



«Problèmes d'extraterritorialité et de transnationalité en droit administratif comparé, européen et global »

vendredi 9 avril 2010, de 16h00 à 19h00

Table ronde organisée par

La Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public", Sciences Po

L'utilisation extraterritoriale des critères jurisprudentiels du contrat administratif : le contrat administratif « français » à l'étranger

François Brenet, Professeur à l'Université Paris VIII

Version provisoire

1-Les jurisprudences Société des granits porphyroïdes des Vosges¹, Epoux Bertin², Ministre de l'agriculture c/Consorts Grimouard³, Société Entreprise Peyrot⁴, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant⁵ ou encore Berkani⁶ ont-elles vocation à s'appliquer à l'étranger ? Plus précisément, les critères jurisprudentiels nationaux du contrat administratif sont-ils susceptibles de s'appliquer aux contrats des personnes publiques françaises alors qu'ils sont conclus, voire même exécutés, en dehors du territoire national ? De prime abord, cette interrogation peut paraître doublement dépassée.

¹ CE, 31 juillet 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges ; Rec. CE, p ; p. 909, concl. L. Blum ; DP 1916, 3, p. 35, concl. L. Blum ; RD publ. 1914, p. 145, note G. Jèze ; S. 1917, 3, p. 15, concl. L. Blum.

² CE, S, 20 avril 1956, Epoux Bertin ; Rec. CE, p.167 ; AJDA 1956, p.221, chron. J. Fournier et G. Braibant ; D 1956, p.433, note A. de Laubadère ; RDP 1956, p.869, concl. M. Long.

³ CE, S, 20 avril 1956, Ministre de l'agriculture c/Consorts Grimouard ; Rec. CE, p.168 ; AJDA 1956, p.187, concl. M. long ; p.221, chron. J. Fournier et G. Braibant ; D 1956, p.429, concl. M. Long et note P.-L. J.

⁴ TC, 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot ; Rec. CE, p. 787 ; AJDA 1963, p. 463, chron. M. Gentot et J. Fourré ; D. 1963, jurispr. p. 543, concl. C. Lasry, note P.-L. Josse ; JCP G 1963, II, 13375, note J.-M. Auby ; RDP 1963, p. 766, concl. C. Lasry ; RDP 1964, p. 767, note Fabre et Morin.

⁵ CE, sect., 19 janv. 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant ; Rec. CE, p. 48 ; CJEG 1973, p. 239, concl. M. Rougevin-Bavile, note A. Carron ; AJDA 1973, P. 358, chron. D. Léger et M. Boyon ; JCP G 1974, II, 17629, note A. Pellet ; Rev. adm. 1973, p. 633, note P. Amselek.

⁶ TC, 25 mars 1996, Berkani c/ CROUS Lyon-Saint-Etienne ; Rec. CE, p. 535, concl. P. Martin ; AJDA 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996, jurispr. p. 598, note Y. Saint-Jours ; Dr. adm. 1996, comm. n° 319, obs. J.-B. Auby ; Dr. soc. 1996, p. 735, obs. X. Prétot ; JCP G 1996, II, 22664, note P. Moudoudou ; RFDA 1996, p. 819, concl. P. Martin ; CJEG 1997, p. 35, note J.-F. Lachaume.

2-Dépassée par l'histoire tout d'abord car les critères du contrat administratif ne sont plus ce qu'ils ont été. Nul ne conteste aujourd'hui que la nature juridique des contrats conclus par l'administration est davantage déterminée par les textes que par le juge. Les marchés publics⁷, contrats de partenariat⁸ et autres contrats d'occupation du domaine public⁹ sont des contrats administratifs par détermination de la loi et les critères jurisprudentiels du contrat administratif, accompagnés de leurs grands arrêts, ne sont plus appelés à intervenir que dans les interstices laissés libres par les textes ou découverts par des parties avides de liberté et de créativité contractuelles. Et ne s'appliquant plus qu'exceptionnellement aux contrats purement nationaux, on ne voit pas très bien pourquoi ces fameux critères organique (présence d'au moins une personne public) et matériel (objet de service public ou de travaux publics, présence de clauses exorbitantes ou soumission à un régime exorbitant du droit privé) s'appliqueraient davantage aux contrats internationaux de l'administration, c'est-à-dire aux contrats présentant des liens avec plus d'un système juridique¹⁰.

3-Dépassée par l'évolution du processus de qualification des contrats conclus par l'administration, cette interrogation l'est également par les travaux de la doctrine privatiste. En effet, celle-ci s'en est emparée depuis quelques années déjà et a livré des réflexions stimulantes portant sur des thématiques, voisines tout d'abord (les conventions transnationales des personnes publiques¹¹), plus larges ensuite (les contrats internationaux de l'administration¹²) et portant enfin exactement sur le thème que l'on se propose ici d'évoquer, celui des contrats administratifs à caractère international¹³.

4-Le risque que l'on prend en posant la question de l'application extraterritoriale des critères jurisprudentiels du contrat administratif est donc parfaitement clair, aussi clair qu'inconsidéré : celui de vouloir répondre à une interrogation doublement dépassée, par les textes d'une part, par les travaux de la doctrine privatiste d'autre part. Malgré cela, force est de constater que le développement rapide et conséquent des contrats internationaux de l'administration, étatique et locale, invite à revisiter la question. La réalité dépasse le droit comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son rapport public pour 2008 : « *le développement rapide des contrats internationaux par l'Etat*

⁷ Article 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier.

⁸ Article 1 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et article L.1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹ Article L.2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁰ Selon la définition donnée par J.-M. Jacquet du contrat international (J.-M. Jacquet, *Le contrat international* ; Dalloz 1992, p.5).

¹¹ M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, LGDJ 2002, Bibliothèque de droit privé, t.358, 428 p.

¹² S. Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration* ; LGDJ 2005, Bibliothèque de droit privé, t.433, 408 p.

