. Elles permettent d'identifier dans quelle mesure le droit administratif s'applique. Il s'applique à l'Administration dans la mesure où cette puissance est en œuvre et où ce service est accompli ; mais il ne s'applique pas à l'Administration au-delà. Il est des hypothèses où l'Administration est soumise au droit privé. Inversement, il est des hypothèses où les personnes privées sont soumises au droit administratif, non pas seulement parce qu'elles reçoivent le

droit administratif en tant que source des règles auxquelles elles sont assujetties, mais aussi parce qu'elles y sont soumises en propre, dans leurs relations avec d'autres, soit pour les contrats qu'elles passent (il existe des contrats administratifs passés entre personnes privées), soit éventuellement pour la responsabilité qu'elles encourent (responsabilité, par exemple, de l'entrepreneur de travaux publics à l'égard des particuliers).

Le droit administratif comporte une relation étroite avec le juge administratif.

La jurisprudence administrative est la véritable créatrice du droit administratif : il y a un lien direct entre l'une et l'autre. Ce lien n'est pas absolu. De plus en plus aujourd'hui des dispositions législatives, voire des normes constitutionnelles, déterminent des solutions du droit administratif. La justice administrative a un lien avec le droit administratif dans la mesure où le fond détermine la compétence. Si un litige relève du droit administratif, normalement c'est au juge administratif que ce droit appartient ; il n'y a pas matière à recourir au juge judiciaire. Y-a-t-il matière à recourir à l'arbitrage ?

Quel arbitrage ? *La notion d'arbitrage* a été définie essentiellement en droit privé, par le droit privé. C'est au Code civil, au Code de procédure civile qu'il faut se référer pour connaître la clause compromissoire, — la convention, par laquelle des parties à un contrat s'engagent d'avance à soumettre à un arbitre les litiges qui pourraient les opposer pour ce contrat, — le compromis, cette convention qui est conclue entre deux parties pour régler des litiges déjà nés. Le droit administratif n'a pas sa part dans cette définition de l'institution d'une justice privée à laquelle les parties confient le règlement de leurs litiges.

Le droit administratif intervient pourtant pour définir l'arbitrage. A cet égard la jurisprudence du Conseil d'Etat est assez nuancée pour déterminer ce

qui, en dépit des mots, relève de l'arbitrage et ce qui n'en relève pas. Le législateur emploie quelquefois l'expression pour désigner une modalité de solution d'un litige. Le Conseil d'Etat, dans plusieurs arrêts, a dû rectifier cette qualification, par exemple, à propos de l'« arbitrage » de l'Inspecteur du Travail, qui est, non une procédure d'arbitrage au sens exact du terme, mais une procédure de conciliation ; ou encore, à propos de l'« arbitrage » institué par les lois de 1946 pour régler les litiges entre Electricité de France ou Gaz de France et les concédants ; le Conseil supérieur de l'Electricité et du Gaz n'intervient pas, en dépit des termes de la loi, comme arbitre, il intervient dans le cadre d'une procédure qui est une procédure consultative. Quelquefois le législateur parle même d'« instance arbitrale ». Il se trompe doublement. D'abord parce que l'instance n'est pas une institution, n'est pas un organe (l'instance est le processus qui va de la saisine du juge jusqu'au jugement). Et l'instance arbitrale, aménagée par une loi de 1970 à propos de l'indemnisation des rapatriés d'outre-mer, est en réalité une véritable juridiction administrative, spécialisée sans doute, mais juridiction administrative, c'est-à-dire juridiction étatique relevant à ce titre sans aucun doute possible du contrôle du Conseil d'Etat.

Dans d'autres cas, le Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'un arbitrage, soit que celui-ci provienne de la convention des parties, soit qu'il provienne de dispositions législatives. En cas de convention des parties, les privatistes sont d'accord pour reconnaître qu'il y a là véritablement arbitrage. Lorsqu'il y a un arbitrage forcé, ils contestent que la notion d'arbitrage puisse s'appliquer. Pourtant il y a véritablement arbitrage à partir du moment où, même si les parties sont tenues de recourir à l'arbitrage, elles gardent le choix de leurs juges, de leurs arbitres. Le Conseil d'Etat reconnaît alors véritablement l'existence d'un arbitrage.

Dès lors, *les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif* vont pouvoir se nouer. Mais, je le disais il y a un instant, ce sont essentiellement le Code civil et le Code de procédure civile qui déterminent les modalités de l'arbitrage. Or pour reprendre ou paraphraser les termes de l'arrêt Blanco de 1873, les règles du Code civil sont écartées dans les relations entre les particuliers et les personnes publiques, car les personnes publiques sont soumises à des règles propres, qui varient selon les besoins du service et les nécessités de concilier les droits de l'Etat et les droits privés. Faut-il donc écarter le Code civil et le Code de procédure civile dans leurs dispositions relatives à l'arbitrage ?

Il ne faut pas oublier cependant que le Conseil d'Etat, dans d'autres domaines, recourt éventuellement à des dispositions du Code civil, par exemple les articles 1153 et 1154 sur les intérêts et la capitalisation des intérêts ; il applique les principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil concernant la responsabilité des constructeurs. Il recourt aussi aux dispositions du Code de procédure civile, par exemple l'article 541 de l'ancien Code de procédure civile relatif au caractère définitif et irrévocable des comptes.

Il n'est donc pas exclu que la juridiction administrative, que le droit administratif réintègrent, dans la mesure où cela est possible, des dispositions du Code civil et des dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage.

Il n'y a pas que le droit administratif qui puisse ainsi s'appliquer à l'arbitrage où sont parties des personnes publiques. Il faut évidemment ici faire mention du *droit international public*, régissant les relations entre Etats ou entre Etats et organisations internationales. L'arbitrage international est réglé par le droit international public. Je suis trop incompetent pour en parler, et de toute façon il ne rentre pas dans mon sujet qui est le droit administratif.

Le *droit privé* aussi peut régler les relations entre les personnes publiques et l'arbitrage. C'est au droit privé que d'abord on doit la reconnaissance de l'arbitrabilité de certains litiges dans lesquels sont parties des personnes publiques. Je pense essentiellement ici à une jurisprudence que vous connaissez bien : la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris de 1957 « Myrtoom Steamship », la jurisprudence de la Cour de Cassation de 1964 « Capitaine du San Carlo », de 1966 « Galakis ». Cette jurisprudence admet que lorsque des personnes publiques sont parties à un contrat de droit privé touchant aux intérêts du commerce international, elles ne sont pas exclues de l'arbitrage, elles ont la possibilité de souscrire une clause compromissoire et de compromettre. Mais c'est le droit privé, ce sont les juridictions judiciaires qui admettent ainsi le recours à l'arbitrage ; ce n'est pas le droit administratif.

