

French Administrative Supreme Court clarifies its interpretation of the validity of an arbitration award rendered in a dispute involving an administrative contract

December 2016

Authors: [Jacques Bouillon](#), [François-Guilhem Vaissier](#), [Diane Houriez](#)

On 9 November 2016, the Plenary Session (*Assemblée du contentieux*) of the French Administrative Supreme Court (the “**State Council**” or *Conseil d’Etat*), the most prestigious bench of the State Council, ruled on an application to annul an international arbitral award issued by an arbitration tribunal to settle a dispute which arose between parties to an international administrative contract.

A construction contract (the “**Construction Contract**”) initially entered into by Gaz de France (“**Gdf**”), formerly a public utility company (*établissement public industriel et commercial*), and a consortium of three engineering contractors (the “**Consortium**”) was assigned by Gdf to one of its affiliated companies (the private company “**Fosmax**”) after Gdf was turned into a private company.

Following the refusal of the Consortium to perform additional works, Fosmax decided to exercise step-in-rights (*mise en régie*) by temporarily taking over the construction works and engaged third-party companies to complete the remaining works at the cost and risk of the Consortium. As the completion of the works led to a dispute between the parties to the Construction Contract, Fosmax submitted a request for arbitration¹ to the Paris-based International Court of Arbitration (the “**ICC**”), in compliance with an arbitration clause inserted by way of an amendment to the contract.

The award dated 13 February 2015 (the “**Award**”), issued by the ICC, ordered Fosmax to pay the highest amount and rejected its claim for reimbursement of the amount spent to complete the works following the exercise of step-in-rights (*mise en régie*). Following the Issuance of the Award, Fosmax brought legal action before the State Council seeking the annulment of the Award.

As a preliminary matter, the State Council had to determine whether the French civil or administrative courts had jurisdiction to hear the case. The State Council therefore referred the case to the *Tribunal des Conflits*² to settle this question.

¹ By an amendment to the Construction Contract on 11 July 2011 the parties to the Construction Contract added an arbitration clause in order to give jurisdiction to the ICC over any potential disputes which could arise in relation to the performance of the Contract.

² The *Tribunal des Conflits* is a Supreme Court whose role is to determine whether the civil courts or administrative courts have jurisdiction to hear a particular matter.

The State Council jurisdiction over awards rendered into disputes between parties to administrative contracts

The analysis of the nature of the contract and the application of the *Inserm* case principles are necessary to determine which court has jurisdiction to hear the case

To annul the Award, it was necessary to determine, first, which court the French civil court or the administrative court had jurisdiction to hear the case.

The *Tribunal des Conflits* held³ that the State Council had jurisdiction to perform the judicial review of the Award because (i) the Construction Contract was initially entered into by a public utility company and a consortium of private companies and (ii) the State Council jurisdiction is in compliance with the *Inserm* case⁴. Indeed, in the *Inserm* case, the *Tribunal des Conflits* held that the review of an international arbitration award which has been rendered in the context of an international administrative contract falls within the jurisdiction of ordinary courts (civil courts), unless it involves the issue of compliance with public policy rules of French administrative law relating to public property occupancy or public procurement.

In the present case, as the claim for annulment filed by Fosmax related to an examination/analysis of the compliance of the Award with public policy rules of French administrative law relating to public procurement, it was deemed that the State Council had jurisdiction to hear the case.

The administrative court's powers to judicially review an award

A two steps review

The State Council took the opportunity to define, for the first time, the scope of control to be exercised by it over claims brought for the annulment of an international arbitration award.

The State Council's judicial review function is limited and only focuses on the following elements:

1. The ability of the parties to bring the dispute before an arbitration tribunal; and
2. The validity of the State Council review of the award is strictly limited to (a) a review of the procedure followed by the arbitral tribunal (i.e. whether the tribunal followed the correct procedure), and (b) a review of the award's compliance with the public policy rules of French administrative law:

(a) the review of the procedure followed by the arbitral tribunal: the judicial review must be confined to the arbitration tribunal's jurisdiction, composition and mission. This includes a review of whether the award respected certain rights and principles such as the right to an impartial and fair trial, the compliance with the principles of due process of law and the obligation to expressly set out the grounds on which an award was rendered.

(b) the compliance of the arbitral award with the public policy rules of French administrative law: the State Council's review must be limited to a control of the proper application by the arbitration tribunal of the public policy rules of French administrative law (*règles impératives du droit administratif*).⁵

A judicial review akin to the civil court's judicial review

The State Council's judicial review over an award is akin to the civil court's judicial review, except on one issue: the preliminary analysis of the ability of the parties to bring the dispute before an arbitration tribunal.