¹³ M. Laazouzi, *Les contrats administratifs à caractère international* ; Economica, Coll. Recherches juridiques, 2008, 507 p.

et les collectivités territoriales constitue aujourd'hui « un angle mort » du contrat administratif. On n'en connaît ni le nombre, ni la nature, ni l'objet, ni les auteurs, alors que leur développement pose des questions nouvelles, souvent très délicates : les limites pour les collectivités publiques à agir comme tout opérateur privé et la détermination des règles qui les régissent (loi applicable, capacité à compromettre, juridiction compétente...). L'Etat s'expose donc à des risques sans en être assez conscient »¹⁴. A cela s'ajoute le fait que si le déclin des critères jurisprudentiels du contrat administratif est aujourd'hui avéré, ceux-ci conservent tout de même une certaine effectivité. Ils constituent une solution de repli à chaque fois qu'aucun texte n'est intervenu pour régler la situation ou lorsqu'un texte existant ne permet pas de fixer la solution. Tel est précisément le cas en matière de marchés publics où la qualification opérée par l'article 2 de la loi Murcef (« les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ») est neutralisée par la solution jurisprudentielle selon laquelle le code des marchés publics ne s'applique pas en principe aux contrats conclus et/ou exécutés à l'étranger¹⁵. Ayant à connaître d'un tel contrat, le Conseil d'Etat a écarté la compétence du juge des référés précontractuels parce que ledit contrat ne constituait pas un marché public mais a néanmoins admis la compétence de la juridiction administrative. Implicitement, il a donc nécessairement admis que le litige devait être réglé « par application de la loi française »¹⁶ et que les critères jurisprudentiels du contrat administratif étaient satisfaits, prouvant ainsi au passage que ces derniers conservaient toute leur utilité.

5-Il faut dire que le développement des contrats internationaux de l'administration suscite de nombreuses interrogations relatives principalement à la détermination de la compétence juridictionnelle et du droit applicable. Celles-ci sont d'autant plus importantes qu'elles peuvent être compliquées par des problématiques connexes comme le montre la question du recours à l'arbitrage et celle, riche d'enjeux, de la détermination de son régime juridique et contentieux¹⁷.

Se pose tout d'abord la question de savoir si les personnes publiques peuvent valablement conclure des contrats déployant leurs effets au-delà du territoire national. En toute logique, l'examen de la capacité des critères jurisprudentiels du contrat administratif à s'exporter et à s'appliquer à un contrat

¹⁴ Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* ; EDCE 2008, n°59, p.260.

¹⁵ CE, 4 juillet 2008, Sté Colas Djibouti ; Rec. CE tables (à mentionner) ; Dr. adm. 2008, chron. 3, M. Audit ; RFDA 2008, p.1123, note F. Melleray ; RJEP 2008, comm. 52, note P. Terneyre.

¹⁶ P. Terneyre, note précitée ; RJEP 2008, comm. 52.

¹⁷ CE, 31 juillet 2009, INSERM ; n°309277 (renvoi au Tribunal des conflits de la question de compétence relative à une sentence arbitrale se rapportant à un litige contractuel mettant aux prises l'INSERM, établissement public de l'Etat français, et une association de droit norvégien au sujet du financement et de la construction d'un centre de neurobiologie à Marseille) ; Dr. adm. 2009, chron. 3, note M. Audit). La Cour d'appel de Paris avait préalablement admis sa compétence pour connaître du même litige (CA Paris, 1^{ère} ch., 13 novembre 2008, INSERM c/Fondation Letten F. Saugstad ; Rev. arbr. 2009, p.389, note M. Audit).

frappé d'un élément d'extranéité n'a de sens que si la conclusion d'un contrat administratif international est légalement possible. Celle-ci reçoit une réponse clairement positive aussi bien pour l'Etat que pour les collectivités territoriales¹⁸. Encore faut-il préciser, pour l'Etat, qu'une distinction s'impose entre les *traités internationaux* qu'il conclut en tant que sujet du droit international avec un autre sujet du droit international (un autre Etat ou une organisation internationale par exemple) et *les contrats* qu'il signe en tant que personne publique avec une personne privée ou une autre personne publique. C'est spécialement cette dernière hypothèse que l'on entend traiter ici en recherchant si un contrat conclu par l'Etat et qualifiable d'administratif en droit interne selon les critères jurisprudentiels que l'on sait doit être qualifié de la même façon lorsqu'il est frappé d'un élément d'extranéité, notamment lorsqu'il est conclu ou exécuté à l'étranger. Les collectivités territoriales peuvent également conclure des contrats internationaux dans de nombreux domaines, les principaux étant ceux de la coopération décentralisée et de la commande publique. Mais alors que l'internationalisation est le fruit d'une *volonté* dans le cadre de la coopération décentralisée, elle est davantage la conséquence d'une *contrainte* en matière de contrats de la commande publique. Le droit communautaire, qu'il provienne des principes généraux consacrés par les traités fondateurs ou du droit dérivé, contraint en effet les pouvoirs adjudicateurs (et entités adjudicatrices) à « internationaliser » ou plutôt à « communautariser » le processus de passation de leurs contrats dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application des directives ou qu'ils présentent un intérêt transfrontalier¹⁹. L'internationalisation « forcée » du processus de passation du contrat, qui est destinée à permettre aux candidats potentiellement intéressés -spécialement ceux provenant d'un autre Etat- de soumissionner, implique en aval une internationalisation « potentielle » des marchés publics et des concessions, c'est-à-dire la signature de contrats avec des entreprises relevant d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

Se pose ensuite la question de savoir si le droit public, normalement applicable à l'administration, peut valablement s'appliquer à l'étranger. Le principe de territorialité du droit public, défini comme la limite spatiale d'application du droit public, pourrait à première vue s'y opposer. En vérité, celui-ci n'a qu'une portée toute relative²⁰ et ne semble pas pouvoir s'opposer à l'application du droit

¹⁸ S. Lemaire, thèse précitée, pp.107-163.

