

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit public Georges Vedel

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 21 juin 2012

L'arbitrage dans les contrats publics colombiens

Thèse de Doctorat / juin 2012



Université Panthéon-Assas

Myriam SALCEDO CASTRO

Sous la direction de M. le professeur Yves GAUDEMET

Membres du jury :

Mathias AUDIT, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris X).

José Luis BENAVIDES RUSSI, Professeur à l'Université Externado de Colombia.

Camille BROUELLE, Professeur à l'Université Paris Sud (Paris XI), Rapporteur.

Benoît DELAUNAY, Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V), Rapporteur.



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé :

Si le droit administratif colombien se fonde sur les mêmes principes que le droit administratif français, l'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public n'a pas été reprise en Colombie. La jurisprudence a admis l'application de l'arbitrage aux contrats publics même en l'absence d'autorisation législative. Le principe de légalité, la continuité du service public et le respect de l'intérêt public fondent le droit des contrats publics. Cependant, celui-ci se développe sous l'égide du droit commun des obligations et des contrats et il partage les aspects essentiels du droit de l'arbitrage : l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Si le droit colombien n'impose aucune limite à l'arbitrage des contrats publics depuis 1993 alors que les lois antérieures en fixaient, cette évolution législative peut-elle être interprétée comme l'octroi de compétences équivalentes aux arbitres et au juge administratif ? Le régime du droit commun de l'arbitrage s'adapte-t-il aux besoins du contentieux des contrats publics ? Quelle est la portée de ce changement pour l'arbitrage international des contrats publics ? Au-delà des contradictions apparentes, les principes des contrats publics n'entrent pas en confrontation avec les notions essentielles à l'arbitrage. La compétence des arbitres se limite aux contentieux subjectifs des contrats publics. La jurisprudence forgée en la matière depuis 1964 s'est consolidée au fil du temps, nous permettant d'évaluer l'efficacité et l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics.

Descripteurs :

Acte administratif, arbitrabilité, arbitrage, arbitrage international, arbitre, convention d'arbitrage, clause exorbitante, clause Calvo, contrat administratif, contrat public, contrat international, constitution, constitutionnalisation de l'arbitrage, contentieux objectif, contentieux subjectif, exequatur, fonction juridictionnelle, instance arbitrale, mesures provisoires, ministère public, procès équitable, prérogatives de puissance publique, recours en annulation, responsabilité de l'Etat, responsabilité des arbitres, sentence, traités internationaux, Tribunal arbitral.

Arbitration of disputes arising out of public contracts

Even though Colombian and French administrative law are grounded on the same principles, Colombian administrative law did not adopt the stance that public legal bodies are prevented from agreeing arbitration clauses and submitting their disputes to arbitration. Colombian case law has recognized arbitration clauses in relation to disputes arising out of public contracts, even when there is no specific legal authorization to do so. The principle of the rule of law, the continuity of the provision of public services, the public interest and the existence of a specialized administrative jurisdiction, are the foundations of public contract law. Nevertheless, public contract law is implemented under the aegis of contract law and it shares essential aspects of arbitration law: the autonomy of the parties free will and freedom of contract. Since 1993, Colombian law has not imposed any limit on the arbitration of disputes arising out of public contracts, even if former laws did so. Could this legal progress be construed as granting similar jurisdiction to arbitrators and administrative judges? Is general arbitration law suitable for the needs of the settlement of disputes arising out of public contracts? What is the scope of this change for the international arbitration of disputes arising out of public contracts? Despite the apparent contradictions, the essential tenets of public contracts, do not conflict with the key components of arbitration. The jurisdiction of arbitrators is confined to "contentieux subjectifs". Colombian case law has developed since 1964 and has been consolidated over time, allowing us to evaluate to what extent the arbitration of disputes arising out of public contracts is an effective and efficient tool for public administration

Keywords :

Administrative act, arbitrability, arbitration, international arbitration, arbitrator, arbitration agreement, Exorbitant clauses, Calvo clause, Administrative contract, Public Contract, Constitution, constitutionalization of arbitration, Administrative dispute resolution, General arbitration law, Administrative dispute resolution law, enforcement of the arbitration award, Exequatur, Jurisdictional function, arbitral request, provisional measures, Public Ministry, fair proceedings, arbitral proceedings, public prerogative power, action for annulment, State responsibility, International state responsibility, Arbitrators responsibility, Arbitral Award, International Treaties, Arbitral tribunal.

Remerciements

Je voudrais remercier et rendre mérite à tous ceux qui, plus ou moins directement, ont contribué avec leur soutien au bon développement de cette thèse.

J'adresse toute ma gratitude à Monsieur le professeur Yves Gaudemet, pour m'avoir fait l'honneur de diriger mon travail. Je le remercie tout particulièrement de son intérêt pour ma recherche, de ses conseils et de ses encouragements.

Je tiens à remercier également les professeurs Antonio Aljure Salame, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Enrique Ibañez Najar, Gérard Marcou, Eduardo Silva Romero et mon père pour m'avoir accordé le temps nécessaire de discuter des aspects problématiques de cette thèse. J'associe à ces remerciements Kevin Pacchioni et Michel Poret pour la relecture minutieuse de la thèse, Andrea Camargo García, Diana Correa Angel, Fabricio Mantilla Espinosa, Claudia Páez Bueno et Tatiana Oñate Acosta pour leurs conseils et leur amitié.

Enfin, je remercie ma mère pour son soutien affectif et statistique, Claude parce que sans sa patience et son affection constante mon travail n'aurait pas vu le jour, Pierre et Christiane pour leur soutien des premières étapes de ma recherche, Paula pour son appui amical et logistique, et mes enfants pour leur tendresse et leur énergie débordante.

Principales abréviations

0000	Numéro de référence de décision du Conseil d'Etat
Art.	Article
Auto	Ordre de procédure
C-	Décision de constitutionnalité de la loi rendue par la Cour constitutionnelle
CCA	Code de procédure contentieuse administrative
CCI	Chambre de commerce international
CE	Conseil d'Etat français
CIRDI	Centre International du Règlement de différends liés aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International
CPC	Code de procédure civile
CRT	Commission de régulation de télécommunications
CSJ	Cour suprême de justice
ETB	Entreprise de télécommunications de Bogotá
IDU	Institut de développement urbain
GC	Gazette constitutionnelle
HT	Hôpital El Tunal
M.P.	Magistrat Rapporteur
O.D.	Opinion dissidente
O.I.	Opinion individuelle
Spéc.	Spécialement
SU-	Décision d'unification de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle rendue en séance plénière. Ces décisions concernent aussi bien les décisions de constitutionnalité que les décisions de révision d'action de <i>tutela</i>
T-	Décision de révision d'action de <i>tutela</i> rendue par la Cour constitutionnelle
TS	Tribunal supérieur
s.	Suivants
p.	Page
OIT	Organisation internationale du Travail
OIM	Organisation internationale pour les migrations
PGD	Principes généraux du droit
TBI	Traité bilatéral d'investissement

L'arbitrage dans les contrats publics colombiens

<i>Introduction</i>	13
<i>Première partie. L'arbitrabilité des contrats publics doit-elle être sans limites ?</i>	73
Premier titre. Une arbitrabilité subjective sans limites ?	77
Premier chapitre. En droit interne.....	81
Deuxième chapitre. En droit international	111
Conclusion du premier titre.....	165
Deuxième titre. Une arbitrabilité objective réellement limitée ?	167
Premier chapitre. L'ancrage légal des matières arbitrables.....	173
Deuxième chapitre. Les fluctuations de la jurisprudence	197
Conclusion du deuxième titre	259
<i>Conclusion de la première partie</i>	261
<i>Deuxième partie. Le régime juridique du droit commun de l'arbitrage est-il adapté à l'arbitrage des contrats publics ?</i>	265
Premier titre. L'arbitrage des contrats publics exige-t-il un régime spécifique ?	273
Premier chapitre. L'immutabilité du statut de l'arbitre des contrats publics ou privés.....	283
Deuxième chapitre. La réponse de l'instance aux besoins du contentieux arbitral des contrats publics	345
Conclusion du premier titre.....	459
Deuxième titre. L'arbitrage des contrats publics est-il véritablement efficace ou simplement effectif ?	461
Premier chapitre. L'efficacité et l'effectivité de la sentence arbitrale.....	465
Deuxième chapitre. L'effectivité et les instruments de contrôle de l'arbitrage.....	509
Conclusion du deuxième titre	567
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	569
<i>Conclusion générale</i>	573
<i>Bibliographie</i>	579
<i>Table des annexes</i>	631
<i>Index</i>	651

A mes parents toujours présents
A Claude pour son soutien inconditionnel
A mes enfants source de bonheur et d'inspiration

Introduction

1. **Les contradictions apparentes.** La possibilité de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs aux contrats publics, est une question encore aujourd'hui extrêmement sensible. En effet, même si arbitrage et contrats « font bon ménage », lorsque l'adjectif public apparaît, surgit un antagonisme qui va bien au-delà des apparences.

L'adjectif « public » fait référence à l'Etat. L'histoire du droit administratif montre comment la puissance publique a été longtemps réticente à se soumettre à un juge ; ainsi, longtemps sa responsabilité, délictuelle ou contractuelle, ne pouvait même pas être engagée. L'évolution du droit a, cependant, abouti à la création d'un juge spécialisé pour juger l'administration, y compris en matière contractuelle.

2. **Le caractère exorbitant du droit administratif.** Si le contrat est un accord de volontés, le contrat administratif n'en est pas moins « inégalitaire » car l'administré n'est pas placé sur un pied d'égalité avec l'administration. Le contrat administratif est « indisponible » car les personnes publiques ont des prérogatives, dont elles ne peuvent pas disposer.¹ La loi autorise l'administration à user de

Note : les textes cités des sources légales et doctrinales ibéro-américaines ont été traduits de l'espagnol par l'auteur de la thèse.

¹ Ce sont des éléments de spécificité du contrat administratif qu'il convient de souligner avec la doctrine « *Indisponibilité* : Les personnes publiques ont des prérogatives qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs dont elles pourraient disposer. Il en résulte que certains objets échappent au contrat. Ainsi, il n'est pas possible à la personne publique de s'engager sur l'exercice d'une compétence ou de renoncer à son pouvoir d'organiser un service. [...] *Inégalité* : à la fois comme titulaire de prérogatives de puissance publique et comme responsable de l'intérêt général, l'administration dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat, elle peut, notamment, infliger des sanctions ou modifier unilatéralement certaines clauses (moyennant une compensation du préjudice causé). Toutefois, cette caractéristique se trouve nécessairement infléchie lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques. Ces caractéristiques sont internes au contrat, elles concernent son exécution par les parties ; mais il existe aussi des

prérogatives de puissance publique en matière contractuelle. Parmi celles-ci, la possibilité de stipuler dans les contrats des clauses exorbitantes du droit commun. Cependant, « *si -après Charles Eisenmann- on tient que le droit administratif est le droit applicable aux personnes publiques, il est pour une large part le droit commun et n'a rien d'exorbitant. Le droit commun est largement intégré à la légalité administrative, soit directement – et pour des dispositions importantes – soit « sous bénéfice d'inventaire », le juge choisissant d'appliquer, sinon directement le texte de droit privé, du moins les principes qui sont à l'origine de ces textes de droit privé et dont on considère qu'ils régissent pareillement la matière administrative [...]. L'exorbitance n'est que partielle ; elle ne caractérise pas tout le droit administratif, droit de l'activité des personnes publiques ; elle n'existe qu'à la marge.* »²

3. **L'arbitrage et la justice étatique.** Dans l'arbitrage des contrats publics, les parties à l'arbitrage, y compris l'administration, se soumettent volontairement à un juge privé qui s'oblige à résoudre un litige et à rendre une sentence dont les parties acceptent par avance le caractère obligatoire.

En conséquence, l'enjeu est le suivant : l'administration, dans la mesure où elle est investie de prérogatives de puissance publique, peut-elle agréer et se soumettre à la décision de juges privés, dont elle doit, en outre, assurer la rémunération, alors qu'en son sein, l'Etat dispose d'une justice publique et de juges spécialisés ?

Dans la France du XIX siècle il était hors de propos de soumettre les litiges contractuels de l'administration à l'arbitrage.³ Pourtant, avec l'évolution du droit

caractéristiques qui peuvent être qualifiées d'externes parce qu'elles concernent le contexte dans lequel est conclu et exécuté le contrat. Elles concernent les sources du droit du contrat, la place du contrat parmi les actes juridiques, les effets des contrats pour les tiers. » LAURENT RICHER. *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz. (2010), n° 29, p. 28.

² YVES GAUDEMET. *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers. Université de Poitiers, (2004), Sous la direction de FABRICE MALLERAY, 3-8. Spéc. p.5.

³ Edouard Laferrière écrivait, dès la première édition de son *Traité de la juridiction administrative* (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 volumes, 1888, réédition 1989) qu'« *il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres* ». Cet auteur considérait que l'une des raisons pour lesquelles l'Etat ne peut compromettre tiendrait aux « *conséquences aléatoires de l'arbitrage* », logique qui a été empruntée par le commissaire du gouvernement Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt « *Société nationale de vente des surplus de 1957* » (Conseil d'Etat. Assemblée, 13 décembre 1957. Rec. 677). Le principe de prohibition

administratif, des techniques de l'administration et la globalisation de l'économie, les relations juridiques entre la puissance publique et les personnes privées ont été bouleversées.

4. Certes, l'administration, qui dispose encore de prérogatives de puissance publique, est jugée en France comme en Colombie, par une juridiction étatique et spécialisée. Cependant, l'administration n'utilise plus systématiquement ses prérogatives dans ses relations contractuelles. Si l'administration est jugée par une juridiction spécialisée, la lenteur de la justice étatique est une contrainte excessive pour le cocontractant de l'administration. En outre, le juge de l'administration appliquant le droit administratif, de nombreux aspects techniques propres à une grande partie des opérations contractuelles de l'administration lui échappent : la juridiction administrative fait appel couramment à des experts qui prennent part au travail juridictionnel dans un nombre important de cas.⁴ Or, la durée du procès est d'autant prolongée par l'intervention de ces experts, la possibilité que les parties ont de contester leur expertise, les délais procéduraux et l'encombrement de la juridiction administrative. Ainsi, une fois la décision juridictionnelle rendue, si l'on additionne les montants de l'actualisation de la valeur du préjudice, le coût des honoraires des avocats et des experts, les dépenses juridictionnelles, il faudrait pouvoir comparer ce coût à ceux d'une procédure d'arbitrage pour comprendre l'acuité de la question que nous posons ici.

de l'arbitrage serait inspiré notamment par le souci d'éviter que les collectivités publiques « négligent dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge les garanties que seule cette justice (administrative) comporte ». Sur l'état de la question à cet époque, Apostolos Patrikios affirme que « la doctrine du 19^{ème} siècle révélait un conservatisme exagéré par rapport à l'admission de l'arbitrage, mais les conséquences n'étaient pas graves dans la mesure où le rôle de l'Etat ne s'étendait pas à des activités économiques. » APOSTOLOS PATRIKIOS. L'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J. (1997). p 49.

⁴ Voir à ce propos : JEAN PAUL PASTOREL. L'expertise dans le contentieux administratif : contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile, Paris, L.G.D.J. (1994).

5. Davantage que le juge étatique, l'arbitre est un expert, choisi par les parties, ou par un tiers nommé par elles, en raison de ses connaissances techniques sur l'objet du litige. L'arbitre est aussi un juge. Certes, il est un juge privé, mais « un juge » qui garantit l'impartialité réclamée par les cocontractants de l'administration.⁵

6. Les parties au litige et les arbitres concluent un contrat d'arbitre,⁶ dans lequel ils précisent le délai dans lequel l'arbitre est tenu de rendre sa décision. L'arbitre, en tant que juge, doit assurer les garanties d'un procès équitable, notamment par le respect du principe du contradictoire ; la procédure est, cependant, plus flexible que la procédure devant le juge étatique. Si l'appel aux experts peut se révéler nécessaire dans une procédure arbitrale, c'est aux parties au litige qu'il revient de nommer les arbitres les plus qualifiés pour gagner en temps et en efficacité.

7. C'est dans ce contexte que la question de l'élargissement du recours à l'arbitrage dans de nouveaux domaines, comme celui des litiges découlant de l'application des contrats publics, se pose. Si le juge administratif accomplit la mission que lui assigne la loi, les parties peuvent souhaiter échapper aux contraintes de la juridiction étatique pour obtenir un jugement « sur mesure » rendu par des juges spécialisés sur l'objet du litige et dans un délai déterminé à l'avance par elles.⁷ Peut-on alors, encore, considérer qu'arbitrage et contrats publics sont irrémédiablement antagoniques ?