Il nous faut examiner ici dans quelle mesure le droit administratif permet le recours à l'arbitrage ; celui-ci peut être un arbitrage relevant du droit privé, concernant des litiges de droit privé, comme il peut être un arbitrage concernant des litiges de droit public, de droit administratif.

Cela nous conduit donc à une démarche en deux temps. Il faut déterminer d'abord dans quelle mesure le recours à l'arbitrage est possible : et si l'arbitrage est possible, il faut déterminer dans quelle mesure les règles du droit administratif s'y appliquent. Il convient ainsi d'étudier successivement le droit administratif et le recours à l'arbitrage, puis l'arbitrage de droit administratif.

I. LE DROIT ADMINISTRATIF ET LE RECOURS À L'ARBITRAGE

Quand on aborde cette question, on est frappé du croisement des problèmes, du croisement des solutions. Le droit administratif, je l'ai dit tout à l'heure, s'applique aux personnes publiques, il s'applique aussi aux personnes privées. L'arbitrage peut être réglé par le droit administratif, aussi bien en ce qui concerne l'accès des personnes privées à l'arbitrage que l'accès des personnes publiques. Le droit administratif peut interdire l'arbitrage même dans des litiges d'ordre privé, dans des litiges soumis au droit privé et le droit administratif peut autoriser l'arbitrage même dans des litiges qui sont d'ordre administratif. Confusion apparente lorsque l'on aborde ce problème. On ne peut faire éclater cette confusion, y remédier qu'en procédant à des distinctions, distinctions selon la nature des parties et selon la nature des litiges.

A - La nature des parties au litige

Personnes publiques, personnes privées.

1° *Personnes publiques*, bien sûr, d'abord les premières. C'est à elles que s'applique l'interdiction de recourir à l'arbitrage formulée d'abord par le Conseil d'Etat à partir de la combinaison des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile et appuyée, aujourd'hui, sur les dispositions de l'article 2060 du Code civil.

L'interdiction dépasse les textes. Selon l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 6 mars 1986, ce sont les principes généraux du droit public français, confirmés par l'article 2060 du code civil, qui interdisent aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. La raison en est que l'Etat ayant institué sa propre justice n'a pas, non plus que les autres personnes publiques, à recourir à des juges privés. Sans distinction des litiges en cause, sans distinguer entre

des litiges de droit privé et des litiges de droit public. L'arrêt « Société nationale de vente des surplus » de 1957 en est la meilleure preuve. Alors que cet établissement public à caractère industriel et commercial passe des contrats de droit privé, est soumis au droit privé, l'arrêt a censuré une disposition lui permettant de recourir à l'arbitrage, sans distinguer entre les litiges. La seule considération de la nature publique de la Société nationale de vente des surplus a suffi pour lui interdire le recours à l'arbitrage.

Il y a cependant des exceptions, même pour les personnes publiques. Vous avez mentionné tout à l'heure, Monsieur le Bâtonnier, la loi de 1906 sur le contentieux des marchés de travaux et de fournitures, dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles 247 et 361 du code des marchés publics. L'Etat (mais non ses établissements publics) les collectivités locales et les établissements publics qui les regroupent — syndicats de communes, districts, communautés urbaines — peuvent, en vertu de ces dispositions, compromettre.

De la même manière, la loi du 19 août 1986, dans son article 9 qui se rapportait très évidemment — les travaux parlementaires en témoignent suffisamment — à un projet de parc de loisirs à installer dans l'est de Paris, a autorisé les personnes publiques (l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics), concluant conjointement un contrat dans certaines conditions à y inclure une clause compromissoire.

La loi du 9 juillet 1975, dont les termes sont repris à l'alinéa 2 de l'article 2060 du Code civil, autorise le gouvernement à autoriser par décret certaines catégories d'établissements publics industriels et commerciaux à compromettre. Mais le décret n'a jamais été pris.

Il a donc fallu des dispositions particulières pour le leur permettre : la loi du 30 décembre 1982

au profit de la S.N.C.F. et la loi du 2 juillet 1990 au profit de la Poste et de France-Télécom à partir du 1^{er} janvier 1991.

D'autres textes peuvent encore permettre le recours à l'arbitrage : des textes internationaux, des conventions internationales, ici considérés comme sources du droit applicable. L'exemple le plus éloquent est le traité de Canterbury de 1986 relatif à la liaison fixe entre la France et la Grande-Bretagne : son article 19 prévoit expressément le recours à l'arbitrage pour les conflits entre Etats, pour les conflits entre Etat et concessionnaires, pour les conflits entre concessionnaires eux-mêmes, ce qui fait apparaître une possibilité de recours à l'arbitrage pour des personnes privées.

2° Pour les *personnes privées*, la distinction à faire porte essentiellement sur la clause compromissoire et le compromis. Dans l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989, le Conseil d'Etat a considéré comme nulle une clause compromissoire figurant dans un contrat passé entre une société concessionnaire d'autoroute et un groupement d'entreprises. Ce contrat entre deux personnes privées était administratif en vertu de la jurisprudence Peyrot du 8 juillet 1963 comme portant sur l'exécution de travaux routiers. Son contentieux relève normalement de la juridiction administrative. Le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions de l'article 2061 du Code civil, interdisant la clause compromissoire, sauf texte législatif, devaient s'appliquer. Certains auteurs ont contesté la solution et ont considéré que le Conseil d'Etat aurait dû se reporter à l'article 631 du Code de commerce, dont l'alinéa 2 permet aux commerçants de recourir à l'arbitrage. C'est oublier que l'alinéa 2 de l'article 631 du Code de commerce ne se comprend que par référence à l'alinéa 1^{er} ; l'alinéa 2 n'admet la clause compromissoire que dans les hypothèses où le tribunal de commerce serait compétent. Or, s'agissant d'un contentieux administratif

portant sur un contrat administratif, le tribunal de commerce ne serait pas compétent, c'est le juge administratif qui l'est ; en conséquence, l'exception à la clause compromissoire qu'admet l'article 631 du Code de commerce quand le tribunal de commerce est compétent normalement n'a pas lieu de s'appliquer quand le tribunal n'est pas compétent. Le raisonnement du Conseil d'Etat me paraît imparable.