This specificity can be easily explained since under French law, French public entities cannot resort to arbitration⁶ except when legislative provisions and international treaties allow them to do so.

³ *Tribunal des Conflits*, 11 April 2016, n° C4043.

⁴ *Tribunal des Conflits*, 17 May 2010, *Inserm*, n° C3754.

⁵ According to the State Council, an award is deemed to breach those rules if a contract is motivated by an illegal or improper purpose, if the contract suffers a major defect such as a lack of mutual consent, or non-compliance with a rule from which public entities cannot derogate.

The partial annulment of the Award

The ability of the parties to the Construction Contract to resort to arbitration

Regarding the parties' ability to bring the dispute before an arbitration tribunal, the State Council confirmed implicitly that Fosmax and the Consortium were allowed to bring the case before the ICC, by directly reviewing the validity of the Award. Indeed, the arbitration clause was lawful because Decree No.2002-56, dated 8 January 2002, expressly allowed Gdf (at this time a public entity) to insert such a clause in the administrative contracts (i.e. such as the Construction Contract) it entered into.

The review of the validity of the Award

However, the State Council ruled that the Award breached a public policy rule of French administrative law, that is, the rule relating to the legal ability of a grantor to exercise step-in-rights (*mise en régie*) on the construction works when the contractor no longer performs its duties under the public contract. Consequently, the State Council annulled the Award on one issue: the rejection of Fosmax's request for reimbursement of the costs for the works performed by third-party companies once the exercise of steps-in-rights on the works was decided by Fosmax due to the non-performance by the Consortium of its duties under the Construction Contract.

Another major contribution of the decision: its jurisdiction over the awards rendered to settle disputes between parties to partnership contracts (*marchés de partenariat*)

Ruling *ultra petita*⁷, the State Council held specifically that it has jurisdiction over applications seeking annulment of international arbitration awards issued to settle disputes arising during the performance of partnership contracts under article 90 of the Ordinance No.2015-899 dated 23 July 2015 relating to public procurement agreements. The State Council held that the reference to “*the provisions of book IV of the French Civil Procedure Code*” under article 90 of the Ordinance No.2015-899 dated 23 July 2015 does not mean that civil courts have jurisdiction to hear claims from disputes arising during the performance of partnership contracts.

White & Case LLP
19, Place Vendôme

75001 Paris

France

T +33 1 55 04 15 15

In this publication, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

This publication is prepared for the general information of our clients and other interested persons. It is not, and does not attempt to be, comprehensive in nature. Due to the general nature of its content, it should not be regarded as legal advice.

⁶Fo Article 2060 of the French Civil Code.

⁷ The *ultra petita* principle is generally understood to mean that a Court will make a ruling beyond what is requested by the parties to the case.

Contrôle par le Conseil d'Etat d'une sentence arbitrale rendue en exécution des stipulations d'un contrat administratif

Décembre 2016

Auteurs: [Jacques Bouillon](#), [François-Guilhem Vaissier](#), [Diane Houriez](#).

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a rendu le 9 novembre 2016 une décision inédite sur un recours en annulation formé à l'encontre d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international pour régler un différend apparu au cours de l'exécution d'un contrat administratif.

Un contrat de travaux (le « **Contrat de Construction** ») conclu originellement par Gaz de France (« **Gdf** ») alors établissement public industriel et commercial, et un groupement d'entreprises privées (le « **Groupe** ») est cédé par Gdf à l'une de ses filiales (la société « **Fosmax** »), après la transformation de Gdf en société de droit privé.

Le Groupement ayant refusé d'exécuter des travaux supplémentaires, Fosmax prononce la mise en régie des travaux restant à réaliser et les fait exécuter par des sociétés tierces, aux frais et aux risques du Groupement. L'achèvement des travaux ayant donné lieu à un litige entre les parties, Fosmax a décidé de faire application de la clause compromissoire du Contrat de Construction qui avait été insérée par voie d'avenant.

La sentence arbitrale rendue le 13 février 2015 (la « **Sentence** ») ayant précisé que Fosmax ne pouvait prétendre au remboursement des sommes dépensées pour les travaux exécutés en régie par des entreprises tierces, Fosmax demande au Conseil d'Etat d'annuler la Sentence.

Le Conseil d'Etat saisi à titre préalable le Tribunal des Conflits afin de déterminer, qui, du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, est compétent pour exercer le contrôle juridictionnel de la Sentence.

Compétence du Conseil d'Etat pour l'exercice du contrôle juridictionnel de certaines sentences arbitrales rendues en matière de contrats administratifs

Détermination du juge compétent en fonction de la nature juridique du contrat et des règles dégagées par la jurisprudence *Inserm*¹

Pour qu'une juridiction se prononce sur l'annulation de la Sentence, il était nécessaire, dans un premier temps de déterminer s'il appartenait au Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle juridictionnel.