8. **Le concept d'arbitrage.** « *Le concept d'arbitrage peut être utilisé dans un sens très large puisqu'il englobe tous les types de règlement par tierce partie. En revanche, pour ceux de*

⁵ Conseil d'Etat, Acuantioquia - Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA., 31024, (24-05-2006).

⁶ Voir à ce propos : THOMAS CLAY. L'arbitre, Paris, Dalloz. (2001).

⁷ C'est peut-être pour cela que « *l'arbitrage bénéficie aujourd'hui dans plus d'une centaine d'États d'un régime juridique précis et détaillé, et dans nombre d'entre eux d'une pratique souvent nourrie, d'une jurisprudence de qualité et d'une réflexion doctrinale substantielle.* » CHARLES JARROSSON. *Les frontières de l'arbitrage*, Revue de

ces règlements qui ont l'autorité de la chose jugée, le mot « arbitrage » prend un sens beaucoup plus étroit et cela depuis longtemps. Comme mode de règlement de litiges de caractère définitif et obligatoire, l'arbitrage est considéré depuis des siècles comme exigeant que les deux parties conviennent, sur une base d'égalité, de confier le règlement de leur différend à une tierce partie choisie par elles et de se conformer à la décision prise par cette tierce partie. Ce sont le consentement donné à la procédure et l'engagement de se conformer à la sentence rendue qui donnent à celle-ci l'autorité de la chose jugée, la procédure elle-même devant toutefois satisfaire à certaines prescriptions d'équité et d'égalité des armes. »⁸

9. En France et en Colombie, le concept d'arbitrage recouvre le même sens. Ainsi, Apostolos Patrikios affirme que *« l'arbitrage est incontestablement un mode juridictionnel de règlement des litiges même dans le cadre du droit administratif. Et au sens strict du terme, il ne constitue pas une procédure tendant à la prévention du contentieux. Il conduit tout simplement à un règlement du contentieux en dehors des structures officielles de la justice »*.⁹

10. Même si les principes du droit administratif français ont fortement influencé la construction de la structure du droit administratif colombien, l'évolution législative et jurisprudentielle de l'arbitrage dans les contrats publics a été différente d'un pays à l'autre et souvent même contradictoire. L'arbitrage est en principe interdit aux personnes morales de droit public français, tandis qu'aucun principe d'interdiction n'existe en droit colombien, ni, par principe, pour les personnes morales de droit public, ni même pour le règlement des litiges afférents aux contrats publics.¹⁰

l'arbitrage, 1, 5 - 41 (2001). p. Sur l'arbitrage « sur mesure » voir : PIERRE LALIVE. *Avantages et inconvénients de l'arbitrage « ad hoc »*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), 301 - 321.

⁸ UNITED NATIONS. Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders. (2001). p. 237.

⁹ APOSTOLOS PATRIKIOS. L'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J. (1997). p.3.

¹⁰ Sur les différences de l'arbitrage des contrats publics en France et en Colombie voir : MYRIAM SALCEDO CASTRO. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano, Bogotá, Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia (2006) ; MYRIAM SALCEDO CASTRO. Proyección y cambios recientes en el arbitraje

11. En Colombie comme en France, l'arbitre a l'*iuris dictio*, mais ne dispose pas de l'*imperium* de l'Etat.¹¹ C'est pourquoi, en France, la sentence arbitrale doit recevoir l'exequatur. A l'inverse, la Colombie comme les autres « *pays de l'Amérique latine ont conservé cette particularité, que l'on retrouve dans la récente loi espagnole elle-même selon laquelle la sentence rendue sur le territoire national est exécutoire sans même que le juge doive l'homologuer.* »¹²

Ainsi, les arbitres, même s'ils sont des particuliers,¹³ exercent en Colombie une fonction publique. La jurisprudence constitutionnelle considère que l'octroi de pouvoirs juridictionnels aux arbitres, malgré son origine privée (convention d'arbitrage), procède de la loi. C'est pourquoi, la justice arbitrale colombienne a un caractère juridictionnel.¹⁴

de contratos públicos en Francia y en Colombia. Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad del Rosario. (2008).

¹¹ Sur l'étendu de l'*imperium* de l'arbitre voir n° 555 et s. et 804.

¹² CHARLES JARROSSON. *La notion d'arbitrage*, in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2006), Sous la direction de EDUARDO SILVA ROMERO, FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, 5 - 12. Spéc. p. 9. Nonobstant, il convient de remarquer que l'homologation de la sentence arbitrale était nécessaire en Colombie jusqu'en 1970. Lors de la réforme du Code de procédure civile, et du Code de commerce, le législateur a décidé d'accorder force exécutoire aux sentences arbitrales, et, d'instituer un recours en annulation pour contrôler, à la demande des parties, la régularité de la sentence arbitrale. Voir à ce propos n° 815 et s.

¹³ « *L'arbitrage est donc une justice à la fois conventionnelle et privée : à ces deux titres, il se distingue de la justice étatique (institutionnelle et publique). C'est pourquoi, il ne comporte pas la plénitude de la justice étatique : celle-ci dispose à la fois du iurisdictio (dire le droit) et de l'imperium (contraindre à le respecter). L'arbitrage se limite à la iurisdictio; les mesures de contrainte relèvent toujours exclusivement de la iurisdictio étatique : c'est aux juridictions étatiques qu'il revient d'ordonner l'exequatur de la sentence arbitrale.* CONSEIL D'ETAT. Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Paris, La Documentation Française. (1993). p. 85.

A propos de la nature de l'arbitrage en droit français, Henry Motulsky indique qu'« *en l'état de la réglementation, il est permis de déclarer, comme d'éminents auteurs n'ont pas hésité à le faire, qu'il existe "deux justices" : celle de l'Etat et celle des arbitres, étant entendu que "l'organe de la justice arbitrale est un juge privé" [...]. l'arbitre répondant en tous points à cette définition, accomplit donc de tels actes au point de vue matériel (solution), formel (procédure) et organique (habilitation légale); il est juge comme l'est le magistrat. Mais il est juge privé. Aussi la différence ne réside-t-elle pas dans la structure de l'acte, mais uniquement dans des éléments qui lui sont extérieurs, à savoir ses conditions de déclenchement et ses effets.* » HENRI MOTULSKY. *La nature de l'arbitrage*, Paris, Dalloz. (1974). Spéc. p. 5 – 20.

¹⁴ Cour constitutionnelle, C-431/95, (20-09-1995).

12. L'arbitrage est, comme nous l'avons dit, un mode juridictionnel de règlement des litiges qui conduit à un règlement du contentieux en dehors des structures publiques de la justice. Il s'agit ainsi d'une dérogation importante à la prérogative étatique de rendre la justice. Pour cette raison, seule la loi ou les conventions internationales régulièrement introduites dans l'ordre juridique interne colombien, peuvent fixer le champ de compétence des arbitres pour rendre la justice.

13. **Le contrat public en Colombie.** En France, la qualification de la nature administrative des contrats dépend, en principe, des critères forgés par le juge administratif.¹⁵ Ce sont ces critères qui détermineront le régime juridique applicable au contrat.¹⁶

¹⁵ Cependant, il y a des contrats qui sont administratifs par détermination de la loi.

¹⁶ En France, les contrats de l'administration ne sont pas tous administratifs. Il est donc essentiel de se demander, en présence d'un contrat conclu par l'administration, s'il s'agit d'un contrat administratif proprement dit ou d'un contrat de droit privé. Les contrats administratifs par détermination de la loi sont peu nombreux : les conventions relatives aux travaux publics ou comportant une occupation du domaine public, les contrats de partenariat mais surtout les marchés publics et les contrats de délégation de service public. D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, pour être administratif, un contrat doit satisfaire à deux critères cumulatifs : un critère organique et un critère matériel. Au titre du critère organique, il faut au moins que l'une des deux parties du contrat soit une personne publique. Une convention conclue entre deux personnes privées reste un contrat de droit privé, même si l'une d'elles est investie d'une mission de service public (Conseil d'Etat français, 13 déc.1963, Rec. 623). Un contrat passé entre deux personnes publiques est présumé administratif, à moins qu'il n'ait fait naître entre les parties que des rapports de droit privé. Cependant, la jurisprudence a fait éventuellement jouer les notions de représentation et de mandat en admettant qu'un contrat entre deux particuliers puisse être administratif si l'un des deux particuliers agit pour le compte d'une personne publique (Conseil d'Etat français, 30 janv. 1931, *Société Brosette*. Rec. 123). De plus, les contrats relatifs à la construction de routes nationales et d'autoroutes, conclus entre personnes privées, sont également administratifs, selon la décision du 8 juillet 1963 "*Entreprise Peyrot*" dans laquelle le Tribunal des Conflits affirme que ces travaux relèvent par nature de l'Etat. Le critère matériel se présente sous forme d'alternative : le contrat peut être qualifié en raison de son contenu ou de ses liens avec le service public. Ainsi, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (Conseil d'Etat français, 31 juillet 1912) a, dans un premier temps, exigé la présence de clauses exorbitantes. Les liens de l'objet du contrat avec le service public peuvent aussi parallèlement justifier son caractère administratif. (Conseil d'Etat français, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*).

14. En Colombie, c'est la loi qui détermine la qualification des contrats publics.¹⁷

La Constitution de 1991 a attribué au Congrès de la République la compétence pour voter une loi établissant « le statut général des contrats de l'administration publique ». A cet effet, le Congrès a voté la loi 80 de 1993 qui institue une conception horizontale dans laquelle le droit public et le droit privé se superposent selon des exigences particulières. L'exposé des motifs de la loi indique que le but est de « retourner à l'essence du contrat autour de deux axes fondamentaux: l'autonomie de la volonté et l'intérêt public ». Ces deux axes condensent les valeurs fondamentales qui ont justifié traditionnellement la distinction du droit privé et du droit public: « la liberté et l'autonomie des personnes privées et la finalité

¹⁷ « Sous l'influence du droit administratif français, le Conseil d'Etat colombien a fixé pendant longtemps les critères déterminant l'existence des contrats administratifs. Un contrat serait administratif selon le Conseil d'Etat : 1. Par détermination de la loi. 2. Par la nature des parties contractantes. 3. Par les formalités nécessaires pour passer le contrat. 4. par le critère du service public. 5. Par la présence de clauses exorbitantes. 6. Par la volonté des parties de rendre le contrat administratif. 7. Par la juridiction compétente. Les contrats administratifs étant ceux jugés par la juridiction administrative (C.E. Chambre de Consultation, avis du 4 avril 1974, « Anales del Consejo de Estado », T.LXXXVI, p. 22). En réalité, il ne s'agissait pas de vrais critères, mais plutôt de faisceaux d'indices car ils n'étaient pas indépendants les uns des autres. La jurisprudence les cumulait afin de déterminer la nature du contrat. Les difficultés dans la qualification de ces contrats ont amené alors l'établissement d'une définition légale du contrat administratif qui est devenue, en 1983, le critère unique de sa qualification. L'article 16 du décret-loi 222 de 1983 établissait une liste des contrats administratifs. Tous ceux qui n'y étaient pas, étaient considérés contrats de droit privé de l'administration. En conséquence, le Conseil d'Etat a refusé plusieurs fois d'appliquer les critères utilisés antérieurement (C.E., Sección Tercera, auto 6 février 1986, Centro Internacional de Bogotá, Tomo copiadador 63, p. 263-271. C.E., Sección Tercera, 3 de septiembre de 1992, Pedro Antonio Albarracín Silva, Tomo copiadador 169, folios 226-241). Néanmoins, ce critère n'a malheureusement pas représenté la solution la plus adéquate pour résoudre les problèmes pratiques. En effet, le code de 1983 réglementait non seulement certains contrats de droit privé de l'Etat et de ses Etablissements publics, mais il permettait la stipulation de clauses résiliation-sanction (considérées comme clauses exorbitantes) dans les contrats de droit privé de l'administration qualifiés comme de régime spécial par le Conseil d'Etat (C.E. Sección Tercera. Arrêt du 6 Septembre 1990, Beneficiencia de Cundinamarca, Tomo copiadador 120. Folios 361-373). Ainsi, l'application d'un critère unique s'est-elle avérée très difficile dans la pratique. Le régime des contrats de l'administration est devenu très complexe [...] La confusion introduite par le Code stimulait une jurisprudence contradictoire qui rendait illusoire la distinction entre le contrat administratif et le contrat de droit privé. Elle a donné le caractère administratif à d'autres contrats non qualifiés comme tels par le Code. De plus, elle a dû surmonter un obstacle dérivé du système mixte applicable aux contrats de droit privé : les conséquences des actes administratifs pris à l'occasion de ces contrats. » JOSÉ LUIS BENAVIDES. Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?, Thèse doctorale, Panthéon - Sorbonne, (1999). p. 21.

d'intérêt général guidant tout comportement des collectivités publiques. Le statut général des contrats comporte donc une redéfinition des concepts et un rééquilibrage des intérêts en jeu. »¹⁸

15. Le droit colombien des contrats publics a incorporé la notion d'autonomie de la volonté au régime juridique des contrats publics. A cet effet, le législateur tient compte des difficultés découlant de l'absence d'unité des critères de qualification des contrats publics. La loi a pu surmonter ces difficultés en consacrant un critère organique de qualification des contrats publics : un contrat est considéré comme public quand une des parties est une entité publique.¹⁹ Bien que la définition légale de ces contrats²⁰ englobe tous les actes dérivés de l'autonomie de la volonté, les autorités publiques ne peuvent, pour autant, s'écarter des dispositions constitutionnelles et légales²¹ : l'intérêt public est un

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ L'article 2 de la loi 80 de 1993 détermine quelles sont les entités publiques concernées par cette loi. Il s'agit d'une part des personnes morales de droit public et d'autre part de certaines entités qui ne disposent pas de la personnalité morale mais qui sont autorisées à passer des contrats publics :

Loi 80 de 1993. Article 2. Sur la définition d'entités publiques, fonctionnaires et services publics. a) L'Etat, les régions, les départements, les provinces, le district de la capitale, les districts spéciaux, les zones métropolitaines, les groupements de communes, les territoires indigènes et les communes, les établissements publics à caractère administratif, industriel et commercial, les sociétés d'économie mixte dans lesquelles la participation publique est supérieure à 50 %, ainsi que les autres personnes morales à participation publique majoritaire, quel que soit le nom et le statut qu'elles ont adopté(s), à tous les niveaux territoriaux . b) Le Sénat de la République, la Chambre des Représentants, le Conseil Supérieur de la Magistrature, le Parquet, le Contrôleur Général de la République [organisme chargé du contrôle financier de l'Etat], les Contrôleurs pour les départements, les districts et les communes [organismes du contrôle financier des autres niveaux territoriaux], le Ministère public, l'Office national de l'Etat civil, les ministères, les services administratifs, les Surintendances [...]. *Paragraphe.* Seulement pour les effets de cette loi, sont considérées également comme entités publiques, les coopératives et associations formées par des collectivités territoriales. Ces organismes sont assujettis à cette loi, tout particulièrement lorsqu'ils passent des contrats au nom desdites collectivités en établissant des conventions inter-administratives.

²⁰ *Loi 80 de 1993. Article 32. Sur les contrats publics.* Sont contrats publics tous les actes juridiques générateurs d'obligations que passent les entités auxquelles fait référence cette loi, prévus par le droit privé ou par dispositions spéciales ou dérivées de l'exercice de l'autonomie de la volonté, ainsi que ceux qui sont définis ci-après : 1. Les contrats de travaux [...] 2. Les contrats de « *consultoría* » (consulting) 3. Les contrats de prestation de services [...] 4. Les contrats de concession [...] 5. Les commandes fiduciaires et la fiducie publique (trust) [...].

²¹ *Constitution. Article 6.* Les particuliers ne sont responsables devant les autorités que pour avoir enfreint la Constitution et la loi. Les fonctionnaires publics sont aussi responsables pour la même raison ainsi que pour avoir outrepassé ou omis l'étendue de leurs fonctions.

principe directeur des contrats publics, il guide l'activité de l'administration, il est un critère de contrôle pour le juge administratif.

L'article 13 alinéa 1 de la même loi dispose, à propos des normes applicables aux contrats publics, que « les contrats passés par les entités auxquelles fait référence l'article 2 de cette loi sont soumis aux dispositions du droit commercial et du droit civil correspondantes, sauf dans les matières régies de manière particulière par cette loi ». La règle générale d'application du droit privé prévue par cet article doit être analysée à la lumière de l'article 28²² qui traite de l'interprétation des règles contractuelles et qui dispose qu'il faut toujours respecter les *finalités et les principes établis par la loi*.