Le Conseil d'Etat n'a statué que sur la clause compromissoire, il n'a rien dit du compromis. Est-ce par économie de moyens ? Puisqu'il trouvait dans l'article 2061 du Code civil une solution à la question dont il était saisi, il n'avait pas besoin d'aller plus loin et de poser et régler plus généralement la question de savoir si les personnes privées, parties à un litige d'ordre administratif, pouvaient recourir à un compromis.

Le Commissaire du Gouvernement Emmanuel Guillaume avait évoqué la question dans ses conclusions et y avait répondu par l'affirmative. On peut, se prévalant de cette autorité, et interprétant le silence de l'arrêt, considérer que, puisque nous ne sommes pas ici en présence de personnes publiques mais de personnes privées, les raisons qui interdisent le recours au compromis ne s'appliquent pas, l'article 2060 n'a pas lieu d'être mis en œuvre ; il y a donc matière pour les personnes privées, parties à un litige d'ordre administratif, à recourir sinon à la clause compromissoire du moins au compromis. Encore faut-il que le litige s'y prête.

B - C'est la nature des litiges qui doit alors être considérée

Certains textes ne font pas de distinction selon la nature des litiges. L'arrêt du Conseil d'Etat « Société nationale de vente des surplus » de 1957 ne fait aucune distinction selon que l'établissement public est partie à un litige de droit privé ou à un litige de droit administratif. La S.N.C.F., en vertu de

la loi du 30 décembre 1982, peut être partie à un arbitrage aussi bien pour son contentieux de droit privé que pour son contentieux administratif. De la même manière, la Poste et France-Télécom, qui passeront des contrats administratifs autant que des contrats de droit privé, pourront recourir à l'arbitrage en vertu de la disposition déjà citée de la loi du 2 juillet 1990.

Le législateur pas plus que le Conseil d'Etat n'ont fait des distinctions et pourtant il faut faire des distinctions entre les litiges de droit privé et les litiges de droit public.

1° *Litiges de droit privé* : il ne s'agit pas ici de ceux qui opposent des personnes privées, il s'agit de ceux auxquels sont parties des personnes publiques.

Une nouvelle distinction doit être opérée s'agissant des contrats qui pourraient éventuellement être en cause. Les personnes publiques peuvent passer des contrats de droit privé.

Pour les contrats de droit privé touchant au *commerce international*, la question est réglée ; la jurisprudence *Murtoom Steamship*, « Capitaine du San Carlo », « Galakis », a donné la solution : les personnes publiques peuvent compromettre, souscrire des clauses compromissaires dans leurs contrats de droit privé touchant aux intérêts du commerce international.

Restent les contrats de droit privé relevant de *l'ordre interne* conclus par des personnes publiques. Compte tenu des dispositions de l'article 2060, ils ne sont pas susceptibles en l'état actuel de la législation de faire l'objet d'un arbitrage. On peut se demander s'il n'y a pas ici matière à étendre l'arbitrage. Si les personnes privées peuvent recourir à l'arbitrage, pourquoi les personnes publiques dans leurs litiges de droit privé, à propos de leurs contrats de droit privé, ne pourraient-elles pas, elles

aussi, recourir à l'arbitrage ? La considération de la défense des intérêts publics, si importante qu'elle soit, n'est pas de nature à s'opposer à une procédure qui peut jouer pour des intérêts privés qui sont quelquefois de très grande importance aussi.

2° Les *litiges de droit public*, c'est-à-dire les litiges de droit administratif, en vertu de la liaison entre la compétence et le fond, relèvent de la compétence de la juridiction administrative. Mais il arrive que des juridictions autres que le juge administratif appliquent le droit administratif. C'est le cas depuis l'arrêt « Docteur Giry » de 1956 pour le contentieux des services judiciaires. N'y aurait-il pas matière alors pour des arbitres, juges privés, à appliquer non seulement le droit privé mais aussi le droit administratif ?

En réalité, il faut distinguer selon les différents litiges de droit public. Je ne peux que reprendre ici les distinctions classiques : celle Laferrière (le contentieux de l'annulation, le contentieux de la pleine juridiction, le contentieux de l'appréciation de la légalité, le contentieux de la répression) et aujourd'hui celle d'autres auteurs qui opposent le contentieux de la légalité et le contentieux des droits.

Contentieux de la légalité : par voie d'action pour obtenir l'annulation d'un acte ; par voie d'exception pour faire reconnaître son illégalité à l'occasion d'un litige. Qu'il s'agisse d'action ou d'exception, jamais le contentieux de la légalité ne peut donner matière à arbitrage. Pour le contentieux de l'annulation ou de la réformation, le Conseil Constitutionnel, dans une décision du 23 janvier 1987, reprise dans une décision du 28 juillet 1989, a considéré comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République celui selon lequel l'annulation ou la réformation d'un acte adopté par une autorité administrative ne peut appartenir qu'à la juridiction administrative.

S'agissant de l'appréciation de la légalité, c'est à la jurisprudence du Tribunal des Conflits qu'il faut faire référence ; l'arrêt Septfonds de 1923 reconnaît que seul le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif et pour interpréter un acte administratif à caractère/réglementaire. hch

En aucune manière le contentieux de la légalité ne pourrait être attribué à des arbitres.

Il en va autrement du *contentieux des droits*, qui est essentiellement le contentieux de la responsabilité. Ce peut être celui de la responsabilité extra-contractuelle.

Mais c'est surtout à propos des contrats que la question se pose, des contrats administratifs. Quels contrats administratifs ? De nouvelles distinctions doivent être ouvertes.

Les *contrats entre personnes publiques*, en vertu d'une jurisprudence du Tribunal des Conflits « Union des Assurances de Paris » de 1983 sont toujours présumés être des contrats administratifs. Voit-on des arbitres, juges privés, statuer sur un contentieux entre personnes publiques ? La réponse me paraît devoir être négative.