¹ Tribunal des Conflits, 17 mai 2010, *Inserm*, n° C3754.

Le Tribunal des Conflits retient la compétence du Conseil d'Etat² au motif que (i) le Contrat de Construction, originellement conclu par un établissement public industriel et commercial et un groupement d'entreprises privées, était un contrat administratif³ et que, (ii) conformément à la jurisprudence *Inserm*, en matière d'arbitrage international, le contrôle juridictionnel d'une sentence rendue pour trancher les différends entre des parties à un contrat administratif relève de la compétence de la juridiction administrative, lorsque ce contrôle implique de vérifier la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique.

En l'espèce, le recours en annulation formé contre la Sentence impliquait le contrôle de sa conformité aux règles impératives de la commande publique.

Le contrôle opéré par le juge administratif sur une sentence arbitrale

Un contrôle en deux temps

Le Conseil d'Etat saisit l'occasion que présentait le recours déposé par Fosmax pour définir le contrôle que le juge administratif doit désormais exercer lorsqu'il statue sur le recours en annulation d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international.

Ce contrôle juridictionnel va s'opérer en deux temps :

1. un contrôle de la licéité du recours à l'arbitrage par les parties ; et
2. un contrôle de la validité même de la sentence dont l'annulation est demandée, strictement limité à (x) la régularité de la procédure suivie et (y) la conformité de la sentence avec l'ordre public :

(x) Régularité de la procédure suivie : le juge administratif doit analyser le respect par le tribunal arbitral de sa compétence et de sa mission, de sa correcte composition et du respect des principes d'indépendance et d'impartialité des arbitres, ainsi que du caractère contradictoire de la procédure et de la motivation de la sentence ;

(y) Conformité de la sentence avec l'ordre public : lorsque le juge administratif effectue un contrôle sur le fond de la sentence arbitrale, il analyse seulement le respect par la sentence arbitrale de l'ordre public.

Un contrôle quasi-similaire à celui effectué par le juge judiciaire

Le contrôle d'une sentence arbitrale par le Conseil d'Etat est quasiment identique à celui de la Cour de Cassation excepté sur un point : l'analyse préalable de la licéité du recours à l'arbitrage par les parties au contrat dont l'exécution a donné lieu au différend.

Cette particularité s'explique aisément puisque, en droit français, les personnes publiques ne peuvent pas, en principe, recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends⁴, sauf si cette possibilité est prévue par des dispositions législatives expresses ou des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne.

L'annulation partielle de la Sentence

Licéité du recours à l'arbitrage

Le Conseil d'Etat valide implicitement la licéité du recours à l'arbitrage, en se prononçant *directement* sur la validité de la Sentence. En effet, le recours à l'arbitrage était en l'espèce licite puisqu'un texte spécial le

² Tribunal des Conflits, 11 avril 2016, n° C4043.

³ En effet, le Contrat de Construction a été conclu par Gdf, à cette date établissement public industriel et commercial, afin de satisfaire à ses obligations de service public de fourniture de gaz naturel portant sur la continuité de la fourniture et la sécurité des approvisionnements, et ce contrat avait pour objet la réalisation de travaux immobiliers dans un but d'intérêt général.

⁴ Article 2060 du code civil.

prévoyait : le décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 qui était listé dans les visas de l'arrêt et qui autorisait expressément Gdf à recourir à l'arbitrage.

Contrôle sur la validité de la Sentence

Procédant à l'examen de la validité de la Sentence, le Conseil d'Etat annule partiellement celle-ci au motif que la sentence a rejeté la demande de Fosmax relative au remboursement des frais supportés à la suite de la mise en régie des travaux. La Haute Juridiction administrative considère, en effet, que la Sentence a été rendue en méconnaissance de la règle impérative d'ordre public selon laquelle une personne publique a toujours la possibilité de prononcer la mise en régie des travaux dans le cas où son co-contractant n'exécute pas ses obligations contractuelles.

Un autre intérêt de l'arrêt du Conseil d'Etat : l'affirmation de sa compétence pour examiner les sentences arbitrales rendues en matière de marchés de partenariat

Statuant *ultra petita*, le Conseil d'Etat prévoit qu'il sera compétent pour juger des recours déposés contre une sentence arbitrale rendue sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, malgré le renvoi de cet article aux dispositions du livre IV du code de procédure civile.

White & Case LLP
19, Place Vendôme
75001 Paris
France

T +33 1 55 04 15 15

In this publication, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

This publication is prepared for the general information of our clients and other interested persons. It is not, and does not attempt to be, comprehensive in nature. Due to the general nature of its content, it should not be regarded as legal advice.