¹⁹ Il va de soi que l'internationalisation dictée par le droit communautaire vaut à l'égard de tous les pouvoirs adjudicateurs et que l'Etat est lui aussi concerné.

²⁰ Dès le début du XXème siècle, certains membres de la doctrine italienne avaient tenté de démontrer qu'elle était sans fondement. Ainsi Feddozi pour qui « *la doctrine est tellement convaincue que les lois de droit public sont par définition des lois territoriales que généralement elle s'abstient de donner une justification quelconque d'un principe qui d'après elle s'impose avec les caractères de l'évidence et partant apparaît comme impossible à démontrer* » (Feddozi, *De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public* ; RCADI, 1929, (II), vol. 27, pp.141-210 et spéc. p.149 ; cité par M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques* ; préc. , n°578).

public français à une situation (entendue au sens d'un acte ou d'une opération) frappée d'un élément d'extranéité. Comme le soulignait le Président Odent, « *les litiges auxquels donne naissance l'activité, au-delà des frontières françaises, de services publics français, sont de la compétence des juridictions françaises* »²¹ et il n'y a donc pas d'obstacle à ce que le droit public français régit la vie d'un contrat conclu à l'étranger par l'administration française, à condition toutefois que celle-ci ait agi en son nom propre et non pour le compte des autorités étrangères²². Par principe, les critères organique et/ou matériel d'application du droit public français sur le territoire national ont vocation à s'appliquer en dehors de ce même territoire.

6-Le bilan d'étape que l'on peut faire au terme de ces deux interrogations est évidemment flatteur pour le droit français puisque les personnes publiques peuvent conclure des contrats internationaux et ces contrats peuvent au surplus être régis par lui. Il ne faut cependant pas en tirer des conséquences hâtives et démesurées. De toute évidence, l'application du droit public français à l'étranger ne doit pas être perçue comme un indicateur ou un révélateur de l'influence du droit national sur le droit étranger. On veut dire ici qu'il faut distinguer deux hypothèses très différentes. L'application des critères jurisprudentiels du contrat administratif à un contrat conclu par une personne publique française et frappé d'un élément d'extranéité est finalement une situation tout à fait normale si l'on songe que ce contrat aurait été qualifié à l'identique s'il n'avait pas été frappé d'un tel élément d'extranéité. Toute différente est la situation dans laquelle le droit français des contrats administratifs sert de modèle à un droit étranger, lequel va librement s'en inspirer pour dégager des solutions qu'il va appliquer aux contrats conclus par les autorités locales. Si les deux phénomènes ne sont pas sans lien, l'application du droit français à un contrat administratif passé et exécuté à l'étranger pouvant de

²¹ R. Odent, *Contentieux administratif* ; réimp. 2007, tome 1, p.156-157.

²² Logiquement, le droit public français ne peut éventuellement trouver à s'appliquer à l'étranger que si la personne publique française a agi en son nom propre. Dans le cas où une personne publique française passe un contrat à l'étranger pour le compte d'un Etat étranger, il va de soi que le droit public français ne peut trouver à s'appliquer (voir en ce sens et s'agissant tout spécialement de contrats dans lesquels l'Etat français n'était que mandataire : CE, 7 octobre 2009, Sté internationale du bâtiment et de génie civil (SIBAGEC) ; Rec. CE 2009, Tables, à paraître ; Dr. adm. déc. 2009, chron. 3, M. Audit : « *qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, signé et exécuté au Mali, qui a pour objet la construction à Bamako d'une école destinée à former les officiers de nationalité malienne au maintien de la paix, a été conclu, dans le cadre de la coopération internationale militaire de défense, pour le compte des autorités maliennes ; qu'il suit de là que la requête de la SOCIETE SIBAGEC, qui tend à la réparation du préjudice né du rejet, par une ambassade, de l'offre présentée par une société dans le cadre d'une procédure de passation lancée pour le compte d'une personne publique étrangère, n'est pas au nombre des litiges dont il appartient à la juridiction administrative de connaître* »-Voir déjà : CE, 13 mai 1970, Société des établissements Abonat ; Rec. CE, p.323 : incompétence de la juridiction administrative pour connaître d'un litige relatif à un marché passé entre une société française et l'armée américaine pour la fourniture de matériaux et dans lequel l'administration française agissait en qualité de représentant technique des autorités américaines). L'incompétence des juridictions françaises vise aussi l'hypothèse dans laquelle le contrat a été conclu par un Etat étranger, et cela même si l'Etat français a participé à l'opération (aides financières, assistance technique, etc.) : CE, 4 mars 1970, Desdames ; Rec. CE, p.152 ; CE, 19 juin 1963, Compagnie des eaux de Hanoi ; Rec. CE, p.375.

toute évidence être de nature à influencer le droit local²³, ils ne se situent assurément pas sur le même plan.

7- Une fois admise l'idée de contrats administratifs à dimension internationale, se pose alors la question de la conciliation entre leur administrativité et leur internationalité. Faut-il considérer que leur administrativité prime leur internationalité ou au contraire que leur internationalité prime leur administrativité ? À cette interrogation, la jurisprudence administrative²⁴ a apporté des réponses variables selon les époques comme a pu le montrer M. Laazouzi dans sa thèse²⁵. Il apparaît qu'après avoir joué un rôle essentiel, les critères jurisprudentiels du contrat administratif n'occupent plus depuis 1999 et l'arrêt Tégos²⁶ qu'un rôle limité. Plus précisément, si les critères ont été pendant très longtemps survalorisés car utilisés comme critères de détermination de la compétence des juridictions nationales par rapport aux juridictions étrangères et dans l'ordre interne comme critères de fixation de la compétence des juridictions administratives par rapport aux juridictions judiciaires (I), ils ne sont plus aujourd'hui que des critères secondaires intervenant en fin de course pour départager le contentieux des contrats internationaux relevant des juridictions françaises entre le juge judiciaire d'une part et le juge administratif français d'autre part (II). À la survalorisation initiale des critères a succédé une dévalorisation logique si l'on pense, ainsi que l'affirme la jurisprudence, que le juge administratif est « *un juge d'attribution en matière internationale* »²⁷ et qu'il n'est donc pas « *compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français* ».