Pour le contentieux des *contrats administratifs conclus entre personnes privées*, j'ai déjà donné les réponses : à partir de l'arrêt A.R.E.A., si on extrapole, on peut admettre dès à présent non pas la clause compromissoire mais le compromis : celui-ci est possible pour un contentieux se rapportant à un contrat administratif entre personnes privées.

Restent les *contrats administratifs conclus entre personnes publiques et personnes privées*. Le législateur a déjà admis l'arbitrage dans des hypothèses de ce genre. C'est le cas pour les marchés de travaux et de fournitures passés par l'Etat et les collectivités locales. C'est le cas pour les contrats se rapportant à des opérations d'intérêt national

passés par l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, d'une part, et des sociétés étrangères, d'autre part.

Peut-on aller plus loin, peut-on considérer que dès à présent non seulement les dispositions législatives déjà citées mais des conventions internationales permettent le recours à l'arbitrage à propos du contentieux de contrats administratifs entre personnes publiques et personnes privées ? C'est le problème de l'application de la convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, de la convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international, enfin de la convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends opposant des Etats et des ressortissants d'autres Etats à propos des investissements.

Un marché peut comporter des aspects touchant au commerce international. Il y a commerce international, selon les bons auteurs, à partir du moment où sont en cause des mouvements transfrontières de biens ou de capitaux. Un marché passé entre une collectivité française et une entreprise allemande correspond à cette notion de mouvement transfrontière, comporte des mouvements de capitaux et de biens. De même pour les investissements : une entreprise étrangère qui conclut un contrat de concession avec une collectivité publique française l'exécute en réalisant des investissements ; c'est la caractéristique de la concession que de faire peser sur le concessionnaire la charge des investissements.

Dans les deux cas, les conventions internationales admettent l'arbitrage à propos de contrats où sont parties des personnes publiques : ne doit-on pas les appliquer aux contrats administratifs ? Pour le moment la réponse est négative.

Ou bien un contrat est un contrat de droit privé, et s'il touche aux opérations du commerce

international, selon la jurisprudence judiciaire, l'arbitrage est possible. Ou bien un contrat est un contrat administratif, et il n'est pas besoin de se poser la question de savoir s'il touche à des opérations du commerce international ou s'il concerne des investissements. La position du Conseil d'Etat telle qu'elle m'apparaît à travers sa jurisprudence contentieuse et consultative, est négative ; dès lors qu'un contrat est administratif il importe peu qu'il y ait des aspects de commerce international ou qu'il y ait des investissements. Sur ce point on peut considérer que la réponse est trop stricte, la solution trop rigoureuse, qu'il y a matière à arbitrage. Il faudrait, sans doute, soit des dispositions législatives soit des conventions internationales nouvelles ; si elles sont adoptées, alors, en liaison avec les autres possibilités existant déjà, il y aura une ouverture, un élargissement des hypothèses, dans lesquelles le droit administratif permettra le recours à l'arbitrage, en particulier celui de droit administratif.

II - L'ARBITRAGE DE DROIT ADMINISTRATIF

Il n'importe plus maintenant de traiter des arbitrages de droit privé dans lesquels le droit administratif permet à des personnes publiques ou à des personnes privées de se lancer. C'est seulement l'arbitrage de droit administratif qui est en cause, l'arbitrage réglé selon les règles, selon les solutions du droit administratif. Où les trouve-t-on ? En droit privé, pour l'arbitrage de droit privé, la jurisprudence est riche. Le Code de procédure civile dans son livre IV l'a confirmée, a mis au point un certain nombre de solutions auxquelles on sait qu'il faut se référer, que l'on sait appliquer. En droit administratif nous n'avons pas l'équivalent. Bien sûr les articles 247 et 361 du Code des marchés publics renvoient aux dispositions du Code de procédure civile. Mais est-ce que le Code de procédure civile est applicable tel quel, même dans les hypothèses où

les articles 247 et 361 s'appliquent ? N'y a-t-il pas des aménagements à faire ? Et dans les hypothèses où il n' y a pas de renvoi du tout au Code de procédure civile, il faut bien trouver des solutions autonomes conformément au caractère même du droit administratif.

Ces solutions autonomes, qui peuvent être parallèles à celles du droit privé, il faut les examiner dans deux directions, en examinant successivement la réalisation de l'arbitrage et la sanction de l'arbitrage.

A - La réalisation de l'arbitrage

1° Vous savez bien, Monsieur le Bâtonnier, qu'elle implique toute une *organisation*.

Fondamentalement elle implique d'abord une *convention*, la convention d'arbitrage : soit la clause compromissoire soit le compromis. Dans l'un et l'autre cas, la personne publique, qui s'engage dans la convention, ne peut le faire qu'en respectant les règles de compétence et de procédure auxquelles elle est soumise.

Pour les compromis relatifs aux marchés de l'Etat, il faut une autorisation par décret en Conseil des ministres, avec le contreseing du ministre compétent et du ministre de l'économie et des finances. Pour les collectivités locales, il faut une délibération de l'assemblée délibérante avant que l'exécutif puisse signer.

Dans tous les cas, nous voyons apparaître des actes administratifs unilatéraux, détachables du contrat, qui peuvent donner matière à un contentieux devant le juge administratif, par la voie du recours pour excès de pouvoir, ou le cas échéant, s'agissant de collectivités locales, par la voie du déféré préfectoral.

Nous retrouvons les mêmes solutions lorsqu'il faut *désigner les arbitres*. Si les parties s'entendent,

j'allais dire qu'il n'y a pas de difficulté ; mais si ! il peut y avoir une difficulté, parce que la désignation des arbitres par une personne publique implique l'application d'un certain nombre de règles de compétence et de procédure. L'acte par lequel une personne publique désigne un arbitre est lui-même un acte détachable du contrat, qui est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un déferé préfectoral.

Et puis si les parties ne s'entendent pas, qui va désigner l'arbitre ou le surarbitre ? Des textes sur l'arbitrage auxquels se sont référées les parties peuvent régler le problème. Mais si ces textes ne s'appliquent pas, qui va procéder à la désignation de cet arbitre que les parties ne veulent pas désigner ? Le Tribunal de Grande Instance ? Le Code de procédure civile lui donne une compétence, j'allais dire que c'est une compétence naturelle. Faut-il admettre que le Président du Tribunal de Grande Instance désigne des arbitres devant statuer sur un litige d'ordre administratif ? C'est une question ouverte.