16. **Les modes de résolution des litiges dans le statut des contrats publics.** Les entités contractantes sont aujourd'hui soumises à un ensemble d'obligations qui leur imposent de résoudre les conflits directement avec leurs cocontractants. L'article 69 de la loi 80 de 1993 encourage le recours à des modes alternatifs de règlement des différends, plus rapides et plus efficaces. La loi interdit même aux entités contractantes d'interdire « l'utilisation de mécanismes de résolution directe des litiges contractuels. Les entités publiques n'interdiront pas la stipulation de la clause compromissoire, ni la conclusion d'un compromis pour trancher les différends apparus dans les contrats publics. » En plus de la recherche d'une solution non juridictionnelle des différends, le législateur a voulu ouvrir le recours à tous les mécanismes alternatifs de règlement des différends disponibles, y compris l'arbitrage. Il s'agit là d'une tendance qui trouve son ancrage dans la

Constitution. Article 121. Aucune autorité ne peut exercer une fonction autre que celle qui lui est attribuée par la Constitution et la Loi.

²² *Loi 80 de 1993. Article 28. Sur l'interprétation des règles contractuelles.* Dans l'interprétation des normes concernant les contrats publics, dans les normes relatives aux procédures de sélection des cocontractants et dans les clauses et stipulations des contrats, il faut considérer les finalités et les principes établis par cette loi, les obligations dérivées de la bonne foi, et l'égalité et l'équilibre entre les prestations et les droits caractérisant les contrats commutatifs.

constitution elle-même²³ et dans la loi. Plusieurs normes relatives aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits²⁴ ont ainsi été édictées en matière d'arbitrage.

L'article 70²⁵ alinéa 1, relatif à la clause compromissoire, dispose que les contrats publics peuvent comporter une clause compromissoire destinée à soumettre à une décision arbitrale les différends relatifs à la conclusion du contrat, à son exécution, à sa résiliation ou à son décompte. Il est également possible, selon l'alinéa 4, de soumettre les contrats passés avec des cocontractants étrangers à un Tribunal arbitral international. L'article 71²⁶ alinéa 1, relatif au compromis, dispose même que si le contrat ne comporte pas une clause compromissoire, l'une des parties est en droit de demander la conclusion d'un compromis afin de résoudre les différends survenus à l'occasion de la conclusion du contrat, de son exécution, de sa résiliation ou de son décompte.

²³ *Constitution. Article 116.* Les particuliers peuvent être investis temporairement de la fonction d'administrer la justice en tant que jurés dans les causes criminelles, conciliateurs ou d'arbitres habilités par les parties à proférer des décisions en droit ou en équité, dans les termes établis par la loi.

²⁴ Décret 2279 de 1989, loi 23 de 1991, loi 80 de 1993 articles 69 à 75, loi 446 de 1998, décret 1818 de 1998.

²⁵ *Loi 80 de 1993. Article 70. Sur la clause d'arbitrage.* Les contrats publics peuvent inclure la clause compromissoire afin de soumettre à la décision des arbitres les différends possibles survenus dans la conclusion du contrat, dans son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte. L'arbitrage doit être rendu en droit. Il doit y avoir trois (3) arbitres, sauf si les parties décident de soumettre les conflits à un seul arbitre. Dans les affaires impliquant un montant peu élevé, il y aura un seul arbitre.

La désignation, la constitution et le fonctionnement du tribunal d'arbitrage sont régis par les normes en vigueur en la matière.

Les arbitres peuvent allonger la durée de l'instance jusqu'à la moitié du temps accordé initialement ou de celui qui est légalement établi, si cela est nécessaire pour la décision du tribunal.

Dans les contrats avec des cocontractants étrangers et dans ceux qui incluent un financement à longue durée -systèmes de paiement à travers l'exploitation de l'ouvrage construit ou l'opération des biens pour la prestation d'un service public- il sera possible de prévoir que les différends à propos du contrat seront soumis à la décision d'un Tribunal arbitral désigné par un organisme international.

²⁶ *Loi 80 de 1993. Article 71. Sur le compromis.* Si le contrat ne comporte pas de clause compromissoire, l'une des parties contractantes peut demander à l'autre la conclusion d'un compromis pour la convocation d'un tribunal arbitral afin de résoudre les différends découlant de la conclusion du contrat, son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte.

Le document de l'accord doit déterminer la matière objet de l'arbitrage, la désignation des arbitres, le lieu de son fonctionnement et la forme de paiement des coûts.

17. Il est faux d'estimer, parce que le législateur colombien a consacré l'arbitrage comme mode juridictionnel de résolution des litiges contractuels administratifs, qu'il aurait souhaité la privatisation pure et simple du contentieux des contrats publics. En effet, les principes et finalités de l'activité contractuelle sont liés à l'existence d'un ordre public administratif²⁷ qui confère une valeur et une dimension particulières à l'autonomie des entités contractantes. Les moyens de droit privé constituent un outil indispensable pour la gestion efficace de l'activité contractuelle de l'Etat. Ainsi, les prérogatives contractuelles de l'administration subsistent même si celle-ci est évidemment tenue de respecter les droits de ses cocontractants.²⁸ Les parties au litige conservent la possibilité de saisir la juridiction administrative.

18. L'arbitrage en matière de contrats publics est une réalité en Colombie. Il n'y a donc pas d'antagonisme de principe entre arbitrage et contrats publics. Au contraire, le législateur a voulu les concilier dans le traitement des contentieux contractuels administratifs.

²⁷ *L'ordre public administratif se manifeste comme l'essence et la raison d'être du comportement contractuel. L'autonomie de la volonté se trouve ainsi guidée vers des finalités établies par le droit positif même si les moyens d'y parvenir sont plus flexibles. La liberté octroyée à l'administration n'a aucune justification ni légitimité si elle n'est pas orientée vers l'accomplissement des tâches publiques. Il ne s'agit pas d'une liberté reconnue aux fonctionnaires, responsables des contrats, pour le choix des objectifs à atteindre à travers l'activité contractuelle, mais d'une flexibilité de l'administration pour mieux accomplir ses missions.* (C.E. 1 juin 1995, Jorge Eliécer Rodríguez Saavedra, Cité par JOSÉ LUIS BENAVIDES, *op. cit.*)

²⁸ L'activité contractuelle doit respecter les principes constitutionnels de la fonction administrative. *Constitution. Article 209.* La fonction administrative est au service des intérêts généraux et s'exerce sous les principes d'égalité, moralité, efficacité, économie, célérité, impartialité et publicité à travers la décentralisation, la délégation et la déconcentration des fonctions [...].

La Cour constitutionnelle juge qu'« l'objet des contrats n'est rien d'autre que l'acquisition des biens et des services permettant d'atteindre les finalités de l'Etat sous forme légale efficace. C'est pourquoi l'étude des contrats de l'administration doit s'inscrire dans les principes axiologiques de l'Etat social de droit, qui sous-tendent toutes les dispositions contractuelles prévues dans la constitution ». Cour constitutionnelle, C-449/92, (09-07-1992).

De plus, le Conseil d'Etat remarque que l'administration contractante conserve une position privilégiée dans la relation contractuelle en raison de l'intérêt public et des finalités publiques implicites dans tout contrat public. Conseil d'Etat. Auto du 20 août 1998, *universidad del Tolima*. Tomo copiado 378. Fol.228-247. Cité par JOSÉ LUIS BENAVIDES. *El contrato estatal. Entre lo público y lo privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2002), p.81.

19. **L'arbitrage et les notions voisines.** Il convient de rappeler les éléments essentiels de l'arbitrage afin de le distinguer de certaines notions voisines. En premier lieu, il faut un tiers (l'arbitre) indépendant, l'indépendance étant l'essence même de la mission juridictionnelle. Il faut un litige, c'est-à-dire une opposition d'intérêts fondée sur une prétention juridique. Enfin, il faut une mission juridictionnelle confiée au tiers par les parties, mission juridictionnelle qui doit aboutir à une solution obligatoire.

L'arbitrage, comme les autres modes alternatifs de résolution des litiges, repose sur le consentement des parties au litige. Si les autres modes alternatifs de règlement des litiges se différencient de l'arbitrage en raison de leur nature non juridictionnelle, ce sont tous des modes de règlement consentis et égalitaires.²⁹ En France comme en Colombie, la transaction, la conciliation et la médiation sont considérées comme des modes alternatifs de règlement des conflits. Même si elles ont des caractéristiques assez proches de celles de l'arbitrage, les différences doivent être mises en évidence.

20. *La transaction.* La rédaction de l'article 2044 du code civil français relatif à la transaction a été reprise telle quelle à l'article 2469 du Code civil colombien. La transaction est un « contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître [...] ». Aucune disposition n'interdit, ni à l'Etat, ni aux collectivités publiques, de transiger.

L'article 68 de la loi 80 de 1993 présente la transaction parmi les modes de solution directe des litiges contractuels.³⁰ Cependant, les représentants de l'Etat, les départements et les communes ne peuvent passer de contrats de transaction

²⁹ LAURENT RICHER. *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif*, L'actualité juridique - Droit administratif, 3 - 8 (1997). Spéc. p. 3.

³⁰ *Loi 80 de 1993. Article 68. Sur l'utilisation des mécanismes de solution directe des conflits contractuels.* Les entités (auxquelles fait référence la présente loi dans son article 2) et les cocontractants doivent chercher la solution des différends surgis dans l'activité contractuelle d'une manière souple, rapide et directe. A cet effet, au moment où surgissent les différends, les entités doivent utiliser les mécanismes de résolution des litiges contractuels prévus par cette loi : la conciliation, l'entente à l'amiable et la transaction. *Paragraphe.* Les actes administratifs contractuels peuvent être révoqués à tout moment s'il n'y a pas eu une décision judiciaire exécutoire jugeant leur légalité.

qu'avec l'autorisation du gouvernement, du gouverneur (représentant élu des départements) ou du maire (article 341 du Code de procédure civile colombien).³¹

En France, la transaction en matière administrative doit être également approuvée par les assemblées délibérantes (article L2122-21 n°7 du Code général des collectivités territoriales.)³² La transaction revêt le caractère d'un contrat de droit public lorsque le litige auquel elle met fin a donné lieu ou aurait pu donner lieu à une action relevant de la compétence du juge administratif.³³ La transaction a l'autorité de la force jugée aussi bien en France qu'en Colombie.³⁴

Même si la transaction et l'arbitrage ont une origine conventionnelle, l'arbitrage met fin au litige par l'intervention d'un tiers qui tranche le litige tandis que dans la transaction ce sont les parties qui se mettent d'accord. Contrairement à la transaction, les autres modes de règlement alternatif des conflits ne dépendent pas de la seule volonté des parties. Ils sont placés sous le contrôle d'un tiers, qui peut être soit le Tribunal arbitral lui-même, un de ses membres, ou bien une personnalité désignée sous la responsabilité d'un conciliateur ou d'un médiateur.

21. *La conciliation.* En Colombien, l'article 64 de la loi 446 de 1998 définit la conciliation dans les termes suivant : « La conciliation est un mécanisme de résolution de conflits au travers duquel, deux ou plusieurs personnes trouvent par elles-mêmes la solution à leur différend, aidées par un tiers expérimenté et neutre

³¹ Sur la transaction en matière des contrats publics voir : Conseil d'Etat, Unidad administrativa especial de Aereonáutica civil vs. Parking International, 28281, (28-02-2011).

³² Le Conseil d'Etat français juge « qu'il résulte de ces dispositions [article 2044 du Code civile et L. 122-19 du code des communes, alors en vigueur] que, lorsqu'il entend autoriser le maire à conclure une transaction, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin. » CE, Commune de Théoule-sur-Mer, 11 septembre 2006, req. n° 255273, Recueil Lebon.

³³ Sur la transaction voir : FRANÇOIS DUCAROUGE. *Le juge administratif et les modes alternatifs des conflits, transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public*, Revue Française de Droit Administratif, 87, (1996). JULIE CORNU. *La transaction en matière administrative*, Mémoire - Master recherche Droit public approfondi : Université Panthéon-Assas (Paris II), (2007-2008).

³⁴ *Code civil français. Article 2052.* Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Code civil colombien. Article 2483. La transaction produit l'effet de la chose jugée [...].

Code civil colombien. Article 2484. La transaction ne produit des effets qu'entre cocontractants.

dénommé conciliateur. » Si la conciliation judiciaire a été prévue dans le Code de procédure civile de 1970 et dans la loi 23 de 1991 dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, la constitution de 1991³⁵ ouvre la voie à la conciliation extrajudiciaire.³⁶ La conciliation extra-judiciaire peut, soit avoir une origine volontaire, soit être une condition préalable à un procès juridictionnel.³⁷ La conciliation interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux.

Le conciliateur est un tiers impartial qui garantit l'égalité d'armes entre les parties. Il ne tranche pas le litige. La mission du conciliateur est celle de rapprocher les parties, de leur proposer des solutions ou de les aider à trouver des formules de solution à leur conflit.³⁸

Les parties ne sont pas tenues de suivre les solutions proposées par le conciliateur, et peuvent trouver elles-mêmes une solution adaptée à leur litige.

³⁵ *Constitution. Article 116.*

³⁶ *Loi 640 de 2001. Article 3. Types de conciliation.* La conciliation est judiciaire si elle se réalise au cours d'une procédure juridictionnelle, ou extra-judiciaire si elle se réalise avant ou en dehors d'une procédure juridictionnelle.

³⁷ La *loi 640 de 2001* prévoit (*article 35*) que la conciliation est une condition préalable à la procédure juridictionnelle déroulée devant la juridiction administrative si l'objet du litige est susceptible de conciliation.

Sur l'impossibilité d'exiger cette condition en matière d'arbitrage de contrats publics voir le n° 617.

En France, un règlement amiable au cours de l'instance est possible. « *Si les parties parviennent à se concilier et à s'accorder sur les termes d'un arrangement, la juridiction n'aura [...] à statuer sur les conclusions dont elle avait été saisie. Mais elle aura pu contribuer à la réalisation de la conciliation. Elle pourra, de plus, être sollicitée d'en consacrer les résultats.* » RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J. (2008). 13 ed., n° 1074, p. 954.

³⁸ *Loi 640 de 2001. Article 8. Les obligations du conciliateur.* Le conciliateur aura les obligations suivantes : 1. Convoquer les parties selon la procédure légale. 2. Exiger la présence de ceux, qui selon son critère, doivent être présents dans l'audience de conciliation. 3. Présenter aux parties l'objet, la portée et les limites de la conciliation. 4. Stimuler les parties à trouver des formules d'arrangement. 5. Présenter des formules d'arrangement. 6. Dresser le procès-verbal de conciliation. Inscire le procès-verbal de conciliation selon la procédure prévue par cette loi.

Sur la mission de conciliation des Tribunaux administratifs français (article L211-4 du Code de justice administrative) voir RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif, ibidem*, n° 1076, p. 956. PIERRE-OLIVIER PARGUEL. Le président du Tribunal administratif, Publibook. (2008). p. 126 et s.

Quelle que soit l'origine de la solution, le conciliateur doit vérifier les conditions de régularité formelle et matérielle de la transaction conclue par les parties afin de prévenir l'inefficacité de la conciliation pour inexistance ou nullité.

Lorsque les parties ont conclu la transaction, le conciliateur et les parties signent le procès-verbal de conciliation.³⁹ L'article 23 de la loi 640 de 2001 dispose que les conciliateurs extra-judiciaires en matière administrative sont les agents du Ministère public attachés à la juridiction administrative⁴⁰ ou les conciliateurs des centres de conciliation autorisés à concilier dans cette matière.⁴¹

L'article 66 de la loi 446 de 1998⁴² confère force de chose jugée à l'accord issu de la conciliation et force exécutoire au procès-verbal de conciliation. Cependant, en matière administrative, le procès-verbal de conciliation doit être approuvé par le juge qui serait compétent pour résoudre le litige si une procédure juridictionnelle avait été engagée.⁴³

En France, les comités de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics sont des organismes consultatifs de conciliation.⁴⁴ Ils peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public ou d'un accord-cadre. Ils recherchent, à la demande du titulaire du marché

³⁹ *Loi 640 de 2001. Article 1.* Le procès-verbal de conciliation doit contenir : 1. Le lieu et heure de l'audience de conciliation. 2. L'identification du conciliateur. 3. L'identification (identité) des personnes qui ont participé à l'audience. 4. Les prétentions qui ont fondé l'audience de conciliation. 5. L'accord issu de l'audience. Il faut préciser le montant, et les conditions de temps et lieu d'accomplissement des obligations stipulées [...].

⁴⁰ Sur le rôle du Ministère public dans l'arbitrage des contrats publics voir n° 762 et s.

⁴¹ L'autorisation est rendue par le Ministère de la justice.

⁴² Cet article reprend le contenu de l'article 66 de la loi 23 de 1991.