I-La survalorisation initiale des critères jurisprudentiels du contrat administratif

²³ Ce phénomène rejoint la problématique des relations entre situations transnationales et droit comparé. Sur cette question, v. O. Dubos, *Le droit administratif et les situations transnationales : des droits étrangers au droit comparé ?*; in « L'argument de droit comparé en droit administratif français » (direct. F. Melleray), Bruylant, 2007, p.69.

²⁴ Cette jurisprudence administrative était, jusqu'à très récemment, exclusivement le fait du Conseil d'Etat en vertu de l'ancien R.311-1 6° du Code de justice administrative qui disposait que « *les litiges d'ordre administratif nés hors des territoires soumis à la juridiction d'un tribunal administratif* » relevaient de sa compétence de premier et dernier ressort. Le décret n°2010-164 du 22 février 2010 (JO du 23 février 2010, p.3325 ; AJDA 2010, p.605, note D. Chauvaux et J. Courtial) a modifié cette disposition pour transférer ce contentieux au tribunal administratif de Paris (l'article R. 312-19 du CJA dispose que « *les litiges qui ne relèvent de la compétence d'aucun tribunal administratif par application des dispositions des articles R. 312-1 et R. 312-6 à R. 312-18 sont attribués au tribunal administratif de Paris* »). Cette compétence de premier ressort du tribunal administratif de Paris implique naturellement la compétence d'appel de la Cour administrative d'appel de Paris et la compétence de cassation du Conseil d'Etat.

²⁵ M. Laazouzi, thèse préc. ; p.137-142.

²⁶ CE, S, 19 novembre 1999, Tégos : Rec. CE, p.356, JDI 2000, p.742-750, note J.-F. Flauss ; RCDIP 2000, p.409-433, concl. J. Arrighi de Casanova, note S. Lemaire ; JCP 2000, IV, 1439, obs. M.-C. Rouault ; RDP 2000, p.378-381, obs. C. Guettier.

²⁷ TC, 22 octobre 2001, Mme Issa et Mme Le Gouy ; Rec. CE, p.752 ; D 2001, IR, p.3396 ; AJFP 2002, p.15.

8-La jurisprudence administrative a accordé, à une certaine époque, une importance démesurée aux critères du contrat administratif en en faisant des critères de détermination de la compétence des juridictions françaises face aux juridictions étrangères et, au sein de l'ordre juridictionnel français, des critères de la compétence du juge administratif (A). Cette double fonction accordée aux critères jurisprudentiels du contrat administratif était d'autant plus surprenante qu'elle ne reposait sur aucun fondement solide car elle pouvait déboucher en pratique sur un découplage total entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable au litige, le juge administratif pouvant être parfois conduit à appliquer le seul droit étranger (B).

A-Une fonction d'affirmation de la compétence du juge administratif national

9-Antérieurement à l'arrêt Tégos, la jurisprudence administrative semblait considérer que les critères du contrat administratif pouvaient tout à la fois servir de critères de fixation de la compétence des juridictions françaises et, à l'intérieur de celles-ci, de distribution des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire. Le symbole de cette application « conquérante » des critères du contrat administratif est constitué par l'arrêt Habib Bechara du 11 janvier 1952²⁸ dans lequel le Conseil d'Etat a admis sa compétence pour connaître d'un marché de fournitures de sacs postaux conclus entre l'administration française et un négociant libanais au motif qu'il s'agissait d'un « *marché administratif de fournitures passé pour le compte de l'Etat français* » avant d'en déduire que seule la loi française pouvait en régir les effets, et cela alors même qu'il avait été conclu et exécuté au Liban.

10-Cette solution pouvait peut-être se comprendre à une époque où les contrats internationaux de l'administration n'étaient pas aussi nombreux qu'aujourd'hui et à une époque où le juge administratif ne souhaitait sans doute pas abandonner ce contentieux à un juge étranger, voire même au juge judiciaire. Il reste qu'elle n'était guère satisfaisante et nous nous séparons sur ce point de l'opinion émise par M. Laazouzi, pour qui « *la méthode de qualification retenue est correcte en ce qu'elle place l'opération de qualification dans l'ordre logique qui est le sien : avant l'interrogation sur le droit applicable au contrat* »²⁹. Cet arrêt nous semble au contraire doublement contestable.

En effet, affirmer que la compétence pour connaître d'un contrat frappé d'un élément d'extranéité dépend de la seule réalisation des critères jurisprudentiels du contrat administratif revient purement et simplement à nier son caractère international, à faire comme s'il ne dépendait que d'un seul ordre

²⁸ CE, 11 janvier 1952, Sieur Habib Bechara ; Rec. CE, p.30 ; Rev. jur. et pol. Union française 1952, p.292, concl. Barbet.

²⁹ Préc., n°187, p.139.

juridique alors que précisément il entretient des liens avec plusieurs systèmes juridiques. La primauté ainsi accordée à l'administrativité du contrat sur son internationalité ne correspond pas à un ordre logique mais au contraire à un renversement de l'ordre normal des choses. Plus encore, l'arrêt Habib Bechara repose sur une équation (compétence administrative égale droit administratif³⁰) qui ne correspond pas à la réalité jurisprudentielle. Certes, on peut y voir une expression de la règle posée par l'arrêt Blanco³¹ selon laquelle la compétence juridictionnelle suit le droit applicable au litige (la compétence suit le fond). Mais, il est bien connu que cette règle n'a pas un caractère absolu comme le prouvent les nombreux cas d'application des règles du droit privé par le juge administratif³². Et s'il fait application de règles du droit commun, c'est nécessairement que la compétence juridictionnelle n'est pas toujours déterminée par le droit applicable au litige. Cette formule selon laquelle la compétence suit le fond est en réalité approximative et dangereuse comme a pu le montrer J.-F. Lachaume³³. Elle est « *le raccourci d'un raisonnement plus complexe et occulte l'élément déterminant* » de la compétence du juge administratif car elle signifie que « *le juge administratif est compétent lorsque le litige relève d'une gestion publique et c'est cette dernière qui entraîne normalement (lorsqu'elle ne la révèle pas) l'application des règles du droit administratif général* ». En plus d'être approximative, la formule est aussi devenue dangereuse du fait de la multiplication des cas dans lesquels la compétence du juge administratif se traduit par l'application d'une règle de droit privé. Plus encore, elle pourrait se retourner contre le juge administratif si d'aventure un jour le juge judiciaire lui opposait que l'application du droit privé devait normalement être le fait du juge judiciaire !