2° L'organisation de l'arbitrage ne fait pas toujours difficulté, les arbitres peuvent accomplir leur tâche et ils peuvent rendre leur *sentence arbitrale*. Celle-ci pose essentiellement, en notre matière, la question du *pouvoir des arbitres*. C'est une question que l'on rencontre dans l'arbitrage du droit privé aussi, mais elle est plus difficile encore en droit administratif, parce que nous sommes en présence d'un contentieux qui ne peut être qu'un contentieux patrimonial administratif.

A l'occasion de l'examen de la question de fond, l'arbitre peut se heurter à des questions concernant l'appréciation de la légalité ou l'interprétation d'un acte administratif, matière dans laquelle j'ai dit qu'il était radicalement incompétent. Il doit surseoir à statuer et renvoyer au juge administratif. Peut-il renvoyer ? Le juge administratif acceptera-t-il ce renvoi ? Rappelez-vous la jurisprudence de la

Cour de Justice des Communautés Européennes, qui n'admet pas que l'article 177 du Traité de Rome puisse être utilisé par des arbitres pour lui poser une question relative à la validité ou à l'interprétation d'un acte communautaire.

Le juge administratif va-t-il avoir la même position lorsqu'il sera saisi par un arbitre d'une question se rapportant à l'appréciation de la légalité ou à l'interprétation d'un acte administratif non réglementaire ? On peut trouver dans la jurisprudence des solutions. Certains arrêts considèrent que le renvoi n'est acceptable qu'à partir d'une décision d'une juridiction judiciaire. Un arrêt de 1981 parle plutôt d'une décision d'une autorité juridictionnelle. Or l'arbitre, le tribunal arbitral est une institution juridictionnelle. L'application des termes mêmes de l'arrêt de 1981 paraît pouvoir permettre aux juridictions administratives d'être saisies, à la suite d'une décision arbitrale, de la question de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif. Si cette question est réglée, l'affaire peut reprendre devant les arbitres.

Ils peuvent statuer sur le fond cette fois-ci et condamner l'une ou l'autre des parties. Les condamner à quoi ? Au versement d'une somme d'argent. C'est la seule solution possible.

Mais attention ! ils ne peuvent pas condamner les parties au paiement d'une somme d'argent en appliquant d'autres règles que celles du droit administratif. C'est une règle d'ordre public. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt Mergui de 1971, considère que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme d'argent qu'elles ne doivent pas. Cette interdiction est d'ordre public et peut être soulevée d'office par le juge administratif à l'occasion des recours dont il fait l'objet dans le cadre des litiges se rapportant à la sanction de la sentence arbitrale.

B - La sanction de l'arbitrage

La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée. Le Code de procédure civile le dit pour les sentences rendues par des arbitres privés à propos de litiges privés. Le Conseil d'Etat paraît bien le reconnaître aussi à propos des sentences arbitrales rendues en matière administrative.

Mais cette autorité de chose jugée n'empêche pas que se posent un certain nombre de difficultés, concernant la contestation de la sentence et l'exécution de la sentence.

1° *Quel recours* peut être introduit contre la sentence arbitrale administrative ? Le Code de procédure civile admet deux types de recours : l'appel, le recours en annulation. Si l'on applique purement et simplement le Code de procédure civile, ces deux solutions pourraient être utilisées. Mais nous ne savons pas si le Code de procédure civile doit être ici expressément retenu. En tout cas ce que dit le Conseil d'Etat dans une jurisprudence constante (son arrêt Lamborot de 1957, son avis de 1986), c'est que l'appel est toujours possible contre une sentence arbitrale sauf disposition législative contraire aux appels.

Devant quelle juridiction ? Si l'on applique le Code de procédure civile, c'est la cour d'appel dans le ressort territorial de laquelle la sentence a été rendue. Mais le Code de procédure civile n'est pas applicable ici, même en vertu de l'article 247 ou de l'article 361 du Code des marchés.

Il n'y a pas de juge possible en matière administrative autre que le juge administratif. L'appel contre une sentence arbitrale ne peut être porté que devant une juridiction administrative. Mais laquelle ? Les cours administratives d'appel, ou le Conseil d'Etat ? Vous savez bien que les cours administratives d'appel ne sont compétentes que pour statuer sur les appels des jugements rendus par les tribu-

naux administratifs et par les commissions d'indemnisation statuant sur le contentieux des Français rapatriés d'outre-mer. La compétence des cours administratives d'appel est une compétence — j'allais dire d'exception, n'exagérons pas — spécialisée. Il n'y a pas de possibilité de saisir les cours administratives d'appel d'un recours lorsque la loi du 31 décembre 1987 ne l'a pas prévu. Dès lors l'appel contre les sentences arbitrales administratives ne peut être portée que devant le Conseil d'Etat.

Est-ce que dans certains cas ce n'est pas d'un autre type de recours qu'il s'agit ? Je pense aux dispositions législatives qui permettent aux parties de conclure une clause en vue du règlement, le cas échéant définitif, de leurs différends. Définitif, cela signifie-t-il qu'il n'y a pas de recours possible ? Si l'on transpose la jurisprudence du Conseil d'Etat, marquée notamment par l'arrêt d'Aillières de 1947, il y a toujours un recours possible contre les sentences administratives, c'est au moins le recours en cassation devant, encore, le Conseil d'Etat. Le contentieux des sentences arbitrales me paraît devoir relever en toute hypothèse, quel que soit le type de recours à exercer, du Conseil d'Etat.

2° Il n'y a pas toujours contentieux au niveau du contenu de la sentence arbitrale elle-même, mais il peut y avoir contentieux au sujet de l'exécution de la sentence. Certes, la sentence, nous l'avons dit, a autorité de la chose jugée, mais elle n'a pas encore force exécutoire ; et si elle a force exécutoire, il faut encore procéder à l'exécution.