⁴³ Ainsi, l'article 13 du Décret 2511 de 1998 dispose que ce procès-verbal n'aura des effets que lorsque l'approbation juridictionnelle de la conciliation ne soit plus susceptible de recours. Si les parties méconnaissent les obligations stipulées dans le procès-verbal, la partie affectée peut déclencher une procédure d'exécution.

⁴⁴ Ils peuvent être composés de façon paritaire et présidés par un magistrat administratif, le comité national et les sept comités locaux (Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy et Marseille). Ils ne constituent ni des juridictions ni des instances d'arbitrage. Les règles de fonctionnement sont fixées par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010. Voir également la Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

ou de l'acheteur public, les éléments de fait et de droit permettant une solution amiable et équitable.⁴⁵

Les avis rendus par les comités ne s'imposent cependant pas aux parties. Si les parties acceptent l'avis du Comité, elles peuvent conclure une transaction. Le Conseil d'Etat français juge que « *lorsque le comité a été saisi d'un différend relatif au décompte général du marché, l'acceptation de cette décision par l'entrepreneur suffit à conférer un caractère définitif au décompte.* »⁴⁶ A l'inverse, si les parties refusent de suivre l'avis du Comité, elles peuvent saisir le juge administratif.

En France, l'institution du Médiateur de la République- loi du 3 janvier 1973 - a notamment eu pour objectif de permettre des solutions équitables dans des litiges où une application stricte de la règle de droit par le juge n'aurait pas satisfait cette exigence. Etant donné que le Médiateur de la République est effectivement un tiers par rapport au litige et qu'il est placé hors des juridictions établies, il pourrait être assimilé à l'arbitre. Cependant, ses décisions ont le caractère d'actes administratifs⁴⁷ tandis que celles des arbitres ont un caractère juridictionnel qui a la force de la chose jugée.⁴⁸

Ainsi, la conciliation et la médiation ont, comme l'arbitrage, pour objectif de résoudre un litige. Néanmoins, les parties peuvent ne pas accepter les solutions

⁴⁵ *Code de marchés publics. Article 127.* Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret. Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable. La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions. La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité. La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret.

« *Il est évident que le rôle de la conciliation est plus important dans le cadre du plein contentieux et notamment pour le contentieux des marchés publics. Là justement on trouve une institution particulière qui participe de la notion de conciliation; il s'agit de comités consultatifs de règlement amiable des marchés.* » APOSTOLOS PATRIKIOS. *L'arbitrage en matière administrative.* p. 18.

L'originalité du rôle des comités est qu'ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent prendre en compte l'équité, pour proposer la solution la plus appropriée aux parties.

⁴⁶ Conseil d'Etat français, 4 novembre 2005, *Société AMEC SPIE*, n° 263429 (<http://www.cnrs.fr/aquitaine-limousin/IMG/pdf/CESteAmecSpie.pdf>).

⁴⁷ Conseil d'Etat français, Ass., 10 juillet 1981, Retail, Rec. p. 303.

⁴⁸ Voir à ce propos, FRANÇOIS DUCAROUGE. *Le juge administratif et les modes alternatifs des conflits, transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public.* p.87.

proposées par le médiateur ou le conciliateur, ce qui conduit alors à un échec de la médiation ou de la conciliation, résultat impossible en cas de sentence arbitrale. En résumé, le conciliateur ou le médiateur propose une solution au litige tandis que l'arbitre tranche un litige.

22. *L'expertise.* Elle consiste en l'obtention de l'avis d'un tiers sur une question technique. La fonction de l'expert, non juridictionnelle, s'exerce en collaboration avec le juge, tandis que la fonction de l'arbitre s'exerce en dehors de la justice étatique. L'arbitre est un juge, tandis que l'expert est un simple tiers. L'arbitre rend une sentence ayant l'autorité de la chose jugée tandis que l'expert donne seulement un avis qui en principe ne lie, ni les juges, ni les parties. Enfin, l'arbitre tranche un litige relatif à une prétention juridique tandis que l'expert donne un avis sur une question de fait.

23. *L'arbitrage technique.* En Colombie, l'expertise est un moyen de preuve au sens de l'article 300 du Code de procédure civile de 1970. Néanmoins, le décret 150 de 1976 a également consacré, pour la première fois, l'arbitrage technique. Cet article a été repris par le décret 01 de 1984 et par l'article 74 de la loi 80 de 1993 selon lequel: « les parties peuvent convenir que les différends à caractère technique seront soumis à des experts désignés directement par elles ou que ces différends seront soumis à l'opinion d'un organisme consultatif du Gouvernement ou à une université. La décision adoptée est définitive. »⁴⁹

⁴⁹ « Si les parties ont voulu donner au tiers un pouvoir consistant à tirer toutes les conséquences juridiques de la situation de fait analysée, c'est d'arbitrage qu'il s'agit. C'est sans doute cette situation qui a été admise en droit allemand ou en droit suisse sous le nom de *schiedsgutachten* (expertise-arbitrage). [...] C'est également le choix qu'a fait le législateur néerlandais dans la loi de 1986, en considérant que l'on peut confier à un arbitre le règlement d'une question technique (art. 1020.4 a du code de procédure civile). La loi colombienne a semble-t-il adopté une démarche identique en prévoyant à l'article 115 un « arbitrage técnico ». La reconnaissance de la particularité de cet arbitrage permet de lui appliquer plus soupagement certains éléments du régime juridique général de l'arbitrage. On n'en donnera ici qu'un exemple, admis par la jurisprudence française pour ce que l'on appelle « arbitrage de qualité » et qui correspond à l'« arbitrage técnico » [...] La jurisprudence française apprécie alors plus soupagement le respect des garanties de la procédure (principe de contradiction) ou des formes de la sentence (motivation) dans cette forme d'arbitrage particulière. » CHARLES JARROSSON. *La notion d'arbitrage*, op. cit. p. 10-11. Il faudrait préciser que l'origine de l'arbitrage technique en Colombie remonte au décret N° 150 de 1976, c'est-à-dire que le choix du législateur colombien est antérieur à celui du législateur néerlandais. « On a signalé plus haut l'importance pratique, dans

24. **L'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage en droit français.** Si l'arbitrage est autorisé en Colombie, il n'en va pas de même en France. L'arbitrage des contrats publics en France est restreint par une interdiction *ratione personae* d'origine législative. L'article 2060 du Code civil interdit aux personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage.⁵⁰ Cette interdiction concerne également les matières qui intéressent l'ordre public.⁵¹ Si la

l'arbitrage international, des litiges qui ne portent que sur la qualité des marchandises livrées, en rappelant le caractère obligatoire des conclusions des analyses de techniciens. S'agit-il pour autant de véritables sentences arbitrales ? On a pu en douter, car divers systèmes juridiques distinguent les fonctions d'évaluation, purement techniques, et le règlement de véritables litiges. Pourtant, l'existence d'un litige n'est pas douteuse. Son caractère et les modalités techniques de sa solution importent peu. Pour que ces « experts » soient de véritables arbitres, il suffit que leur décision (par hypothèse obligatoire) tire toutes les conséquences contractuelles de leur appréciation technique : qu'ils prononcent la réfaction du prix, ou fixent l'indemnité due. C'est seulement s'ils se bornent à effectuer une constatation, en laissant aux parties (par accord direct) ou à des arbitres le soin d'aménager le contrat ou de régler le litige que l'on pourrait voir dans leur intervention le simple accomplissement d'un mandat. » PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec. (1996), n° 32, p.26.

⁵⁰ La jurisprudence a fait une interprétation assez large de cette article car l'interdiction de compromettre comprend toutes les personnes publiques même si elles ne rentrent pas dans la catégorie des collectivités publiques, ni dans celle des établissements publics. Cette règle remonte au XIX siècle. La prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques résultait de la conjugaison des articles 83 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile. C'est sur ce fondement que la jurisprudence (C.E. 17 juillet 1896, Clouzard. Rec., p.854) s'appuyait pour ne pas permettre le recours des personnes publiques à l'arbitrage car elle assimilait l'Etat aux autres personnes publiques. Pour le Conseil d'Etat, « les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse, parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies. » (Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur l'arrêt du 17 mars 1893, Chemins de fer du Nord de l'Est et autres c. Ministre de la guerre, Sirey 1894, p.119-125). Voir sur la question au XIX siècle : EDOUARD LAFERRIER. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. (1888). Apostolos Patrikios remarque que « la doctrine du 19^{ème} révélait un conservatisme exagéré par rapport à l'admission de l'arbitrage, mais les conséquences n'étaient pas graves dans la mesure où le rôle de l'Etat ne s'étendait pas à des activités économiques » *Op. cit.*, p. 49.

⁵¹ Si on reprend les articles 83 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile, il faut apprécier que ces textes mentionnent parmi les causes communicables au Ministère public, et en conséquence interdites à l'arbitrage, celles concernant l'ordre public. Sur l'ordre public en matière des contrats publics voir : DOMINIQUE POUYAUD. *Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986*, Petits affiches, (1986), p.12, et APOSTOLOS PATRIKIOS. *L'arbitrage en matière administrative*. p.33. Nonobstant, la jurisprudence judiciaire juge que « [...] la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais du fait que l'ordre public a été violé » (Paris, 15 juin 1956 : D.1957.587 deux arrêts, note Robert.) Voir également sur ce point : Henry MOTULSKY. Paris 24 novembre *in* J.C.P. 1955.56, II9079 et J.C.P. 56, II, 9419.

jurisprudence a traditionnellement écarté l'applicabilité des dispositions du Code de commerce qui règlent la clause compromissoire en matière d'arbitrage,⁵² des réformes législatives ponctuelles consacrent des autorisations exceptionnelles. Ces autorisations sont faites à certaines personnes morales de droit public, notamment aux Etablissements publics industriels et commerciaux, en matière de marchés publics et pour certains types de contrats.⁵³

25. Le Conseil d'Etat dans un avis du 6 mars 1986 considère qu'« il résulte des principes généraux du droit public français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, les cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. Tout compromis ou toute clause compromissoire conclue en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public. » Le Conseil d'Etat établit ainsi un principe

⁵² Conseil d'Etat français. Assemblée, 13 décembre 1957. Société nationale de vente de surplus, Rec. 677. Les professeurs Mazeaud et Vedel ont présenté leurs critiques à l'égard de l'interdiction de l'application de l'article 631 du Code de commerce aux établissements industriels et commerciaux dans le célèbre article *Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ?*, Cahiers de documentation juridique, p. 224 - 241 (1950).

⁵³ Loi du 9 juillet 1975 dispose que « des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Cependant, cette autorisation n'a pas été utilisée, à notre connaissance, jusqu'en 2002. Le décret du 8 janvier 2002 a autorisé les Etablissements publics énoncés par l'article 146 du Code des Mines (Charbonnages de France et les Houillères de bassin). Le code de justice administrative codifie les dispositions concernant l'arbitrage des personnes publiques en ordre chronologique. Ces dispositions font référence à une personne publique, et dans la plupart des cas à des établissements publics. Ces exceptions font également référence au lien existant entre la personne publique désignée et une activité économique ou, bien des rapports internationaux, voire au deux en même temps. L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de Partenariat Public-Privé (PPP) prévoit la possibilité de soumettre ces contrats à l'arbitrage. Voir à ce propos, MATHIAS AUDIT. *Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative*, Revue de l'arbitrage, 3, 541 - 564 (2004). DOMINIQUE FOUSSARD. *Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311-6 du code de justice administrative*, *op. cit.*, 537 - 541 (2000). STÉPHANE BRACONNIER. JEAN-BAPTISTE MOREL. *Regards sur les partenariats public-privé internationaux*, Contrats et Marchés publics, 3, Etude 3, 6-13 (2007).

d'interdiction de l'arbitrage qui concerne l'ensemble des personnes publiques et qui se fonde sur la protection de l'ordre de répartition des compétences.⁵⁴ Il convient de remarquer que si ce principe s'adresse aux personnes publiques, la jurisprudence l'a étendu aux personnes privées dans l'arrêt *Area*.⁵⁵ Dans cette affaire une société commerciale a conclu un contrat de sous-traitance avec une autre société commerciale dans lequel elles soumettent leur litige à l'arbitrage. La société *Area*, concessionnaire de l'Etat pour la construction d'une autoroute, demande l'annulation de la sentence.⁵⁶ Le Conseil d'Etat l'annule et ramène la réparation du préjudice à un montant très inférieur à celui ordonné par la sentence arbitrale. Ce principe s'applique, en conséquence, aux litiges de la compétence du juge administratif (le juge administratif est compétent pour les contrats de travaux publics indépendamment de la nature juridique de la personne qui exécute ce marché),⁵⁷ et empêche la stipulation de la clause compromissoire.

26. La position restrictive du Conseil d'Etat ne recouvre pas l'interprétation de la question par la juridiction judiciaire lorsqu'il s'agit de l'arbitrage international. En effet, l'autorisation de l'arbitrage international pour les personnes publiques découle des conventions internationales ratifiées par la France, ou des dispositions législatives. L'avis « Eurodisneyland » prévoit que sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou le cas échéant des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes publiques [...] ne peuvent pas se soumettre à la décision d'un arbitre. La décision d'une personne publique de se soumettre à l'arbitrage selon les mécanismes prévus par une convention incorporée dans l'ordre juridique interne est valable, dans le contexte circonscrit par le Conseil d'Etat et parce que

⁵⁴ Sur ce principe voir : YVES GAUDEMET. *L'arbitrage : aspect de Droit public – Etat de la question*, Revue de l'arbitrage, 2, 241- 257 (1992). Daniel LABETTOULLE. Commentaires aux grands avis du Conseil d'Etat, Paris, Dalloz, p.224.

⁵⁵ Conseil d'État du 3 mars 1989, Rec. Lebon : 1989. 69.

⁵⁶ Voir sur cet arrêt : BERNARD PACTEAU. *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif ?*, RFDA, (1989).

⁵⁷ Dans le même sens, voir la décision du Tribunal des conflits du 8 juillet 1963 dans l'affaire Société Entreprise Peyrot. Voir, CHARLES JARROSSON. *L'arbitrage en droit public*, L'actualite juridique - droit administratif, 16 - 24 (1997).

l'acceptation de la supériorité du Traité sur le droit interne (article 55 de la constitution) n'est plus contestée aujourd'hui.⁵⁸

La jurisprudence administrative est constante quant à l'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques.⁵⁹

⁵⁸ CE. Assemblée, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec., p. 190. Trois conventions internationales autorisent expressément les personnes publiques à compromettre : La Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée le 21 avril 1961 et introduite dans le droit interne par le décret n° 68-117 du 26 janvier 1968. La Convention du Washington signée le 18 mars 1965, et finalement le Traité de Canterbury du 12 février 1986 signé entre la France et le Royaume Uni à propos de la réalisation du Tunnel sous la Manche. En outre, l'article 9 de la loi du 19 août 1986 autorise l'arbitrage international pour le développement du projet Eurodisney. Cette loi a été édictée comme conséquence de l'avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986.

La jurisprudence judiciaire sur la capacité de compromettre en matière d'arbitrage international a été constante depuis les années 50, mais les fondements de la juridiction ont évolué.

Le premier argument est le renoncement de l'Etat français à l'immunité de juridiction. (Voir : Georges VEDEL. *Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*. in Revue de l'arbitrage. 1961.) Dans l'arrêt *Société Myrtoon Steam Ship c. Agent judiciaire du Trésor* (Cour d'appel de Paris, 10 avril 1957) la Cour d'appel indique que l'interdiction de l'arbitrage aux personnes publiques n'était applicable que dans l'ordre juridique interne, parce qu'en raison de la clause compromissoire, l'Etat français avait renoncé à son immunité de juridiction. Cet arrêt a été annulé par le Tribunal des conflits (TC. 18 mai 1958, Rec. Dalloz. 1958, p. 699. Note Robert). Si le Tribunal des conflits admet la compétence de la Cour d'appel pour se prononcer sur la validité de la clause compromissoire, il annule l'arrêt parce que seule la juridiction administrative peut se prononcer valablement sur la compétence des organes administratifs. Cependant, l'argument sur l'immunité de juridiction n'a pas été repris dans la jurisprudence postérieure.

Le deuxième argument tient aux critères matériels tels que le caractère autonome de la clause compromissoire ainsi que de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige. La Cour de cassation dans l'arrêt *Trésor public c. Galakis* (Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966. Dalloz. 1966) affirme l'autonomie de la clause compromissoire et de l'arbitrage international. Il juge que les articles 83 et 1104 du Code de procédure civile ne soulèvent pas des questions de capacité et ne sont pas applicables à un contrat international passé pour les besoins du commerce international. Puis, la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt *Société Gatoil c. National Iranian Oil company* (Paris, 1^{re} Ch. suppl., 17 décembre 1991, Société Gatoil c/ National Iranian Oil Company, Rev. arb., 1993.281, note H. Synvet) donne à la clause compromissoire le caractère de « règle matérielle internationale ». La Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Ministère tunisien de l'Équipement c. Société Bec Frères* (C.A. Paris. 1^{ère} Chambre civile, 24 février 1994, note Yves Gaudemet. In Rev. Arb.), prévoit une définition matérielle de l'arbitrage international qui prévaut sur les catégories et distinctions du droit interne.