B-Une fonction sans fondement

11-Reposant sur une négation de l'internationalité du contrat administratif et sur une lecture faussée de la règle selon laquelle la compétence suit le fond, l'arrêt Habib Bechara ne pouvait que mener le juge administratif dans une impasse, précisément dans l'hypothèse où les critères du contrat administratif conduiraient à qualifier le contrat international d'administratif et où le régime juridique du contrat ne serait pas constituée de règles du droit public français mais de règles partiellement voire même exclusivement locales (i.e. étrangères). C'est exactement ce scénario redouté, mais

³⁰ Le commissaire du gouvernement Barbet (concl. préc.) s'exprimait dans des termes très clairs : « *Nous pensons que pour un juge, il n'existe qu'une seule loi, la loi en vigueur dans le pays où il exerce sa juridiction* ».

³¹ TC, 8 février 1873, Blanco ; Rec. CE, p.61, concl. David ; D 1873, III, p.20, concl. David; S 1873, III, p.153, concl. David; GAJA n°1; GDJA, p.4.

³² Et c'est tout particulièrement vrai en matière de contrats administratifs. Sur ce thème, voir J. Martin, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs* ; thèse Paris II, 2008, 2 tomes, dact., 847 p.

³³ Jean-François, *La compétence suit la notion...* ; AJDA 2002, p.77.

inéluçtable compte tenu de la pratique fréquente consistant à appliquer le droit local, qui s'est présenté au Conseil d'Etat. D'abord dans l'affaire Lavigne et Le Mée du 3 juillet 1968³⁴ au sujet d'un litige relatif à la passation d'un contrat par la mission française au Cambodge, litige dont le Conseil d'Etat a accepté de connaître alors même que le contrat en cause était régi par la loi cambodgienne et par les dispositions françaises relatives aux marchés publics en application de la volonté des parties³⁵. Ensuite dans l'affaire Epoux Fourny du 8 mai 1968³⁶ au sujet d'un litige relatif au licenciement d'agents recrutés par le Consulat de France en République de Guinée et dont le juge administratif a accepté de connaître alors qu'il devait être réglé en application de la loi locale. Mais c'est surtout avec l'arrêt Mme Johnston³⁷ que l'on a pu prendre toute la mesure des défauts de la solution Habib Bechara. Dans cette affaire relative à un agent des services français de l'expansion économique à Manchester, la haute juridiction a admis sa compétence, non pas implicitement comme dans les deux affaires précitées, mais en précisant clairement que le contrat était administratif car ayant « *pour objet de faire participer directement l'agent au fonctionnement d'un service public* »³⁸, avant d'affirmer que seules « *les dispositions des législations sociales et du travail britanniques* » étaient applicables.

12-Avec cet arrêt, l'internationalité du contrat est niée à un double titre. Comme dans l'arrêt Habib Bechara, la réalisation des critères jurisprudentiels du contrat administratif suffit à justifier la compétence du juge administratif mais revient également à gommer purement et simplement l'extranéité de la situation³⁹. En effet, la compétence du juge administratif ne débouche pas sur l'application du droit public français mais sur celle de la législation britannique relative au licenciement car la commune intention des parties avait été de s'y soumettre⁴⁰. Cette jurisprudence consacre donc l'existence de contrats « *juridictionnellement* » administratifs selon l'expression

³⁴ CE, 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée ; Rec. CE, p.884, concl. G. Braibant ; AJDA 1969, p.259.

³⁵ Lesdits textes n'étaient pas applicables en tant que tels à ce marché passé à l'étranger mais l'administration s'était « *comme elle en avait le droit, expressément référée dans le cahier des charges, aux dispositions du code dont s'agit* ».

³⁶ CE, 8 mai 1968, Epoux Fourny ; Rec. CE, p.289 (compétence administrative pour appliquer la législation guinéenne)

³⁷ CE, 28 janvier 1983, Mme Johnston ; Rec. CE, p.28 ; Rev. crit. dr. int. pr. 1985, p.316, concl. M. Franc, note P. Rodière.

³⁸ S'appliquait encore à l'époque le critère de la participation à l'exécution du service public administratif mis en évidence dans les toutes premières années de la période dite de revalorisation du service public (CE, S, 4 juin 1954, Affortit et Vingtain ; Rec. CE, p.342, concl. J. Chardeau). Critère dont on sait qu'il a ensuite été abandonné par la jurisprudence Berkani (TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône c/Conseil des prud'hommes de Lyon ; Rec. CE, 535, concl. P. Martin ; AJDA 1996, p.355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; CJEG 1997, p.35, art. J.-F. Lachaume ; Dr. adm. 1996, comm. 319, note J.-B. A. ; RFDA 1996, p.819, concl. P. Martin ; GDJA p.581.

³⁹ Solution qui sera ensuite confirmée : CE, 7 janvier 1987, Mme Félicien ; Rec. CE, p.805 ; Rec. crit. dr. int. pr. 1988, p.687, note P. Rodière ; D 1987, somm. P.350, note B. Audit : compétence administrative pour connaître du licenciement d'un agent dont les fonctions le faisaient participer à l'exécution d'un service public administratif et règlement de ce litige en application de la législation mexicaine.