Faut-il l'*exequatur* ? Certains auteurs ont soutenu que ce n'était pas nécessaire puisqu'il n'y a pas de voie d'exécution contre les personnes publiques. Je leur rappellerai que les jugements des tribunaux administratifs, les arrêts des cours administratives d'appel, les arrêts du Conseil d'Etat, comportent la formule « La République mande et ordonne » aux ministres, aux préfets, d'assurer

l'exécution de la présente décision. Je ne vois pas pourquoi la formule « exécutoire », qui serait nécessaire pour les décisions des juridictions administratives ne serait pas nécessaire pour les sentences arbitrales. Qui doit donner l'exequatur ? Selon les dispositions du Code de procédure civile, c'est le tribunal de grande instance. Mais voit-on le tribunal de grande instance donner l'exequatur d'une sentence arbitrale, alors que son refus d'exequatur peut faire l'objet d'une contestation devant la cour d'appel qui pourra, à cette occasion, exercer une appréciation de fond ? Or, l'appréciation au fond du droit administratif ne peut relever que de la juridiction administrative. C'est donc, semble-t-il, aux tribunaux administratifs qu'il faut reconnaître l'exequatur des sentences arbitrales « administratives ».

Si l'exequatur est donné, il faut procéder à l'exécution. Les voies d'exécution sont encore problématiques, dans une certaine mesure, s'agissant des personnes publiques. Comme l'a reconnu la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 1987, qui est désormais un grand arrêt de la jurisprudence administrative, il n'y a pas de voie d'exécution contre les personnes publiques même si elles ont un caractère industriel et commercial. Ce sont les voies d'exécution administrative aménagées par la loi du 16 juillet 1980 qui seules peuvent s'appliquer.

L'astreinte ? Elle n'est possible qu'à propos de décisions rendues par des juridictions administratives. Or, le tribunal arbitral n'est pas une juridiction administrative. Mais le refus d'une personne publique d'exécuter une sentence arbitrale constitue un acte administratif qui est susceptible de faire l'objet d'une annulation par le juge administratif ; et le refus d'assurer l'exécution de cette annulation peut prêter à l'application des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 permettant au Conseil d'Etat de condamner une personne publique à une astreinte.

La voie la plus ordinaire, c'est celle qui est aménagée par les autres dispositions de la loi du 16 juillet 1980, et qui permet à une partie titulaire d'une décision investie de l'autorité de la chose jugée condamnant l'administration au paiement d'une somme d'argent de s'adresser, s'agissant de l'Etat, au comptable assignataire, des collectivités locales et des établissements publics, à l'autorité de tutelle ; ces procédures sont applicables pour l'exécution des sentences arbitrales, car la sentence arbitrale est une décision juridictionnelle investie de l'autorité de la chose jugée, auxquelles ces dispositions s'appliquent.

Paradoxalement, c'est finalement au terme de la procédure arbitrale, au-delà de la procédure arbitrale, pour assurer l'exécution de la sentence qu'on trouve aujourd'hui, grâce à la loi du 16 juillet 1980, les solutions les plus sûres, en tout cas les plus claires.

*
**

Pour le surplus, on voit la complexité des problèmes, la difficulté de les résoudre, l'incertitude des solutions. Il faut maintenant franchir un pas, il faut que des solutions soient adoptées en toute clarté. Mais pour le faire, il faut des conditions : des conditions de textes, des conditions de fond.

Des textes. Une loi seule peut régler les problèmes concernant le recours à l'arbitrage en droit administratif. Certaines lois règlent partiellement le problème et je sais qu'un participant à cette assemblée est plus favorable à l'adoption de lois cas par cas qu'à l'adoption d'une loi générale. Mais il y a déjà des lois réglant les questions cas par cas, elles laissent pendantes d'autres questions d'ordre général. Des règlements pris en vertu de l'article 37 de la Constitution pourraient aussi déterminer les modalités de la procédure arbitrale et introduire dans notre dispositif de droit administratif des solu-

tions parallèles à celles qui ont été aménagées dans le livre IV du Code de procédure civile.

Conditions de fond. Il ne faut pas s'engager dans l'arbitrage en droit administratif en disant que celui-ci doit toujours être possible et que les réticences ou les résistances du Conseil d'Etat ne sont plus de mise. Il faut procéder à des distinctions ; j'ai essayé de le faire : les distinctions entre les parties, entre les litiges, entre les contentieux doivent permettre d'identifier ce qui est arbitrable en droit administratif.

C'est seulement lorsque ces conditions seront satisfaites que nous pourrons éventuellement nous réunir pour célébrer la réconciliation de l'arbitrage et du droit administratif.

REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Président de l'A.F.A.

Voici bien des années, à la Faculté de Droit, le Professeur Pirou, qui était assez vindicatif et qui souvent pointait un index vengeur, fut l'objet d'un croquis d'un de mes amis qui faisait sa licence avec moi. La légende de ce croquis était : « Pirou ou la forme agressive de l'économie politique ». S'il eût dû faire ce soir un dessin représentant, avec quelque esprit, le profil du Professeur que nous venons d'entendre, je pense que la mention eût été « Delvolvé ou la forme dynamique de l'arbitrage administratif ».

La clarté de l'expression, la richesse de la réflexion et le pragmatisme des solutions ont caractérisé votre prestation. Nous avons souhaité une meilleure connaissance du problème que posait l'arbitrage en droit administratif, nous avons été comblés, cher Professeur et ami, par les réponses que vous avez apportées à nos interrogations et la prospective que vous n'avez pas manqué de dégager dans votre conclusion.

Un très grand merci de la part de l'Association Française d'Arbitrage mais aussi, car je suis sûr d'être leur interprète, de la part de tous ceux que nous avons été heureux et honorés d'accueillir ici ce soir et qui vous ont écouté, vous l'avez remarqué, avec un exceptionnel intérêt.

Je sais qu'aux questions de certains de nos amis vous répondrez avec bonne grâce. Nos entretiens pourront se poursuivre encore de l'autre côté du jardin tout en prenant quelques rafraîchisse-

ments. Compte tenu de l'heure et de la richesse du propos, réservons cependant quelques instants pour ces questions précises qui pourront donner lieu aux réponses sollicitées de votre part.

Une fois encore, un grand merci.

Monsieur le Professeur Jarrosson il était facile de savoir que vous prendriez probablement la parole.

QUESTIONS - RÉPONSES

Monsieur le Professeur JARROSSON

Vous êtes devin, je ne le savais pas en arrivant ! Je voudrais faire juste très rapidement une observation et aussi poser une question.

L'observation est relative à votre lecture de l'article 631 du Code de commerce. Vous interprétez le 3° al. 2 par référence à l'alinéa 1 (« Les tribunaux de commerce connaîtront... »), ce qui conduit à limiter cet article aux cas qui concernent la compétence des tribunaux de commerce ; c'est effectivement une interprétation possible, mais c'est une stricte interprétation littérale. Or je crois — et M^e D. Fousard va dans le même sens dans son article précité à la Revue de l'arbitrage — qu'une interprétation en fonction de l'esprit du texte permet d'aboutir à une conclusion exactement contraire.