L'interdiction de l'arbitrage en droit interne n'est pas d'ordre public international. L'arrêt *Société Foreign Contracting ans Investment c. Société Estero SIPA* (C.A. Paris, 13 juin 1996. Rev. Arb. 1997.2, GÉRARD MARCOU. *La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British rail*. *Annuaire Français de droit international, op.cit.*) juge que l'arbitrage est international lorsque son objet verse sur une opération économique internationale même si une des parties au contrat est une personne publique et indépendamment de l'objet du contrat. La jurisprudence judiciaire écarte ainsi l'interprétation du juge administratif sur le principe d'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public.

27. Le Tribunal des Conflits juge, dans une décision du 17 mai 2010,⁶⁰ qu'un contrat administratif peut être qualifié de contrat international s'il met en cause les

⁵⁹ Voir à ce propos : DANIEL LABETOUILLE. *Arbitrage et personnes publiques*, in Grands Avis du Conseil d'Etat, Dalloz, (1997), 219 ; YVES GAUDEMET. *Intervention relative à l'arrêt AREA du Conseil d'Etat (3 mars 1989) au cours du rapport de M. Jarrosson*, Revue de l'arbitrage, 2., 279 - 299 (1992) ; CHARLES JARROSSON. *L'arbitrage en droit public* ; YVES GAUDEMET. *L'arbitrage et le droit public*, Droit & patrimoine, 105, 83 - 87 (2002) ; YVES GAUDEMET. *L'arbitrage : aspect de Droit public – Etat de la question* ; DOMINIQUE FOUSSARD. *Le décret No. 2000-764 du 1er aout 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir a à l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 4, 665 - 667 (2000) ; CHRISTINE BRECHON- MOULENES. *Le règlement amiable dans les marchés publics*, La revue marchés publics, 225, 21 - 28 (1987) ; DOMINIQUE FOUSSARD. *Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311-6 du code de justice administrative* ; DOMINIQUE FOUSSARD. *Note jurisprudence du Conseil d'Etat: Monsieur Sueur (29 octobre 2004), et Conseil Constitutionnel, n° 2004-506, loi de simplification du droit.*, Revue de l'arbitrage, 1, 134 - 142 (2005) ; ERIC DELACOUR. *Recourir à l'arbitrage, mais quelles conditions?*, Le Moniteur des travaux publics, 83 - 85 (2000) ; DOMINIQUE FOUSSARD. *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage: vers une consolidation des règles?*, Revue de l'arbitrage, 4, 803 - 828 (2004) ; MICHEL GUIBAL. *Un nouveau Code des marchés publics?*, L'actualité juridique - droit administratif, 360 - 366 (2001). DANIEL LABETOUILLE. *L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction*, La semaine juridique - Edition Administrations et Collectivités territoriales, 14 - 15 (2007). DANIEL LABETOUILLE. *Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif*, in Mélanges en l'honneur de Jean -François Lachaume, Dalloz, (2007), 667-680. GÉRARD MARCOU. *L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français*, in Le contrôle de marchés publics, IRJS, (2009), 373-404 ; GÉRARD MARCOU. *La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British rail*, Annuaire Français de droit international, XLIII, 810 - 841 (1997) ; BERNARD PACTEAU. *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif?* ROLAND AQUENIN. *Litiges, les avantages de l'arbitrage*, Le moniteur, 41 - 42 (1997). LAURENT RICHER. *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif*. GÉRARD TEBOUL. *L'arbitrage international et personnes morales de droit public*, *op. cit.*, 25 - 29. EVA BRUCE. *La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question*, Revue de l'arbitrage, n° 1, 65 - 97 (2006).

⁶⁰ « [...] Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratifs selon les critères du droit interne français, est portée devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du Code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une

intérêts du commerce international. « *Il est désormais admis qu'un contrat puisse, tout à la fois, être administratif et constituer une opération du commerce international* ». ⁶¹ Cependant, si le recours introduit contre la sentence implique de contrôler sa conformité au regard des règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à la commande publique, ⁶² la compétence du juge administratif est maintenue. ⁶³ Cette décision, critiquée par la doctrine, ⁶⁴ illustre l'état actuel du droit de l'arbitrage applicable aux personnes publiques françaises. Yves Gaudemet, Christophe Lapp et Anne Steimer soulignent à ce

sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif [...]. » Tribunal des Conflits, *Inserm*, 17 mai 2010, n° 3754.

⁶¹ MATHIAS AUDIT. *Contrats publics et arbitrage international en France*, in *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, (2011), Sous la direction de MATHIAS AUDIT. 115-132. Spéc. p. 123.

⁶² « *En ce qui concerne les règles d'occupation du domaine public ou d'exécution de service public, on peut penser aux exigences constitutionnelles de protection de la propriété publique, au principe de création de droits réels sur le domaine public « au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée en égard à la valeur réelle de ce patrimoine », ou aux « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics » auxquels le domaine public est affecté. Pour ce qui est de la commande publique, les règles visées concernent la passation des marchés et contrats en tant qu'elles découlent des principes conventionnels et constitutionnels d'égalité devant la commande publique, principes de « libre accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures », en tant que consacrés par le Conseil constitutionnel.* » Yves GAUDEMET, Christophe LAPP, Anne STEIMER. *Les personnes publiques et l'arbitrage international*, Recueil Dalloz, 2552-2558 (2011). (Format électronique)

⁶³ « *Il semblerait que la décision du Tribunal de conflits leur donne raison, comme l'a souligné récemment Mathias Audit lors d'une table ronde sur le sujet : "C'est en effet la conception actuellement retenue par la juridiction judiciaire du contrôle de l'ordre public international qui est, au moins en partie, à l'origine du choix d'un double régime tel que préconisé par le commissaire du gouvernement et entériné par le Tribunal. Pour l'un comme pour l'autre, il est en effet encore aujourd'hui un certain nombre de principes fondamentaux du droit public français dont le contrôle ne saurait se limiter au seul « caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée », pour reprendre la formule de la jurisprudence judiciaire devenue classique depuis l'arrêt Thales (Paris, 18 nov. 2004, n° 2002/19606, D. 2005.3050, obs. T. Clay ; Rev. Crit. DIP. 2006. 104, note S. Bollé ; RTD com.2005.263, obs. E. Loquin). Le commissaire y fait expressément référence. On ne peut bien évidemment l'affirmer, mais gageons qu'en présence d'un contrôle plus poussé de l'ordre public international par le juge judiciaire, la solution retenue par l'arrêt INSERM eût pu être différente.* » Yves GAUDEMET, CHRISTOPHE LAPP, ANNE STEIMER. *Ibidem*.

⁶⁴ Sur cette décision voir particulièrement : Mathias AUDIT, Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM), *Revue de l'arbitrage*. (2010) 256-257. THOMAS CLAY. *Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage*, La semaine juridique - Edition générale, 21, 1045-1049 (2010). Yves GAUDEMET, Christophe LAPP, Anne STEIMER. *Ibidem*. FRANÇOIS BRENET, FABRICE MELLERAY. *La répartition de compétences à propos de recours formés contre une sentence arbitrale mettant en jeu les intérêts du commerce international*, *Droit administratif*, 8, comm. 122, (2010).

propos que « *si l'on considère que ces règles impératives s'intègrent dans l'ordre international public, comme l'envisage dans un premier temps le commissaire du gouvernement "on débouche sur la reconnaissance d'un bloc de compétence au profit de la juridiction judiciaire", conformément aux articles du code de procédure civile précités [articles 1518, 1519 et 1520]. Si l'on considère que ces règles impératives s'intègrent dans les lois de police, il n'est pas exclu que les juridictions judiciaires puissent également être compétentes pour le contrôle de leur respect par la sentence, dans le cadre d'un recours, puisque l'ordre public international s'oppose également à une sentence arbitrale qui violerait une loi de police française, et qu'il est admis que les lois de police font partie de l'ordre public international matériel français.* »⁶⁵

28. Des évolutions peuvent être envisagées comme le démontre le rapport du Conseil d'Etat du 13 mars 2007,⁶⁶ et celui du PRADA de mars 2011 « sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris ». ⁶⁷ Le premier rapport a été adopté par un groupe de travail constitué afin d'étudier les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges. Il prévoit un projet de loi qui représente l'essentiel des conclusions.⁶⁸

Le deuxième rapport, relatif à l'arbitrage international, propose de réformer l'article 2060 du Code civil : il s'agirait de généraliser l'arbitrabilité à tous les contrats internationaux des personnes publiques, mêmes ceux qui sont considérés

⁶⁵ Yves GAUDEMET, Christophe LAPP, Anne STEIMER. *Op. cit.*

⁶⁶ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf

⁶⁷ http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf

⁶⁸ Ce rapport reconnaît l'importance du consentement des parties à l'arbitrage, et présente les adaptations de la procédure arbitrale existante aux besoins des personnes publiques. Il préconise que toutes les personnes publiques soient autorisées à compromettre, mais les litiges qui sont visés se limitent aux conflits de nature contractuelle. La liberté dans la négociation de la convention d'arbitrage doit être préservée. Cette liberté garantit également la libre nomination des arbitres. Les honoraires des arbitres doivent respecter les principes liés à la bonne gestion des deniers publics. Les parties auront aussi la liberté de fixer les règles de procédure auxquelles est soumis le litige ou de le soumettre aux règlements des centres d'arbitrage. La sentence arbitrale fera l'objet d'un seul recours en Cassation. Le législateur français, par la loi du 5 mars 2007 (sur la protection des incapables majeurs) a souhaité habiliter le gouvernement à prendre une ordonnance pour « *modifier les dispositions législatives en vigueur permettant à certaines personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage pour les rendre compatibles ou assurer leur articulation avec les nouvelles règles d'application générale et, si ces textes sont devenus inutiles, les abroger [...]* ». Cependant, le Conseil constitutionnel a censuré ce texte comme dépourvu de tout lien avec les autres dispositions du projet de loi. Conseil constitutionnel. Décision n° 2007-552 DC du 01 mars 2007.

comme administratifs au regard des catégories du droit français, et en attribuer subséquemment la compétence au juge judiciaire.⁶⁹ Le rapport préconise également la réforme de l'article 1520 du Code de procédure civile pour ouvrir un recours en annulation dans le cas où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire aux principes fondamentaux du droit public français mentionnés au troisième alinéa de l'article 2060 du Code civil.⁷⁰ « *Ce rapport place la controverse sur son véritable terrain, celui de la compétitivité des places d'arbitrage, et, à travers elle, de la compétition des droits, tant il est vrai que toute forme de dualité de compétence du juge étatique d'appoint, de contrôle et d'exequatur de la sentence, peu intelligible pour les entreprises, ne peut qu'affecter l'attractivité de la place de Paris qui figure actuellement au premier rang des grandes centrales d'arbitrage.* »⁷¹ Des réformes législatives seront nécessaires pour concrétiser les pistes engagées dans ces rapports.

29. **L'ancrage de l'arbitrage dans la culture juridique colombienne.** Un parcours de l'histoire de l'arbitrage interne et international dans les contrats publics colombiens, permettra de montrer, qu'à l'inverse du droit français, l'arbitrage des contrats publics n'a jamais été prohibé par le droit colombien.

30. **L'évolution de l'arbitrage interne.** Le recours à l'arbitrage en matière de contrats publics a connu un développement discret sur « la scène juridique colombienne ». Elle fut surtout induite par des nécessités pratiques. L'arbitrage en matière administrative a été, d'abord, autorisé par la jurisprudence avant d'être

⁶⁹ Rapport PRADA : « *Outre les cas prévus à l'alinéa précédent, les personnes publiques sont autorisées à compromettre dans le cadre de contrats de droit privé ou de droit public, impliquant un mouvement international de biens, de services, de personnes ou de capitaux. Les sentences arbitrales rendues dans le cadre de litiges nés de ces contrats, ne peuvent contrevir aux principes fondamentaux du droit public français relatifs à la commande publique, à la délégation de service public, à la domanialité publique ou à la continuité du service public.*

Les juridictions de l'ordre judiciaire connaissent de l'ensemble des litiges relatifs à la procédure arbitrale, ainsi que de toutes les contestations relatives aux sentences mentionnées à l'alinéa précédent. Elles sont compétentes pour délivrer l'exequatur à ces sentences. » p. 32.

⁷⁰ Rapport PRADA : « *En outre, s'agissant des sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats internationaux dont une des parties est une personne publique française, le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire aux principes fondamentaux du droit public français mentionnés au troisième alinéa de l'article 2060 du Code civil.* » p. 33.

⁷¹ YVES GAUDEMET, CHRISTOPHE LAPP, ANNE STEIMER. *Op.cit.*

reconnu par la loi. La Cour Suprême de Justice⁷² a autorisé l'arbitrage avant d'en reconnaître ultérieurement la constitutionnalité.

31. *L'autorisation jurisprudentielle.* La jurisprudence de 1925 et de 1936⁷³ illustre ces évolutions. Les juges n'ont relevé aucun obstacle à la stipulation de l'arbitrage en matière de contrats publics, même en l'absence d'autorisation légale expresse. La Cour suprême a simplement veillé au respect des exigences légales ainsi qu'à la nécessité d'obtenir l'autorisation des autorités locales (départementales ou municipales) pour la passation de contrats qui prévoient le recours à l'arbitrage.

32. Le citoyen Alvaro Copete Lizarralde a saisi la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice en 1969 afin d'obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité⁷⁴ de la loi 2 de 1938 ainsi que des articles 1214 à 1227 du Code de Procédure Civile. Il considérait que l'autorisation du recours à l'arbitrage

⁷² Bien que le Conseil d'Etat colombien ait des compétences juridictionnelles depuis la réforme constitutionnelle de 1910, les litiges concernant les contrats publics relevaient de la compétence de la juridiction judiciaire. Voir à ce propos n° 459 et s.

⁷³ « Si le Gouverneur en tant que représentant du Département soumet un litige à la décision des arbitres sans avoir été habilité par le Conseil Général, le contrat qu'il a conclu n'est ni obligatoire ni valide. » Cour suprême de justice, 5 novembre 1925. T. XXXII, p. 6

L'article 1.224 du code judiciaire établit que « les personnes capables de conclure le contrat de transaction peuvent soumettre aux arbitres les controverses susceptibles d'être soumises au contrat de transaction. Dans le cas d'espèce, le Département de *Magdalena* est une personne capable de conclure le contrat de transaction et l'objet du litige n'est pas interdit par la loi [...] Etant donné que la soumission du litige à l'arbitrage a été autorisée selon les règles légales [...] l'exception d'illégitimité du mandat donné par l'assemblée générale au gouverneur du Département pour conclure le contrat n'est pas fondée ». Cour suprême de justice, Chambre des affaires générales, 10 octobre 1936. Gazette judiciaire n° 1.917. p. 379. Cette jurisprudence est extraite des Recueils de Jurisprudence de la Cour Suprême de Justice (de 1887 à 1944), pages 322 et 323, compilés par le Magistrat et Professeur M. Germán Orozco Ochoa et publiés par l'imprimerie du Département d'Antioquia à Medellín (il n'y a pas mention de la date de publication).

⁷⁴ L'action publique en inconstitutionnalité a été autorisée en Colombie à partir de la réforme constitutionnelle de 1910. En effet, l'article 41 de la Constitution déterminait que « la garde de l'intégrité de la Constitution est confiée à la Cour suprême de justice. En conséquence, elle aura les facultés conférées par les lois et les suivantes : [...] décider sur la constitutionnalité des lois réformant la Constitution qui ont été objectées par le gouvernement ainsi que sur toutes les lois ou décrets attaqués pour inconstitutionnalité par un citoyen quelconque avec l'avis préalable du Ministère public. »

était contraire à l'article 58 de la Constitution de 1886 qui prévoyait que « la justice est un service public à la charge de la Nation. »⁷⁵

La Cour Suprême de justice s'est prononcée dans les termes suivants :

« Le pouvoir de régler les litiges de caractère patrimonial n'est pas une compétence exclusive de l'Etat [...] l'idéal d'une société organisée est qu'il n'y ait pas de conflits entre ses membres [...] cependant, étant donné la difficulté de cette aspiration, il est possible, de manière subsidiaire, que les membres de la société règlent leurs litiges directement entre eux ou à travers des arbitres, dans le respect de l'ordre public. La constitution prévoit dans son article 58 que “ la Cour suprême de justice, les Tribunaux, et les juges désignés par la loi administrent la justice ”. C'est-à-dire que rien n'interdit que la loi organise des Tribunaux transitoires afin que ceux-ci règlent les différends entre commerçants ».⁷⁶

La Cour a donc déclaré qu'il n'y avait pas d'obstacle constitutionnel à l'autorisation du recours à l'arbitrage.