⁴⁰ Voir déjà dans le même sens : CE, 8 mai 1968, Epoux Fourny ; Rec. CE, p.289 (compétence administrative pour appliquer la législation guinéenne).

employée par B. Dolez⁴¹. La question de la détermination de la compétence juridictionnelle se résume donc à l'identification d'une notion clef du droit administratif, en l'occurrence un contrat administratif, et cela indépendamment du droit applicable au litige. La compétence juridictionnelle ne suit donc pas le fond, elle est déterminée par la notion.

13-C'est précisément ces hypothèses extrêmes, c'est-à-dire ces cas d'application du seul droit étranger au contrat administratif, qui ont créé le trouble en mettant clairement en évidence que la compétence du juge administratif ne pouvait en aucun cas être déterminée par le droit applicable au litige. Le Conseil d'Etat a alors tenté de trouver des palliatifs avant d'opter pour une solution plus radicale conduisant à une forte mais logique dévalorisation des critères jurisprudentiels du contrat administratif.

II-La dévalorisation actuelle des critères jurisprudentiels du contrat administratif

14-Alors qu'ils permettaient tout à la fois de fixer la compétence des juridictions nationales et à l'intérieur de celles-ci de justifier la compétence des juridictions administratives, les critères jurisprudentiels du contrat administratif ne jouent plus, depuis l'arrêt Tégos, qu'un rôle limité. Ils n'interviennent désormais plus au stade de la détermination de la compétence des juridictions nationales, laquelle s'opère en application des méthodes du droit international privé. Ce n'est qu'une fois la compétence des juridictions françaises établies qu'ils peuvent à nouveau jouer leur rôle départiteur entre le juge administratif et le juge judiciaire.

A-L'incapacité des critères jurisprudentiels à fixer la compétence des juridictions françaises : la mise hors-jeu des critères

15-Avant de mettre les critères jurisprudentiels du contrat administratif hors-jeu, le Conseil d'Etat a cherché des solutions palliatives. L'une d'entre elles a consisté à minorer la place occupée par le droit local dans le règlement du litige contractuel comme l'illustre l'arrêt Troquet du 7 juin 1991⁴². Admettant sa compétence pour connaître de la décision par laquelle l'ambassadeur de France à Londres avait mis fin aux fonctions du chef cuisinier de l'ambassade au motif que ce dernier était un agent public « *en raison de la nature des fonctions qu'il exerçait* »⁴³, le juge administratif a

⁴¹ B. Dolez, *Le juge administratif et les conflits de lois* ; RDP 1995, p.1029.

⁴² CE, S, 7 juin 1991, Troquet ; Rec. CE, p.223 ; D 1992, SC, p.148, obs. P. Bon et P. Terneyre ; RFDA 1991, p.690.

⁴³ Comme le note René Chapus (*Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, tome 2, p.38 : « *La solution peut provoquer quelque perplexité, à moins qu'on ne partage les vues de Talleyrand, selon lesquelles une bonne diplomatie ne se conçoit pas sans une bonne table* »), cet arrêt suscite l'interrogation, pour ne pas dire plus, lorsqu'il est comparé à celui par lequel le Tribunal des Conflits a jugé que les cuisiniers des hôpitaux publics n'étaient pas des agents contractuels de droit public car ne participant pas, par leurs fonctions, au service public hospitalier (TC, 4 novembre

considéré que sa situation était régie par des dispositions fixées par décret et relatives au « statut » des agents contractuels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à l'étranger. Le ministère des affaires étrangères ne pouvait donc pas, sans commettre de faute de nature à engager sa responsabilité, recruter l'agent en violation des dispositions réglementaires précitées. On aurait pu croire que cette solution allait marquer un tournant dans l'orientation jurisprudentielle mais il n'en a rien été. L'arrêt Troquet n'est que partiellement revenu sur les arrêts Epoux Fourny, Mme Johnston et Mme Félicien en réglant le cas bien particulier d'une incompatibilité entre des textes statutaires de droit français et des stipulations renvoyant au droit local⁴⁴ au profit des dispositions nationales. Mais il n'a pas posé une règle générale permettant de déduire l'application exclusive, voire même seulement partielle, des règles du droit public français de la compétence du juge administratif. Ce n'est qu'en présence de dispositions statutaires, sans doute assimilables à des lois de police au sens des méthodes du droit international privé, que le droit local est écarté au profit du droit national. Mais en l'absence de telles dispositions statutaires ou de contrats n'entrant pas dans le champ d'application des textes français existants, liberté est alors laissée au juge administratif français d'appliquer le droit local⁴⁵.

16-Face aux imperfections de cette solution, le Conseil d'Etat s'est finalement résigné en 1999 à poser une règle diamétralement opposée à celle qu'il appliquait jusqu'à présent. Au lieu de fonder sa compétence sur la présence d'un contrat administratif (la compétence suit la notion) indépendamment du droit applicable au litige, il a tenté de redonner une partie de son sens à la règle selon laquelle la compétence suit le fond, ce qui a fait dire à F. Melleray que l'arrêt Tégos était « *le pendant, du point de vue du droit international, de l'arrêt Blanco* »⁴⁶. Il faut dire que le cas de M. Tégos, enseignant suppléant de l'Institut français d'Athènes, se prêtait à un changement de jurisprudence puisque son contrat n'était aucunement régi par le droit public français (ni par le biais de dispositions statutaires impératives, ni par le biais de la volonté des parties de se soumettre à celui-ci) mais relevait une nouvelle fois du seul droit grec. Plus encore, l'adoption récente de la jurisprudence Berkani (laquelle instituait un bloc de compétence administrative pour tous les agents

1991, Mme Celli ; D 1992, IR, p.34 ; RDSS 1992, p.286, note M. Ghebali-Bailly). Peut-être peut-on expliquer cette différence de traitement par le fait que le juge administratif ne souhaitait pas abandonner la compétence pour connaître de ce litige au juge anglais ou au juge judiciaire.