Venons-en maintenant à la question que je souhaitais vous poser. L'arrêt Nicolo, rendu le 20 octobre 1989, a montré que le Conseil d'Etat admettait, désormais, comme l'avaient fait avant lui et depuis bien longtemps les juridictions judiciaires, la primauté du traité international sur la loi interne et ce sur la base de l'article 55 de la Constitution.

Or, vous nous avez dit que, dès lors que l'on est en présence de contrats administratifs, il n'est pas besoin de se demander si l'on est en matière internationale ou non et si la Convention de Washington est applicable ou pas. A mon avis, vu l'article 55 de la Constitution, la Convention de Washington doit s'appliquer nonobstant la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les contrats administratifs.

Ma question est donc celle-ci : comment peut-on concilier la jurisprudence Nicolo et les exigences de la Constitution avec ce que vous avez dit à propos des contrats administratifs ?

Monsieur le Professeur DELVOLVÉ

Sur le premier point de votre intervention, cher collègue, je n'ai pas à revenir puisque vous contestez l'appréciation que je fais avec le Conseil d'Etat de la combinaison de l'alinéa 1 et de l'alinéa 2 de l'article 631 du Code de commerce.

S'agissant de la jurisprudence Nicolo, qui incontestablement a constitué un progrès considérable dans la reconnaissance, par le Conseil d'Etat, de l'autorité des conventions internationales, je voudrais faire deux observations.

La première, c'est que dans l'arrêt Nicolo, le Conseil d'Etat n'a pas, pour la première fois, reconnu l'autorité d'un traité international. La supériorité du traité sur tous les actes administratifs est reconnue depuis longtemps ; dans un arrêt Dame Kirkwood de 1952, de la manière la plus éclatante, le Conseil d'Etat a apprécié la légalité d'un acte administratif par rapport à une convention internationale. L'arrêt Nicolo a une portée beaucoup plus limitée : il admet que lorsqu'il y a une contradiction entre une loi et un traité antérieur, c'est le traité qui s'applique et non pas la loi. C'est un progrès considérable mais ce n'est pas la première fois que le Conseil d'Etat reconnaît l'autorité d'une convention internationale.

S'agissant du deuxième point, celui de l'application de la convention de Washington, aussi bien d'ailleurs que l'application de la convention de Genève, on peut évidemment considérer que le Conseil d'Etat tient pour non écrites les stipulations qui y figurent et qu'il manifeste par là sa réticence vis-à-vis des traités internationaux. Je crois que si on

peut le contester, ce n'est pas sur ce point, c'est simplement sur le champ d'application de la convention de Washington et de la convention de Genève. Il résulte de sa jurisprudence et notamment de l'avis rendu le 6 mars 1986, qu'il n'y a pas matière à se poser la question du caractère international d'un contrat lorsqu'un contrat est un contrat administratif, et que par conséquent il n'y a pas matière à faire application des conventions internationales en cause. Cela ne remet pas en cause la supériorité du traité par rapport au droit interne, ni l'existence ni la valeur ni la portée de ces conventions internationales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est simplement, me semble-t-il, une question concernant le champ d'application de ces conventions. Le Conseil a peut-être tort, mais il se place — si j'ai compris ses arrêts — du point de vue du champ d'application de ces conventions.

Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Monsieur le Professeur Goldman, vous avez demandé la parole.

Monsieur le Professeur GOLDMAN

Je voudrais vous dire, mon cher collègue, que votre exposé a été étourdissant et que nous en sommes sortis étourdis. Le premier élément de ce propos est un indiscutable compliment ; le second n'est pas du tout une critique, bien au contraire, il prouve seulement que notre vitesse d'absorption n'atteint pas et de loin votre vitesse d'expression.

Je voudrais revenir sur un point qui a déjà été soulevé par notre collègue Jarrosson, mais je voudrais soulever la question d'une autre manière, qui se rattache du reste à votre réponse concernant l'interprétation du champ d'application des deux conventions que vous avez citées : la convention de Washington et la convention de Genève.

Permettez-moi de vous dire que je ne comprends réellement pas : la convention de Washington surtout — mais on pourrait dire, d'une autre manière, la même chose de la convention de Genève de 1961 — est une convention qui vise spécialement (elle est faite pour cela) les litiges relatifs aux investissements entre un Etat et un investisseur étranger à cet Etat. Or, combien y a-t-il de contrats d'investissement qui présentent nécessairement ce qu'il est traditionnellement convenu de considérer, en droit français, comme des clauses caractérisant un contrat administratif, en particulier celles qui confèrent des prérogatives de puissance publique à l'Etat concédant par rapport aux concessionnaires ? Par conséquent, si le Conseil d'Etat vient dire qu'en dépit de l'objectif même de cette convention elle ne peut pas s'appliquer à un contrat de concession entre l'Etat français et une entreprise étrangère, permettez-moi de vous dire que le Conseil d'Etat n'interprète pas, il méconnaît purement et simplement la convention, parce qu'il l'écarte de ce qui est son unique objet.

Quant à la convention de Genève, elle est, si possible, encore plus claire : l'article 2 de cette convention dispose en effet que le fait qu'un Etat soit partie au contrat litigieux ne fait pas obstacle à l'arbitrage et elle ne fait aucune distinction selon la nature du contrat.

Je vous avoue donc que je regrette beaucoup le « superbe isolationnisme » du droit administratif.

Monsieur le Professeur DELVOLVÉ

Monsieur le Président, je vous attendais bien là. Si vous faites un reproche, je crois que ce n'est pas tellement à moi qu'il s'adresse qu'au Conseil d'Etat. La position qu'il a adoptée, et qui apparaît dans l'avis du 6 mars 1986 relatif à ce parc de loisirs de l'est de Paris, est claire. Il a considéré que la convention de Washington ne s'appliquait pas, qu'on n'était pas dans le champ de l'application de la

convention de Washington. Il y a, en ce sens, d'autres positions du Conseil d'Etat, notamment un arrêt de 1952 qui bien entendu est antérieur à la convention de Washington comme à la convention de Genève. La position du Conseil d'Etat c'est que, dès lors qu'un contrat est un contrat administratif, il n'y a plus de problème par rapport à ces conventions internationales. Il se trompe peut-être, mais moi j'ai voulu rendre compte, fidèlement j'espère, de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Merci, Monsieur le Professeur. Monsieur le Ministre Aurillac, vous avez demandé la parole.