Cependant la Cour a posé les premières limites au recours à l'arbitrage en matière de contrats publics. En effet, elle a jugé que :

« Les problèmes juridiques découlant du droit public, plus particulièrement des contrats administratifs, ne pourront pas être soumis à l'arbitrage lorsque les litiges concernent les privilèges officiels de l'administration telles que la clause de résiliation-sanction et l'imposition unilatérale d'amendes par l'administration ».⁷⁷

33. *L'autorisation légale.* Il est intéressant de remarquer qu'en droit colombien, le recours à l'arbitrage n'a jamais été interdit, son usage remontant à la période de la colonisation espagnole, antérieure à l'indépendance de 1819. En effet, la Colombie

⁷⁵ Dans la Constitution de 1886, le constituant faisait référence à l'Etat au sens du droit interne avec le terme « Nation », pour le distinguer de l'Etat au sens du droit international lequel avait été désigné dans le texte constitutionnel comme « Etat ».

⁷⁶ Cour suprême de justice, chambre constitutionnelle, 29 mai 1969. Requête en inconstitutionnalité pour les articles 1214 à 1227 du Code de Procédure Civile et de la loi 2 de 1938.

⁷⁷ *Ibidem.*

continue d'appliquer le droit espagnol même après l'indépendance.⁷⁸ Ainsi, la *loi de procédure civile du 13 mai 1825* ordonne-t-elle l'application des lois colombiennes et des normes espagnoles promulguées avant la date du 18 mars 1808.⁷⁹ Les *ordonnances de Bilbao de 1737* régissant l'arbitrage en droit espagnol ont, ainsi, été appliquées tout au long du 19^{ème} siècle.

L'article 57 de 1887 dispose que « les personnes capables de soumettre leur litige au contrat de transaction, peuvent soumettre leur litige, même s'il est connu par la juridiction étatique, à la décision des juges ou Magistrats pour qu'ils résolvent le litige en tant qu'arbitres ou « *arbitradores* » [...] Les parties déterminent par avance la procédure selon laquelle le litige doit être résolu, et dans le silence des parties, les juges en décideront [...] La sentence arbitrale est revêtue de la force exécutoire et elle n'est pas susceptible d'appel. Le compromis des parties cesse si les arbitres ne rendent pas la sentence dans le délai prévu par elles. Les arbitres sont responsables des préjudices qu'ils peuvent causer aux parties. »

La *loi 105 de 1890* et les Codes de procédure civile postérieurs⁸⁰ règlent la procédure arbitrale. Ce n'est que la *loi 2 de 1932* qui autorise expressément l'introduction de la clause compromissoire. Les arbitrages rendus dans la période antérieure, tirent leur fondement du seul compromis d'arbitrage.

34. La première autorisation légale de l'arbitrage des contrats publics apparaît avec la *loi 4 de 1964* « par laquelle se règlent l'industrie de la construction, les appels d'offre et les contrats de travaux publics. » C'est la première loi qui reconnaît expressément l'arbitrage dans les contrats publics, bien que dans une mesure très limitée. En effet, si elle autorise l'Etat, les établissements publics et les entités officielles et « semi-officielles » à soumettre à l'arbitrage leurs différends contractuels,⁸¹ cette loi ne concerne que les contrats de travaux publics.

⁷⁸ La lutte d'indépendance colombienne commence officiellement le 20 juillet 1810 et s'achève avec l'expulsion définitive des troupes espagnoles après la bataille de *Boyacá* le 7 août 1819.

⁷⁹ L'article 15 de la Loi 153 de 1887 a abrogé l'application des normes espagnoles sur le territoire colombien.

⁸⁰ *Loi 103 de 1923, Loi 105 de 1931 et décret 1400 du 1970.*

⁸¹ *Loi 4 de 1964. Article 13.* « Les entités auxquelles fait référence cette loi sont autorisées à soumettre à l'arbitrage les différends qui naissent entre contractants selon les termes de la loi 2 de 1938 ». Cette

Le projet de loi 4 de 1964, présenté par le Député Mojica Márquez, vise à favoriser l'industrie nationale de la construction, étant donné l'importance économique de ce secteur d'activité.⁸² Le texte du projet de loi a été rédigé suite aux demandes formulées par la réunion nationale de l'ordre des ingénieurs et architectes tenue à Medellín en septembre 1961 et lors du huitième colloque national des ingénieurs de Popayán en décembre 1961. Un des sujets évoqués lors de ces réunions était le besoin de normes pour régler les conditions de concurrence dans les marchés de travaux publics et définir les garanties techniques à respecter dans l'exécution de ces travaux.⁸³

Les rapports du Congrès de la République relatifs au projet de loi 4 de 1964 ne font aucune référence à l'arbitrage. L'autorisation expresse de l'arbitrage consacrée dans cette loi ne fut pas un élément de débat, tant la pratique de l'arbitrage en matière de contrats publics était déjà admise.⁸⁴

35. En 1969, la Cour suprême de justice a établi la première limite constitutionnelle à l'arbitrage dans les contrats publics. *Elle pose un principe d'interdiction du recours à l'arbitrage lorsque l'objet du litige porte sur les privilèges de l'administration.* Le Conseil d'Etat s'est montré très réservé quant à l'extension même de l'arbitrage à la sphère des contrats publics. Il a réaffirmé sa compétence et a considéré l'arbitrage comme un instrument d'usage restreint.

Le Conseil d'Etat a interprété en 1972 l'autorisation de la loi 4 de 1964 : « L'application de la clause compromissoire en droit administratif est exceptionnelle et restrictive. En effet, l'arbitrage est une institution du droit privé ou de l'autonomie de la volonté, principe qui est contraire au droit public car l'administration est soumise à la loi. C'est pourquoi, il n'est pas

dernière admet, pour la première fois dans le droit colombien, la stipulation d'une clause compromissoire dans les contrats de droit privé.

⁸² Qui procurait alors 19% de l'emploi en Colombie.

⁸³ Rapport de la Chambre des Représentants du 30 août et 14 novembre 1963, et rapport du Sénat du 21 novembre 1963 et du 13 août 1964. Histoire des lois, Législature de 1964, tome I, Congrès de la République de Colombie.

⁸⁴ Cour suprême de justice, décisions de 1925 et 1936, *Op. cit.*

logique d'admettre un usage fréquent de ce recours car il affaiblit l'administration dans son devoir de protéger les services publics en tant qu'elle est titulaire de l'intérêt public. »⁸⁵

36. Bien que l'autorisation légale de l'arbitrage soit réservée aux contrats de travaux publics, la pratique de l'arbitrage s'est étendue à d'autres types de contrats. *Contrat de concession*. Dans une sentence du 31 octobre 1970 un Tribunal arbitral a tranché le litige relatif à l'exécution d'un contrat de concession conclu le 6 juillet 1967 entre *La Compañía Distribuidora de Loterías* (CDL) et *La Junta Seccional de Salud* (JSS) du Département de Sucre.⁸⁶

Arbitrage en équité. Un autre cas de recours à l'arbitrage, cette fois en matière de travaux publics,⁸⁷ est particulièrement significatif : les parties au litige ont signé un compromis d'arbitrage en équité afin que les arbitres déterminent, d'une part, la responsabilité de la compagnie et, d'autre part, la résolution du litige relatif au décompte du contrat. Ce qui est remarquable est le recours à l'arbitrage en équité impliquant une personne morale de droit public. Il faut remarquer que, même si la compagnie *Ferrocarriles Nacionales* a saisi le Tribunal Civil de Bogotá⁸⁸ d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, elle n'a ni invoqué l'arbitrage en équité, ni sa nature de personne morale de droit public à l'appui de son recours ; elle a attaqué la sentence arbitrale en ce qu'elle considérait que les arbitres n'avaient pas

⁸⁵ Conseil d'Etat, chambre de consultations et du Service civile, Avis n° 656 du 12 juillet 1972 (*Anales del Consejo de Estado*, tomo LXXXIII, p. 7 et ss.). Cette décision est une preuve de la méfiance du juge administratif par rapport à l'arbitrage. Il a fallu un certain temps pour que la position de la juridiction administrative évolue à cet égard.

⁸⁶ La CDL a présenté une demande d'arbitrage afin que les arbitres déterminent s'il y a eu durant l'exécution du contrat la survenance de circonstances imprévues qui aient empêché la CDL d'exécuter le contrat. Le Tribunal arbitral a fondé sa décision sur les prévisions contractuelles, selon les termes du Code Administratif en vigueur ainsi que celles de la Loi 2 de 1938, et du Code de Procédure Civile. Il a décidé finalement qu'il n'était pas possible d'appliquer à ce cas la théorie de l'imprévision car la connaissance dans le fonctionnement du marché des loteries était un facteur pour l'octroi du contrat au cocontractant. En conséquence, les changements dans le marché des loteries faisaient partie de l'aléa normal du contrat.

⁸⁷ Tribunal arbitral. *Ferrocarriles Nacionales c. Francisco Stella Ibáñez vs. Ramón González Nieto*, (20-05-1974.)

⁸⁸ Tribunal civil de Bogotá, *Ferrocarriles Nacionales vs. Francisco Stella Ibáñez y Ramón González Nieto*, (20-08-1976). Recours en annulation de la sentence arbitrale du 20 mai 1974.

pris en compte lors du décompte du contrat ce qui avait été évalué dans l'instance arbitrale.

Le Tribunal Civil de Bogotá n'a pas accédé au recours en annulation formé par la compagnie *Ferrocarriles Nacionales*. Pour le Tribunal civil, les arbitres ont bien pris en compte les preuves rapportées par les parties, même s'ils n'avaient pas suivi la procédure juridique habituelle, l'arbitrage étant en équité et les arbitres ayant été choisis par les parties en raison de leur spécialisation dans l'objet du litige. En conséquence, ils ne pouvaient pas être tenus de respecter en droit l'analyse de la preuve.

La chambre de consultation et de service civil du Conseil d'Etat s'était déjà prononcée à cet égard dans un avis du 12 juillet 1972 : « bien que les différends découlant d'un contrat public puissent être tranchés par un juge ou par un arbitre, cela ne signifie pas que celui-ci puisse juger en équité car l'administration est toujours soumise à la loi qui détermine son régime juridique. »⁸⁹

Il faut remarquer que les avis du Conseil d'Etat n'ont jamais eu force obligatoire pour les juges. Ainsi, le Tribunal Civil de Bogotá n'était-il pas tenu de les respecter. Il convient de remarquer que de tels cas ont sans doute conduit, dans la pratique, à la création d'un nouveau type d'arbitrage, dénommé « arbitrage technique » et suite au Décret-loi 150 de 1976, à la prohibition légale de l'arbitrage en équité.⁹⁰

37. Le *Décret-loi 150 de 1976* (article 64) dispose que « les parties peuvent convenir que des différends à caractère technique soient soumis au jugement d'experts désignés directement par elles ou soumis à l'opinion d'un organisme consultatif du Gouvernement ou à une université. La décision adoptée est définitive. » Un tel arbitrage est différent de l'expertise. L'expertise, si elle est un

⁸⁹ Conseil d'Etat. Avis n° 656. (12-07-1972). Anales del Consejo de Estado, tome LXXXIII, p. 7 et s.

⁹⁰ Lorsque la Constitution de 1986 était en vigueur, il était fréquent que le Congrès de la République autorise le pouvoir exécutif à régler des questions relevant originellement de sa compétence. L'acte administratif par lequel cette matière était réglée s'appelait « décret -loi » et pouvait déroger ou modifier des lois existantes. Le décret -loi 150 de 1976 a ainsi réglé de manière générale le régime juridique des contrats publics, lequel a été reconnu sous la dénomination « statut des contrats administratifs ». En conséquence, ce décret a dérogé aux dispositions de la loi 4 de 1964.

moyen de preuve, ne contraint pas le juge dans le prononcé de son jugement. Par contre, dans l'arbitrage technique, les arbitres, spécialistes d'un litige de nature technique, rendent une décision qui a la force de la chose jugée.⁹¹

38. Le Décret 150 de 1976 a élargi l'autorisation légale de l'arbitrage. Il autorise non seulement l'arbitrage technique (article 64), mais aussi l'arbitrage des litiges découlant des contrats administratifs (article 66)⁹² et des contrats d'emprunt⁹³ (article 115).

L'autorisation de l'article 66 est limitée dans sa portée : tout d'abord, les collectivités territoriales ne sont pas expressément autorisées à soumettre leurs litiges à l'arbitrage, car l'article ne fait référence qu'à l'Etat ; ensuite, l'article interdit aux arbitres de se prononcer sur la clause exorbitante de résiliation-sanction ainsi que sur ses effets ; enfin, il exige que la clause compromissoire détermine les modalités de nomination des arbitres et que la sentence arbitrale soit rendue en droit.

L'article 115 autorise le recours à l'arbitrage pour les litiges découlant de l'exécution des contrats d'emprunt et l'unique limite qui y est apportée est que les arbitres doivent être nommés par une corporation nationale ou internationale.

C'est la première fois que la loi fait référence à la nationalité des arbitres, tant à l'article 66, pour réserver aux seuls arbitres colombiens la capacité de juger des contrats administratifs, qu'à l'article 115, pour permettre aux arbitres d'intervenir, qu'ils soient colombiens ou étrangers.

⁹¹ Voir à ce propos n° 23.

⁹² *Décret 150 de 1976. Article 66. De la clause compromissoire.* Dans les contrats conclus par la Nation, peut être stipulée la clause compromissoire afin de soumettre à la décision d'arbitres nationaux les litiges survenus au cours de l'exécution des contrats, sauf disposition légale contraire.

⁹³ *Décret 150 de 1976. Article 115. De la juridiction applicable et la convention d'arbitrage.* Les contrats d'emprunt seront soumis à la loi colombienne et à la juridiction des juges et tribunaux nationaux.

Cependant, en vue de résoudre les litiges découlant de l'exécution du contrat, les parties ne pourront stipuler la convention d'arbitrage que si l'arbitre nommé est une corporation nationale ou internationale. L'homologation de la sentence arbitrale correspond au Tribunal ou à l'entité déterminée par le contrat. *Paragraphe* : Les accords passés avec d'autres entités gouvernementales de crédit, d'autres Etats ou avec des institutions internationales financières publiques seront soumis aux stipulations contractuelles.

Le citoyen César Castro Perdomo a saisi la Cour suprême de justice en invoquant l'inconstitutionnalité de l'article 115⁹⁴ du Décret 150 de 1976. La Cour suprême de justice a été amenée à déclarer inconstitutionnel l'emploi du mot « international » dans cet article.⁹⁵

39. Le décret 222 de 1983⁹⁶ (article 76) permettait de stipuler la clause compromissoire dans les contrats administratifs, afin de soumettre à la décision des arbitres nationaux les conflits nés dans le cadre de ces contrats. Ce décret pose certaines limites. Il interdit de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne l'application, l'interprétation et les effets des clauses exorbitantes (clause de résiliation–sanction, de modification et d'interprétation unilatérale).⁹⁷ La Cour suprême de justice s'est prononcée ainsi :

« L'arbitrage consacré dans cette norme n'est pas de même nature que celui prévu par les règles civiles et commerciales. Il est différent car il est consacré par les normes relatives aux contrats de l'administration. Ainsi, ce décret détermine que les clauses objet d'interprétation unilatérale de l'administration contractante ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage. Cependant, cela n'exclut pas l'application de l'arbitrage parce que ce dernier peut porter sur les autres clauses du contrat. »⁹⁸

40. En somme, tant que le décret 222 de 1983 était en vigueur, l'arbitrage était seulement exclu lorsque l'administration mettait en œuvre les clauses exorbitantes du droit commun ou lorsqu'il s'agissait d'arbitrage international.

⁹⁴ Décret 150 de 1976. Article 115. Deuxième alinéa : « En vue de résoudre les litiges découlant de l'exécution du contrat, les parties ne pourront stipuler la convention d'arbitrage que si l'arbitre nommé est une *corporation nationale ou internationale*. » (Nous soulignons.)

⁹⁵ Sur cette décision voir n° 52.

⁹⁶ Ce décret a dérogé au décret 150 de 1976

⁹⁷ « Les clauses identifiées comme exorbitantes dans le droit positif colombien ont eu depuis toujours une origine dans les textes, et plus précisément dans les lois [...] il n'existe pas de pouvoir général de modification unilatérale en dehors des textes [...] Le juge administratif est donc très attaché aux termes légaux et s'est montré très strict par rapport aux pouvoirs non prévus par la loi. » [...] « Les pouvoirs exorbitants sont règles d'exception, affirme-t-il [le Conseil d'Etat], en tant que tels, ils doivent être interprétés de manière restrictive ». JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, Op. cit. p.297 et ss.