⁴⁴ En ce sens : J. Arrighi de Casanova, concl. sur CE, S, 19 novembre 1999, Tégos ; RFDA 1999, p.835.

⁴⁵ CE, 10 mars 1997, Mme de Waele ; Rec. CE, p.741 : compétence implicite du juge administratif français pour connaître du licenciement d'une lectrice de français du « Colégio de México » en application de la législation mexicaine. Il est à noter que les dispositions statutaires en cause dans l'affaire Troquet n'étaient pas applicables au cas d'espèce ; le décret du 18 juin 1969 prévoyant que ses dispositions ne sont pas applicables aux personnels enseignants.

⁴⁶ F. Melleray, *La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises* ; RFDA 2008, p.1123.

non titulaires travaillant pour le compte d'un service public administratif géré par une personne publique, et cela indépendamment de leurs fonctions) augmentait mécaniquement le nombre d'agents en poste à l'étranger et avec eux le nombre de recours pouvant potentiellement être portés devant le juge administratif. Le juge administratif risquait donc, plus encore que par le passé, d'être confronté à des litiges mettant en cause des agents contractuels de droit public au sens du droit interne mais soumis à un droit intégralement local, qu'il ne pouvait maîtriser que très imparfaitement par ailleurs. La solution a donc consisté à poser le principe selon lequel « *le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français* ».

17-Ce principe négatif implique un changement radical de perspectives. Il n'est en effet plus nécessaire de s'interroger sur la réalisation des critères jurisprudentiels du contrat administratif pour départager la compétence entre les juridictions nationales et étrangères. Ce qui compte désormais, c'est de déterminer si le contrat est régi par un autre droit que le droit français. Si le droit national n'est aucunement applicable, alors le juge administratif français est incompétent ; s'il l'est partiellement ou totalement, alors le juge administratif français peut être compétent à condition toutefois que les critères jurisprudentiels du contrat administratif soient réunis. Le raisonnement soutenant l'arrêt Tégos peut alors être synthétisée par la formule de J. Arrighi de Casanova : « *il faut d'abord déterminer si le droit français est applicable –le cas échéant concurremment avec le droit étranger- et c'est seulement en cas de réponse affirmative que la question de la compétence du juge administratif peut se poser* »⁴⁷. Maintes fois confirmée⁴⁸, cette solution a été étendue à d'autres contrats⁴⁹ et précisée de l'affirmation selon laquelle le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français parce qu'il est un « *juge d'attribution en matière de contrat international* »⁵⁰.

B-La capacité des critères à fixer la compétence du juge administratif français : le jeu limité des critères

⁴⁷ J. Arrighi de Casanova, concl. préc., RFDA 2000, p.841.

⁴⁸ Voir les multiples décisions citées par M. Laazouzi, thèse précitée, p.142 et s. TC, 22 octobre 2001, Mmes Issa et Le Gouy ; Rec. CE, p.752 ; D 2001, IR, p.3396 ; AJFP 2002, p.15.

⁴⁹ CE, 30 mars 2005, SCP de Médecins Reichheld et Sturtzer ; Rec. CE, p.128 ; AJDA 2005, p.1844, note M. Audit ; JCP 2005, I, p.145, n°9, chron. C. Boiteau ; Contrats Marchés publ. 2005, p.18, comm. W. Zimmer. Sur les suites de cette affaire, voir : TC, 24 avril 2006, SCP de Médecins Reichheld et Sturtzer ; AJDA 2006, p.2456, concl. D. Chauvaux ; RFDA 2006, p.1077 ; CE, 10 janvier 2007, SCP de Médecins Reichheld et Sturtzer ; AJDA 2007, p.168, obs. E. Royer.

⁵⁰ TC, 22 octobre 2001, Mmes Issa et Le Gouy ; Rec. CE, p.752 ; D 2001, IR, p.3396 ; AJFP 2002, p.15 ; Dr. adm. 2002, comm. R. S. ; RFDA 2002, p.426.

18-N'ayant plus vocation qu'à opérer la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire français, les critères jurisprudentiels du contrat administratif remplissent finalement à l'égard des contrats internationaux de l'administration le rôle qui est le leur à l'égard des contrats strictement nationaux. En vérité, la similitude n'est peut-être pas aussi parfaite qu'on pourrait le croire à première vue. La jurisprudence du Conseil d'Etat peut en effet faire l'objet de deux lectures différentes qui conduisent à des résultats radicalement opposés. Selon la première, les critères du contrat administratif joueraient à l'égard des contrats internationaux un rôle moindre qu'à l'égard des contrats strictement nationaux parce qu'ils peuvent être neutralisés, voire contrariés par les méthodes du droit international privé. Selon la seconde, ils feraient peut-être davantage en ce sens que les méthodes du droit international privé rejoignent pour une très large part les mêmes critères du contrat administratif, à tel point que l'on peut se demander si elles ne les valorisent pas.

1-Première lecture : des critères neutralisés par les méthodes du droit international privé

19-Depuis l'arrêt Tégos, le juge administratif se réfère aux règles de conflits de lois consacrées par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁵¹. D'ailleurs, il ne pouvait en aller autrement car ce texte ne réserve aucun sort particulier aux contrats de l'administration, qu'ils soient administratifs ou privés au sens du droit français. En cas de conflits de loi, la Convention de Rome consacre une liberté de choix (article 3) et une méthode de détermination de la loi applicable en l'absence de choix (article 4) ; c'est dire qu'elle « *privilegie l'autonomie de la volonté, tout en faisant place au critère objectif* »⁵². Le principe est donc que les parties ont la liberté de choisir la loi qui leur semble appropriée, ce choix (qui n'est pas irréversible) pouvant être explicite ou résulter de certaines dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Lorsque les parties n'ont pas formulé un tel choix, la Convention de Rome stipule dans son article 4 que le contrat est soumis à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et pose la présomption (article 4.2) selon laquelle le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou son administration centrale s'il s'agit d'une personne morale. Cette place accordée à la commune intention des parties doit cependant être conciliée avec les lois de police, l'article 7 de la Convention de 1980 disposant que lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, « *il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec*

⁵¹ Convention entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

⁵² J. Arrighi de Casanova, concl. préc. ; RFDA 2000, p.837.

lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ».