Monsieur le Ministre AURILLAC

Monsieur le Président, Monsieur le Professeur, je crois que le Conseil d'Etat, dans cette affaire, ne mérite pas tous les reproches qu'on lui fait, pour la bonne raison que la convention de Washington a été rédigée de telle façon qu'elle puisse ne jamais s'appliquer. Si vous la lisez attentivement, vous vous apercevez qu'il y a une clause disant que l'acceptation par un des Etats membres de la convention de Washington doit s'interpréter comme ne l'obligeant pas à l'appliquer à quelque titre ou catégorie de litige que ce soit. Si bien qu'il était expressément prévu qu'on la signait sans l'appliquer.

Il y a une explication, c'est que la convention de Washington — ça ne se lit pas dans le texte mais ça se voit dans les signatures — a été signée, d'une part, entre les pays les plus riches du monde et les plus développés et, d'autre part, un certain nombre de pays qui sont soit les moins avancés, soit des pays en développement et elle avait pour but, elle a d'ailleurs eu pour effet, dans certains cas très limités, de protéger les investissements des pays développés dans les pays en voie de développement.

Ceci dit, je crois qu'on pourrait parfaitement, compte tenu de ce que le texte de la convention est muet sur la catégorie de litiges qui est visée, l'appliquer à un litige entre des investisseurs français aux Etats-Unis et le gouvernement américain, à un litige entre un investisseur américain et le gouvernement français. Mais il n'y a pas obligation de l'appliquer et dans ces conditions je conçois — sans trouver parfait l'accord de Disneyland — qu'on ait pu ne pas appliquer la convention de Washington et faire une convention spécifique.

Monsieur le Professeur DELVOLVÉ

Je n'ai rien à ajouter à cette intervention qui me paraît être plus une réponse à Monsieur Goldman qu'une question s'adressant à moi.

Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Nous avons encore le temps pour une question, si vous le voulez bien. Monsieur de Boissésou vous avez la parole.

Monsieur de BOISSÉSON

Monsieur le Professeur, je me permets de poser la même question sous une autre forme encore à propos de la loi du 19 août 1986. L'engagement qui a été pris par l'Etat français, un établissement public et la région d'Ile-de-France vis-à-vis de la société américaine Walt Disney, était pris en contrepartie de l'investissement d'environ 600 millions de dollars qu'a fait Walt Disney pour la création d'un parc de loisirs, avec toute une série d'hôtels, de constructions, l'établissement de plans de publicité, etc.

Ne pensez-vous pas que le Conseil d'Etat aurait pu apprécier cette opération de manière différenciée ? Il me semble qu'il s'agissait là, à l'évidence, d'une opération à caractère international et que,

d'autre part, il s'agissait là d'un engagement de nature commerciale, même si cet engagement des différentes collectivités publiques, de l'Etat français, supposait peut-être, *pour son exécution*, des prérogatives de puissance publique. La nature juridique de cet engagement n'en demeurerait pas moins de nature commerciale. A supposer qu'on rejette ou qu'on n'accepte pas cette interprétation, il me semble tout de même qu'il fallait dire que la convention de Washington de 1965 pouvait s'appliquer, même si l'Etat français refusait par la suite de conclure une convention d'arbitrage. Or, ce n'est pas ce qu'a dit le Conseil d'Etat, contrairement à ce que semble suggérer Monsieur Aurillac. L'avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986 a rejeté purement et simplement l'application de la convention de Washington.

Sur le plan pratique, à quoi aboutit-on ? Cela aboutit à une perte de temps considérable et à la promulgation d'une loi dont tous les observateurs ont estimé qu'elle était rédigée en des termes ambigus et imparfaits. Ne pensez-vous pas que tout cela est un peu anachronique ?

Monsieur le Professeur DELVOLVÉ

Vous connaissez bien la loi du 19 août 1986 et son article 9. Vous avez écrit un article dont je me suis inspiré et je tiens à rendre ma dette à votre égard, comme je l'ai rendue à d'autres auteurs. Je crois que votre analyse est parfaite et que je n'ai rien à ajouter. Il est vrai que le co-contractant de l'Etat, de collectivités territoriales, d'un établissement public, s'est engagé à des investissements considérables, que ce co-contractant est une société étrangère et qu'il y aura des mouvements de capitaux et des mouvements de biens qui touchent au commerce international. Le Conseil d'Etat aurait pu considérer qu'il y avait matière à appliquer la convention de Washington. Mais ici je n'ai rien à ajouter par rapport à ce que j'ai dit et par rapport à ce

qu'ont dit Monsieur Aurillac et Monsieur Goldman. La position du Conseil d'Etat est peut-être critiquable, mais c'est l'état actuel de sa jurisprudence, consultative en tout cas. Le gouvernement n'a pas cru pouvoir passer outre à cet avis ; il a fait rédiger une loi, qui est rédigée, comme vous l'avez dit, en dépit du bon sens ou en tout cas du bon français. C'est un véritable problème que vous soulevez et s'il y a un appel à une évolution à faire, il me semble que cet appel, si ce n'est expressément, du moins implicitement, figurait dans mes développements. C'est un point sur lequel il y a une évolution qui, si le Conseil d'Etat ne peut pas la faire, ou ne veut pas la faire, ne pourra être faite que par la loi ; et c'est la raison pour laquelle je fais appel à des dispositions législatives et réglementaires pour résoudre tous les problèmes en suspens, dont vous avez mis en valeur le plus important.

Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Merci Monsieur le Professeur. Qu'il me soit permis, en vous donnant rendez-vous de l'autre côté du jardin, non seulement de renouveler mes remerciements pour la qualité de cet auditoire mais aussi pour l'intérêt qu'il a pris et dont nous avons eu la manifestation exceptionnelle à l'égard du Professeur Delvolvé. L'Association Française d'Arbitrage vous en est très reconnaissante et, croyez-le bien, son Président plus particulièrement encore.

La séance est levée.

*achevé d'imprimer
sur les presses de l'imprimerie bialec
54000 nancy, en février 1991*