⁹⁸ Cour suprême de justice. Assemblée Plénière. Décision constitutionnelle. 31-01-1985.

41. **La Constitution de 1991** autorise expressément l'arbitrage : le dernier alinéa de l'article 116 de la Constitution de 1991 dispose que « *les particuliers peuvent être investis temporairement de la fonction d'administrer la justice en tant que jurés dans les causes criminelles, conciliateurs ou arbitres habilités par les parties pour rendre des jugements en droit ou en équité dans les termes fixés par la loi.* »

La constitution de 1991 introduit de profonds changements dans l'ordre juridique colombien. Elle définit l'Etat colombien comme un Etat « social » de droit⁹⁹ organisé sous la forme d'une République unitaire, décentralisée, avec autonomie des entités territoriales, démocratique, participative et pluraliste, fondée sur le respect de la dignité humaine, du travail, de la solidarité des personnes ainsi que sur la primauté de l'intérêt général.¹⁰⁰ La constitution introduit une charte des droits fondamentaux de première,¹⁰¹ deuxième,¹⁰² et troisième génération,¹⁰³ et des mécanismes juridictionnels destinés à en assurer le respect.¹⁰⁴ Si elle respecte le système de répartition du pouvoir classique en trois branches, elle institue des autorités indépendantes, telles que la Banque de la République et la Commission Nationale de Télévision. Enfin, elle crée des mécanismes de participation citoyenne pour contrôler l'activité de l'Etat: le droit de pétition,¹⁰⁵ le vote,¹⁰⁶ le plébiscite,¹⁰⁷ le referendum,¹⁰⁸ la consultation populaire, l'initiative législative,¹⁰⁹ et la révocation du mandat des membres des mairies et des membres des corporations populaires,¹¹⁰ ainsi que des actions publiques en défense de la

⁹⁹ C'est-à-dire celui qui est fondé sur un strict respect des droits fondamentaux.

¹⁰⁰ *Constitution. Article 1.*

¹⁰¹ Les droits de l'homme.

¹⁰² Les droits politiques.

¹⁰³ Les droits économiques et sociaux. La Cour constitutionnelle protège ces droits à travers l'action de *tutela* lorsqu'ils ont un rapport de connexité avec les droits de l'homme et les droits politiques. Sur la protection des droits fondamentaux voir n° 298 et s., 301, 947 et s.

¹⁰⁴ Action de *tutela*, action de groupe (*class actions*), action d'accomplissement de la loi et des actes administratifs.

¹⁰⁵ *Constitution. Article 23.*

¹⁰⁶ *Constitution. Article 40.*

¹⁰⁷ *Constitution. Article 241.*

¹⁰⁸ *Constitution. Articles 103, 151, 170, 341, 377, 378.*

¹⁰⁹ *Constitution. Article 155.*

¹¹⁰ *Constitution. Article 40 et 103.*

constitution : action d'accomplissement de la loi ou des actes administratifs (article 87), action d'inconstitutionnalité (article 40-6 et 241), action de *tutela* (protection directe des droits fondamentaux – article 86) et actions populaires (protections des droits collectifs – article 87).

42. Composée de 380 articles, la constitution de 1991 règle des sujets qui étaient entièrement de la compétence de la loi sous la constitution de 1886. L'arbitrage est un exemple saisissant du processus de « constitutionnalisation du droit » qui se fonde sur le texte constitutionnel et se matérialise dans la jurisprudence constitutionnelle.¹¹¹ Jusqu'en 1991, l'administration de la justice colombienne compte deux ordres de juridiction : la Cour suprême de justice, juge suprême de la juridiction judiciaire et juge de la constitutionnalité des lois (contrôle abstrait) et le Conseil d'Etat, juge administratif et juge de la constitutionnalité des actes administratifs (contrôle abstrait).

Le système de contrôle de constitutionnalité de la constitution de 1986 est maintenu sous la constitution de 1991, mais est renforcé par la création d'une Cour constitutionnelle. Celle-ci assure un contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* de la loi. Elle unifie également la jurisprudence constitutionnelle en matière d'action de *tutela*.¹¹² L'arbitrage doit s'adapter, non sans difficultés, au processus de constitutionnalisation du droit¹¹³ et notamment aux actions constitutionnelles (en particulier l'action de *tutela*).¹¹⁴

43. Il convient d'ajouter que « *dans les systèmes juridiques qui ont franchi le cap de la constitutionnalisation effective, sous le chapeau de la Constitution, le droit administratif et le*

¹¹¹ Sur la constitutionnalisation du droit et plus particulièrement de l'arbitrage voir n° 302, 471 et s. 480 et 1011.

¹¹² Voir à ce propos n° 300, 301, 945 et s.

¹¹³ Voir à ce propos : La constitucionalización del derecho privado. Tercer congreso internacional de la Asociación Andres Bello de juristas latinoamericanos. Sous la direction de : CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. Universidad Externado de Colombia - Universidad del Rosario (2007). P. 277-410. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *Constitución y controversia, in Controversias constitucionales*. Editorial Universidad del Rosario (2009), Sous la direction de FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, 11-23.

¹¹⁴ Voir n° 298 à 302 et 947 et s.

droit privé, en général, ne sont pas dans un rapport d'ordinaire à exorbitant : c'est dans la charte fondamentale qu'ils puisent l'un ou l'autre, directement et de manière égale, leurs racines ». ¹¹⁵ Ainsi, l'évolution du droit interne de l'arbitrage a permis une évolution subséquente de l'arbitrage international.

44. **L'évolution de l'arbitrage international.** Aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, ¹¹⁶ la pratique contractuelle des entités publiques latino-américaines, colombiennes y compris, était de stipuler la clause Calvo ¹¹⁷ dans les contrats passés avec les partenaires étrangers. Conformément à cette clause, le cocontractant de l'administration, national ou étranger, devait se soumettre à la loi et aux juridictions nationales, la protection diplomatique ne pouvant être invoquée par le cocontractant étranger que s'il était victime d'un déni de justice. Il est important d'étudier les origines de cette clause et l'évolution de son application dans le contexte latino-américain afin de comprendre son insertion dans le droit colombien et ses effets sur la pratique de l'administration.

La Doctrine Calvo et le droit international. Cette doctrine s'appuie sur trois principes : égalité entre Etats, égalité entre ressortissants nationaux et non nationaux et réciprocité. ¹¹⁸ Les pays latino-américains ont appliqué cette doctrine dans leurs conventions internationales, dans leurs législations nationales et dans leurs pratiques contractuelles.

La Doctrine Calvo est une des expressions du « mécontentement » latino-américain face à l'utilisation « abusive » par les puissances européennes de la

¹¹⁵ JEAN BERNARD AUBY. *A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif*, in *L'exorbitance du droit administratif en question*, Université de Poitiers, (2004), Sous la direction de FABRICE MELLERAY, 9-24. Spéc. p.24.

¹¹⁶ Ce n'est qu'à partir des années 90 que cette pratique change. Voir spécialement n° 59.

¹¹⁷ Cette clause porte le nom Calvo, en hommage au juriste argentin Carlos Calvo (né à Buenos-Aires en 1824 et décédé à Paris en mai 1906). Calvo développa sa doctrine dans les éditions successives de son ouvrage fondamental « *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens* », dont la première édition, en espagnol, date de 1868, et les quatre suivantes, en français, à Paris, chez A. Rousseau (éditeur), respectivement de 1870, 2 volumes, 1880-1881, 4 volumes, en 1887- 1888, 5 volumes, et de 1896, 6 volumes.

¹¹⁸ Voir n° 46.

protection diplomatique¹¹⁹ accordée à leurs citoyens et des pratiques militaires consécutives à cette protection diplomatique tout au long du XIX^e et au début du XX^e siècles.

Suite à l'indépendance des peuples latino-américains, nombre de citoyens européens sont restés vivre dans ces territoires et des rapports commerciaux se sont maintenus avec les anciennes métropoles. Cependant, l'instabilité politique et les guerres civiles fréquentes s'accompagnaient de difficultés diverses dans les rapports entre les étrangers et les gouvernements locaux. Ces étrangers demandaient à bénéficier de la protection diplomatique de leurs gouvernements respectifs pour faire valoir leurs droits à réparation en raison des dommages subis lors des guerres civiles et révolutions ou dans le cadre des contrats conclus avec l'administration locale. « *On peut hésiter ainsi à reconnaître aux résidents étrangers un droit à indemnité pour tout préjudice subi, même pour dommages qui, aux jours troublés en temps de révolution et de guerre civile, atteignent indistinctement tous les habitants du territoire, nationaux et étrangers.* »¹²⁰ Nous nous intéresserons à ce dernier type de conflits qui sont à l'origine de l'arbitrage commercial international en matière de contrats publics. Ces litiges sont dans un premier temps soumis aux commissions internationales de réclamation.¹²¹

45. La résolution de ces litiges par le recours à des commissions internationales n'a pas été le fruit immédiat de la volonté concertée des parties. Lorsqu'il n'y avait pas d'accord amiable entre les parties pour résoudre le litige, les étrangers concernés invoquaient la protection diplomatique. Si aucune solution diplomatique au conflit n'était possible, la pratique courante consistait alors dans

¹¹⁹ La protection diplomatique est définie comme « l'intervention d'un Etat au bénéfice d'un de ses nationaux (individu ou entreprise) auquel un autre Etat a causé un préjudice par des mesures contraires au droit international (lorsque cette personne n'a pu obtenir réparation par les voies de recours internes). L'Etat est seul juge de l'opportunité d'une telle intervention. L'«ABC de la diplomatie» sous forme de brochure,

<http://www.eda.admin.ch/content/eda/f/home/publi/diplo.html#0011> site consulté le 24-06-05.

¹²⁰ H.A. MOULIN, *La doctrine de Drago*, Revue Générale de droit international public, tome XIV, 1907, p.422.

¹²¹ A la fin du XIX siècle et au début du XX, pendant plus de soixante ans, quinze commissions mixtes de réclamation ont tranché trente-trois litiges. Ces commissions étaient normalement composées d'un

le « blocus militaire pacifique » de l'Etat mis en question puis à la soumission des litiges à des commissions internationales de réclamation. Plusieurs ports des Etats latino-américains libres ont aussi été bloqués par des puissances européennes durant le XIX et au début du XX siècles.¹²²

Le Brésil et le Mexique ont été bloqués en 1828. Le Brésil en raison du préjudice causé par la flotte brésilienne aux navires de commerce¹²³ et le Mexique à cause des dommages causés par une émeute populaire.¹²⁴ Il a été bloqué à nouveau en 1859 pour le non remboursement d'un emprunt fait au gouvernement mexicain auprès un banquier suisse naturalisé français.¹²⁵

arbitre nommé par chacune des parties en litige. Les décisions de ces commissions seront analysées par rapport à la doctrine et à la clause Calvo. Voir n°51.

¹²² Voir à ce propos, CHRISTIAN HERMANN. *La diplomatie de la France en Amérique Latine au lendemain des Indépendances*, in Mélanges de la Casa de Velázquez, Epoque contemporaine, (1992), 79-95.

¹²³ *De la part de l'armée française*. L'amiral Roussin bloque le port de Rio à la tête d'onze navires. La France exige du Brésil la réparation du préjudice causé par la flotte brésilienne aux navires de commerce, interceptés par la flotte brésilienne. L'Empereur Pierre Ier est contraint alors de signer la convention du 21 août 1828. *Ibidem*, p. 80

¹²⁴ *De la part de l'armée française*. Le capitaine Lecoupe s'est présenté à Veracruz avec trois navires afin de demander l'indemnisation de préjudices causés aux ressortissants français en raison d'une émeute populaire au Mexique. *Ibidem*.

¹²⁵ *De la part des armées française et anglaise*. En octobre 1859, le gouvernement mexicain emprunte auprès du banquier Jean Baptiste Jecker, suisse naturalisé français, 3,75 millions de francs. Le 22 décembre 1860 lorsque l'indien Juarez prend le pouvoir, il suspend le paiement de la dette publique et prélève une taxe sur les capitaux, qu'ils appartiennent aux mexicains ou aux étrangers ; le banquier, les milieux catholiques et les commerçants affectés demandent donc la protection du gouvernement français. Napoléon III s'allie avec les Britanniques par le traité de Londres en date du 31 octobre 1861. Ils rompent les relations diplomatiques avec le gouvernement Juarez et réclament le règlement des engagements financiers et l'indemnisation de leurs citoyens. La France et l'Angleterre demandent ensuite aux Etats-Unis de s'allier à eux. Le secrétaire d'Etat refuse et se déclare partisan d'une solution négociée. Comme les intentions impériales de Napoléon III dépassaient largement les motifs invoqués, les troupes alliées débarquent à Veracruz en décembre 1861 et un contingent espagnol rejoint les coalisés en février 1862. Le Général Forey atteint Mexico le 26 juin 1863 et devant une assemblée de notables proclame la Monarchie au bénéfice de l'archiduc Maximilien le 10 juillet. En 1866, les relations entre les Etats-Unis et la France deviennent très tendues suite à la demande des Etats-Unis de voir la France quitter le territoire mexicain. L'archiduc Maximilien est alors sommé d'abdiquer. En février 1867, les dernières troupes françaises réembarquent. Cette expédition a coûté à la France la mort de 6.000 hommes et la somme de 336 millions de francs. Voir à ce propos. CLAUDE-ALAIN SABY. 1815. Les naufrages de l'Empire en Amériques. (Edition Servimedia 2005).

La Colombie a été bloquée, d'abord, en 1833 et 1934 pour des raisons diplomatiques.¹²⁶ Ensuite, en 1856 le port de Carthagène est assiégé à cause du refus du général Santander de payer à un citoyen anglais des matériaux de guerre défectueux.¹²⁷ Enfin, en 1885 et 1898, en raison de la décision d'expropriation de biens d'un citoyen italien motivée pour ses interventions dans les guerres civiles.¹²⁸ L'Argentine a été assiégée en 1838 en raison de dénis de justice et de contributions extraordinaires imposées aux citoyens français¹²⁹ et en 1845, en

¹²⁶ *De la part de l'armée française* : Le capitaine Legrandais a bloqué Carthagène avec deux corvettes en 1833 et par la division du contre-amiral baron Mackau en 1834 afin d'exiger du gouvernement colombien des excuses et la restitution du Consul Barrot en raison des insultes infligées au consul Barrot par des magistrats colombiens. Voir à ce propos : ESPOSICION DEL SECRETARIO DE ESTADO AL CONGRESO CONSITUCIONAL DE 1834. Despacho del interior y relaciones exteriores del gobierno de la Nueva Granda, Bogotá, (1834).

¹²⁷ *De la part de l'armée anglaise* : Luis Lopez avait négocié avec James Mackintosh un prêt de 150.000 livres sterling pour l'achat d'armes, de munitions et d'uniformes pour la guerre d'indépendance. Le matériel fournit, s'étant avéré défectueux, le Général Santander l'a refusé. Cependant, il n'a pas pu être renvoyé aussitôt car Maracaibo était tombé aux mains des royalistes. Le matériel a alors été utilisé ainsi que les trois navires qui le transportaient. Le 1^{er} novembre 1856 des navires anglais ont bloqué la baie de Carthagène. Ils menaçaient de bombarder la ville si le matériel livré n'était pas payé dans les 40 jours. Cependant, une épidémie de fièvre jaune a causé plusieurs victimes parmi les membres de l'équipage qui ont été secourus généreusement par les habitants de la ville. Le commandant anglais est alors reparti sans réclamer son dû.

¹²⁸ *De la part de l'armée italienne* : L'aventurier Ernesto Cerruti s'est installé en Colombie en 1870 où il s'est marié quelques années plus tard. En raison de son intervention dans les guerres civiles colombiennes, il a été condamné à l'expropriation et détenu à Buenaventura. Le gouvernement italien a présenté une note de réclamation diplomatique en 1885. En l'absence de réponse, il a envoyé un navire sous les ordres du Capitaine Cobianchi qui a libéré Cerruti de la prison. L'Italie a exigé une indemnisation économique pour Cerruti. La Colombie a demandé la médiation de Grover Cleveland, président des Etats Unis, qui a décidé que la Colombie était tenue d'indemniser l'Italie. Le 22 juillet 1898 accostent en Colombie cinq navires de guerre afin d'exiger du président Marroquin le paiement de la condamnation de vingt mille livres sterling à M. Cerruti. Suite à cet incident, le gouvernement colombien a rompu ses relations diplomatiques avec l'Italie. Sur ces récits voir : ALVARO TIRADO MEJIA. Colombia en la repartición imperialista (1870-1914), Medellín, Hombre nuevo. (1940). JOSÉ MANUEL GROOT. Historia y cuadros de costumbres Bogotá, Editorial Minerva. (1934) ; CHRISTIAN HERMANN. *La diplomatie de la France en Amérique Latine au lendemain des Indépendances*, op.cit. FRANCESCO TAMBURINI. *La cuestión Cerruti y la crisis diplomática entre Colombia e Italia 1885-1911*, Revista de Indias 220, 709 - 733 (2000). EDUARDO LEMAITRE ROMAN. *La bolsa o la vida, cuatro agresiones imperialistas en Colombia*, (1974). Op. cit.