20-On sait que le règlement n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)⁵³ a repris, pour l'essentiel, les dispositions de la Convention de Rome (en ce qui concerne en tout cas les règles énoncées ci-dessus). Il a toutefois ajouté une disposition aux termes de laquelle le régime juridique qu'il fixe ne couvre pas toutes les obligations contractuelles comportant un conflit de lois (comme le stipulait l'article 1^{er} de la Convention de Rome) mais seulement les « *obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale* », excluant ainsi « *matières fiscales, douanières et administratives* » (article 1)⁵⁴. De ce changement, il résulte une situation passablement complexe où les contrats internationaux de l'administration sont soumis à des textes distincts selon qu'ils sont considérés comme relevant de la matière administrative (Règlement Rome I) ou n'en relevant pas (Convention de Rome). Même si la matière administrative est une notion autonome (c'est-à-dire propre au droit communautaire), il semblerait possible de considérer que les contrats administratifs internationaux de l'administration au sens du droit français continuent à relever de la Convention de Rome⁵⁵ et les contrats privés internationaux de l'administration du Règlement Rome I. Mais ce n'est pas la question d'articulation entre ces deux textes qui importe; c'est leur contenu. En effet, les parties contractantes disposent d'une liberté de choix de la loi applicable à leur contrat international et cela signifie qu'elles ont donc tout loisir (sous réserve toutefois des lois de police) d'écarter le droit public français et, par voie de conséquence, de faire obstacle à la qualification administrative d'un contrat qui serait pourtant administratif dans une situation purement interne. Il faut donc bien voir que la méthode de qualification retenue par le Conseil d'Etat (la soumission au moins partielle du contrat au droit public français est une condition préalable à la démonstration de son administrativité en application des critères jurisprudentiels du contrat administratif) permet aux parties d'échapper au droit français et donc à la qualification administrative de leur contrat. La place accordée à la commune intention des parties est alors considérable puisqu'elle peut déboucher sur la neutralisation totale des critères jurisprudentiels du contrat administratif. La solution est assurément étonnante au regard de la place et de la protection accordées aux règles de compétence en droit interne. Elle n'est pourtant pas illogique car elle évite au juge français d'avoir à connaître d'un contrat dont le régime juridique est

⁵³ JOUE L 177/9 du 4 juillet 2008, p.6-16.

⁵⁴ Sur cette question, S. Lemaire, *Le règlement Rome I du 17 juin 2008 et les contrats internationaux de l'administration* ; AJDA 2008, p.2042.

⁵⁵ Laquelle continuerait à s'appliquer de façon subsidiaire, voir en ce sens la démonstration convaincante de S. Lemaire, préc. , AJDA 2008, p.2042.

fixé entièrement par un droit qu'il ne connaît pas. Cette première lecture de la jurisprudence peut être supplantée par une autre interprétation.

2-*Seconde lecture : des critères valorisés par les méthodes du droit international privé*

22-Il n'est pas certain que les méthodes du droit international privé soient radicalement contraires aux critères jurisprudentiels du contrat administratif. Elles combinent en effet une approche conflictuelle et une approche statutaire qui ne sont pas inconnues du droit des contrats administratifs. L'approche conflictuelle, laquelle consiste à déterminer la loi applicable au contrat à partir de différents critères ou indices, n'est pas sans rappeler le critère de la clause exorbitante du droit privé. En effet, si celle-ci possède un fondement objectif (elle est la clause qui se rapporte à un objet de droit public), il est tout aussi certain qu'elle possède également un fondement subjectif (elle témoigne de la volonté des parties de conclure un contrat administratif). Il serait donc assez injuste de reprocher aux méthodes du droit international privé d'accorder une trop grande importance à la commune intention des parties alors que les critères jurisprudentiels du contrat administratif reposent également en partie sur la volonté des parties. De la même façon, l'approche statutaire, qui consiste à rechercher s'il existe des dispositions impératives applicables au contrat quelle que soit la loi le régissant, n'est pas sans lien avec le critère du régime exorbitant du droit privé. Il s'agit dans les deux cas de procéder à un examen de règles extérieures au contrat et de déterminer dans quelle mesure elles s'appliquent à lui. Si les règles du droit international privé et les critères jurisprudentiels du contrat administratif ne remplissent pas les mêmes fonctions, force est de constater qu'ils obéissent à des principes qui sans être similaires sont tout de même assez proches.

23-Au final, l'utilisation extraterritoriale des critères jurisprudentiels du contrat administratif nous semble reposer, depuis 1999, sur deux idées essentielles qui peuvent apparaître à première vue contradictoires mais qui sont en réalité complémentaires car intervenant à des niveaux différents. La première est celle de *l'originalité* puisque lesdits critères ne sont pas appliqués de la même façon selon qu'ils concernent un contrat international ou strictement national. Comme cela a été souligné, le contrat international de l'administration ne peut être administratif que s'il est soumis, en partie au moins, à des règles du droit public français. Cette originalité n'a de sens qu'au niveau national et ne contredit pas l'idée d'une *banalisation* des contrats de l'administration au niveau international. La méthode de qualification des contrats internationaux de l'administration appliquée par le Conseil d'Etat repose sur l'idée que ces contrats ne se différencient pas fondamentalement des contrats conclus par les personnes privées et que les conflits de lois les concernant doivent être réglés en

application de règles identiques (Convention de Rome, règlement Rome I). La tension entre ces deux idées de banalisation et d'originalité ne doit finalement pas surprendre car la première est impliquée par le caractère contractuel du contrat administratif et la seconde par son caractère administratif.