¹²⁹ *De la part de l'armée française*. Des ressortissants français se plaignent au gouvernement français d'être victimes de dénis de justice et de contributions extraordinaires imposées par la Confédération Argentine. Le vice-consul français intervient alors auprès du gouvernement argentin sans succès au nom des ressortissants français. Il quitte l'Argentine pour s'installer à Montevideo d'où il demande le soutien de la flotte française. Le 28 mars 1838 est déclaré le blocus de tous les ports argentins. Ce n'est

raison des problèmes diplomatiques entre l'Argentine et le Brésil.¹³⁰ Finalement, le Venezuela a été bloqué en 1902 pour les dommages causés aux citoyens européens en raison de la guerre civile.¹³¹

46. La riposte juridique latino-américaine s'est fondée sur la Doctrine Calvo. Carlos Calvo soutient dans les différentes éditions de son ouvrage « Le droit international théorique et pratique » que « *l'Amérique, aussi bien que l'Europe, est aujourd'hui peuplée par des nations indépendantes et libres, dont l'existence souveraine a droit*

que le 29 octobre 1840 que le blocus est levé suite à l'acceptation par l'Argentine d'une convention pour régler les différends [M. de Martens, Nouveau Recueil général de Traités, Conventions et autres transactions remarquables, servant à la connaissance des relations étrangères [...] Goettingue, 1843, I, p. 532 – 534 cité par Jean BOURGEOIS, *op.cit.* p.9]. Dans cette convention l'Argentine s'engage à accepter de verser les indemnités dues aux ressortissants français ainsi que l'absolue indépendance de la République de l'Uruguay. Voir également, CLARA MARIA AVENDAÑO MARIN. *Les agents français dans la Plata. L'impact du stéréotype de la barbarie rosiste pendant le blocus du port de Buenos Aires, 1838-1840*, Amerika, [En ligne], 4, (2011).

¹³⁰ *De la part des armées française et anglaise*. Après la défaite militaire du président uruguayen, le Général Rivera, les troupes argentines assiègent Montevideo. Par ailleurs, le Général Rivera encourage une insurrection républicaine dans la province du Rio Grande au Brésil. Le Brésil en appelle alors aux puissances qui ont reconnu l'indépendance de l'Uruguay. La France et l'Angleterre interviennent et déclarent le blocus des ports argentins en 1845. L'Angleterre renonce en 1849 en signant un traité de paix avec l'Argentine et la France à son tour en 1850. Pour Carlos Calvo « *les faits que nous venons de rappeler ont montré deux grandes puissances européennes s'ingérant dans les dissensions civiles d'un autre pays, s'alliant à un parti politique pour combattre ou renverser un gouvernement établi, déclarer et lever des blocus sous le prétexte de protéger ou de faire indemniser leurs nationaux, appeler à leur aide la violence et l'arbitraire, agir sans s'inspirer d'aucun principe élevé du droit international, et finalement n'aboutir qu'à des résultats humiliants tout à fait négatifs* » CARLOS CALVO. *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens* § Tome 1 Guillaumin et Cie Editeurs. Arthur Rousseau, Editeur. G.Pedone - Lauriel Editeur. Marchal et Billard, Ed., Paris, 4ème ed. (1887). p. 337.

¹³¹ En raison de la guerre civile (1898 – 1901), l'Allemagne (compagnie du Grand Chemin de Fer), la Grande Bretagne (confiscation et destruction de navires de commerce) ainsi que certains ressortissants allemands et italiens, demandent à être indemnisés pour les dommages subis. Le président vénézuélien estime avoir réglé ces questions par le décret de janvier 1901. Cependant, les Etats européens concernés ne sont pas satisfaits, et devant l'échec des négociations, adressent le 7 décembre 1902 au gouvernement Vénézuélien un ultimatum pour qu'il accepte leurs exigences sous les 24 heures. Le 9 décembre 1902, les premiers navires vénézuéliens sont saisis par les marines anglaise et allemande. Le 16 décembre les navires italiens arrivent dans les eaux territoriales du Venezuela. Le blocus du Venezuela est effectif à compter du 20 décembre 1902. Les Etats-Unis jouent les médiateurs et obtiennent un accord pour la création de commissions mixtes habilitées à discuter des litiges et à définir des solutions. Voir à ce propos WILHELM GEORG GREWE. MICHAEL BYERS. *The Epochs of International Law*, Berlin, De Gruyter. (2000). p. 229.

au même respect, que le droit public intérieur ne fasse pas l'objet d'ingérence d'aucune sorte de la part des peuples étrangers, quels qu'ils soient. On oublie trop que de nation à nation les droits réclamés doivent reposer sur la base de la juste réciprocité, et que si l'on veut que l'Europe soit fondée en principe à s'immiscer dans les affaires intérieures du Nouveau monde, les Etats américains ont exactement le même droit d'intervenir dans les affaires intérieures des Etats européens ; ce qui, toutes choses égales par ailleurs rendrait absolument impossible le maintien de relations pacifiques et amicales entre les habitants de l'un et l'autre continent. »¹³² « En droit international strict le recouvrement de créances et la poursuite de réclamations privées ne justifient pas de plano l'intervention armée des gouvernements, et que, comme les Etats européens suivent invariablement cette règle dans leurs relations réciproques, il n'y a nul motif pour qu'ils ne s'imposent pas aussi dans leurs rapports avec les nations du nouveau monde. »¹³³ « La forme sous laquelle a lieu l'intervention n'en altère pas le caractère. L'intervention se produisant par l'emploi des procédés diplomatiques, n'en est pas moins une intervention ; c'est une ingérence plus ou moins directe, plus ou moins dissimulée, qui très souvent n'est que le prélude de l'intervention armée. »¹³⁴

La mise en œuvre des principes de la Doctrine Calvo a conduit à une série d'actes juridiques, proposés par les Etats latino-américains, en vue de restreindre ou d'éliminer les abus de la protection diplomatique dont jouaient avec efficacité les ressortissants européens : conventions internationales et actes promulgués par les Etats eux-mêmes.

47. *Les conventions internationales.* La première préoccupation des Etats latino-américains fut d'empêcher le recours à la force armée pour le recouvrement des dettes d'origine contractuelle ou délictuelle dues aux nationaux des puissances européennes. Il fallait d'abord éviter le recours abusif à la protection diplomatique puis affirmer l'égalité des droits entre les nationaux et les étrangers ; enfin faire reconnaître à ces derniers leur soumission aux lois et aux tribunaux nationaux.

Les Etats latino-américains ont ainsi négocié des traités bilatéraux au cours de la période 1870-1911, puis au XXème siècle entre 1902 et 1975, des conventions

¹³² 3ème édition, 1881, Tome I, p. 306.

¹³³ 4ème édition, Tome I, p.351.

¹³⁴ 4ème édition, Tome I, p.351, p. 267.

multilatérales. Bourgeois recense 26 *traités bilatéraux* conclus entre 1874 et 1902 qui contiennent des clauses d'irresponsabilité des Etats pour les dommages survenus pour cause d'insurrection, d'émeute ou de guerre civile,¹³⁵ ainsi que 30 traités bilatéraux négociés entre 1870 et 1911 qui contiennent une clause de renonciation à la protection diplomatique.¹³⁶ La plupart des *conventions multilatérales* ont été signées entre Etats latino-américains et ce n'est qu'en raison du soutien des Etats-Unis que l'Amérique Latine a obtenu que d'autres Etats s'engagent par de telles conventions.

Les trois principes de la Doctrine Calvo sont réaffirmés dans ces conventions : l'égalité entre Etats, l'égalité des ressortissants nationaux et étrangers, la réciprocité.

Le 29 janvier 1902 a été signée au Mexique la *Convention internationale sur les droits des étrangers*.¹³⁷ Cette Convention reconnaît l'égalité de traitement à accorder aux nationaux et aux étrangers sur le territoire des Etats signataires. Plusieurs Etats du continent américain se sont engagés par ce traité. Les Etats-Unis n'ont pas voulu s'y associer, même si le blocus imposé aux ports vénézuéliens avait fortement secoué l'opinion publique.

Le Ministre argentin des Affaires Etrangères, Drago a adressé une *note diplomatique* au gouvernement américain¹³⁸ pour obtenir son soutien à la reconnaissance du

¹³⁵ JEAN BOURGEOIS. La Clause Calvo, Université de Paris, (1966). p. 27 y ss.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 30 et 31.

¹³⁷ Cette Convention a été signée lors de la seconde conférence panaméricaine réunie au Mexique en 1902. L'article 2 dispose que « les Etats n'ont et ne se reconnaissent vis-à-vis des étrangers d'autres obligations ou responsabilités que celles établies en faveur de leurs nationaux par leurs constitutions ou leurs lois. En conséquence, ils ne sont pas responsables des dommages soufferts par les étrangers à la suite d'actes de factieux ou de particuliers [...] y compris les fautes de guerre, soit civiles, soit nationales [...] sauf dans les cas où les autorités constituées ont manqué à leurs devoirs ». Cette Convention n'a pas été signée par les Etats-Unis ni par Haïti.

¹³⁸ M. Drago fonde les propositions contenues dans la note diplomatique sur une étude intitulée LUIS M DRAGO. *Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale*, Revue Générale de Droit International Public, Tome XIV, 251 - 287 (1907). Ces propositions constituent, ce qui plus tard, fut reconnu sous la dénomination "Doctrine Drago". Dans la note diplomatique du 19 décembre 1902, le Ministre Drago exprime que « la République d'Argentine voudrait qu'il soit reconnu que la dette publique ne peut provoquer l'intervention armée ni encore moins l'occupation matérielle du sol des nations américaines de la part d'une puissance d'Europe ». *Ibidem*, p. 270.

principe qu'une dette publique ne saurait en aucun cas justifier de la part du pays du créancier le recours à la force armée contre l'Etat débiteur.

Quelques années plus tard, en 1907, avec le soutien des Etats-Unis, la *Convention « Drago-Porter »* a été signée par 40 Etats à la Haye.¹³⁹ Cette Convention proscrit le recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles. Cependant, si les Etats refusent l'arbitrage ou n'exécutent pas la sentence arbitrale, le recours à la force est alors autorisé. *« On remarque que la Convention Porter fait preuve de souplesse quant au recours à la force ou à l'intervention armée. Ce fut l'une des raisons pour laquelle les pays latino-américains désapprouvèrent le texte de la Convention. Cette désapprobation se manifesta au moment de sa signature : la plupart des délégations latino-américaines appuyèrent la réserve faite par la délégation argentine qui disposait que l'on aurait recours à l'arbitrage dans le cas où, après avoir fait appel, au préalable, à toutes les juridictions nationales, celles-ci commettent un déni de justice [La Convention fut ratifiée avec des réserves par le Guatemala et le Salvador, et signée avec des réserves mais non ratifiée par, l'Argentine, la Bolivie, l'Equateur, la République Dominicaine, le Nicaragua, le Pérou et l'Uruguay. Seul le Mexique la ratifia sans aucune réserve] ».*¹⁴⁰

Le *Traité américain de solutions pacifiques*, signé à Bogotá le 30 avril 1948, pose « l'obligation générale de résoudre les litiges par des moyens pacifiques ». La convention s'inspire, à l'article VII, de la Doctrine Calvo : « lorsque les citoyens d'un Etat ont eu l'opportunité de saisir les juridictions étatiques compétentes pour résoudre un litige, les Etats parties au traité s'engagent à ne pas recourir à la protection diplomatique afin de protéger leurs citoyens, ni à saisir une juridiction internationale. »¹⁴¹

¹³⁹ Les Etats membres participant à cette Convention ont exprimé que « les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays car dues à ses nationaux. Toutefois, cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'Etat débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue » Sur 45 Etats, il y a eu 5 abstentions : La Belgique, la Roumanie, la Suède, la Suisse et le Venezuela.

¹⁴⁰ CLAUDIA FRUTOS-PERSON. *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: L'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan. (2003)., p. 25

¹⁴¹ Ce traité a été signé par 21 Etats Américains, les Etats-Unis et l'Argentine déposant des réserves quant à l'article VII.

Le rapporteur spécial García-Amador a présenté à la Commission du Droit International de l'Assemblée Générale des Nations Unies, en janvier 1956, une étude dans laquelle il établit deux causes d'exonération de la responsabilité internationale : la règle d'épuisement des recours internes, et la renonciation à la protection diplomatique (la clause Calvo).¹⁴²

Le Groupe Andin a confirmé l'usage de la clause Calvo dans ses propres règles. En effet, la *Décision n° 24 de 1970* prévoit (article 50), que les investisseurs étrangers ne jouiront pas d'un traitement plus favorable que celui des investisseurs nationaux et interdit, (article 51) que les conflits concernant les investissements ou les transferts de technologie soient soustraits à la compétence des juridictions nationales.¹⁴³

Même si de nombreux traités bilatéraux ont été signés, les Etats-Unis et les Etats européens restent néanmoins très méfiants quant à la capacité des Etats latino-américains à rendre une justice effective. « *Les Etats de l'Amérique latine font valoir le principe de leur indépendance et de leur complète juridiction territoriale pour réduire l'intervention diplomatique à ses plus étroites bornes, celle de prévenir un déni de justice. [...] Ils insistent pour la soumission des réclamations à leurs tribunaux nationaux et cherchent par tous les moyens à y arriver. En effet, la plupart des nations européennes, en déclinant la faculté de conclure des traités sur les principes soutenus par les Etats de l'Amérique Latine, se refusent à reconnaître que ces Etats aient atteint dans l'administration de la justice un degré suffisant*

¹⁴² *Assemblée Générale des Nations Unies. Janvier 1956. Avant-projet sur « la Responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ».*

Article 16 al. 2 : « De même, quand un étranger prétend avoir subi un dommage du fait de l'inexécution d'obligations stipulées dans un contrat passé avec l'Etat ou dans une concession accordée par l'Etat, la réclamation internationale est irrecevable si l'étranger a renoncé à demander la protection diplomatique de l'Etat dont il est ressortissant et dans la mesure où il y a renoncé ». Al.3 « La renonciation visée au paragraphe précédent ne prive pas l'Etat dont l'étranger est ressortissant de présenter une réclamation internationale dans le cas prévu au paragraphe 2 de l'article 20 du présent avant-projet [Nations Unies, Assemblée Générale, 10^{ème} session (1958), Doc. A/CN 4/III, annexe, p. 7]. Article 20 « ... s'il s'agit d'actes ou d'omissions dont les conséquences dépassent le dommage causé à son ressortissant, et ce nonobstant tout accord intervenu entre ledit ressortissant et l'Etat défendeur ».

¹⁴³ *Groupe Andin. Décision n° 24 de 1970. Article 51 : « Dans aucun instrument relatif aux investissements ou au transfert de technologie ne pourront figurer des clauses qui soustrairaient d'éventuels conflits à la juridiction nationale ou à la compétence du pays récepteur, ou qui permettraient la subrogation des Etats dans les droits et actions de leurs investisseurs nationaux ».*

qui leur permette de livrer leurs nationaux sans restriction aux décisions des tribunaux locaux. »¹⁴⁴

Pour renforcer leur crédibilité, les Etats latino-américains ont donc systématiquement inclus, dans leurs constitutions et dans le corps de leurs lois, le principe d'égalité de traitement aux nationaux et aux étrangers, et de plus, la stipulation de la clause Calvo, dans la passation de leurs contrats.

48. *Les actes internes à portée internationale.* En 1950, M. García-Mora¹⁴⁵ a identifié quatre variantes de la Clause Calvo dans les Constitutions latino-américaines qui, pour certaines d'entre elles, subsistent encore aujourd'hui.

La première variante se caractérise par l'exclusion, dans n'importe quelle circonstance, de la protection diplomatique¹⁴⁶ [cette variante se trouve encore présente dans les constitutions respectives de la Bolivie¹⁴⁷ (article 24), de l'Equateur¹⁴⁸ (article 14), du Mexique¹⁴⁹ (article 27) et du Venezuela¹⁵⁰ (article 151)]. La deuxième variante se retrouve dans les constitutions qui reconnaissent la protection diplomatique uniquement dans les cas où il existerait un déni de justice, sans pour autant définir le déni de justice.¹⁵¹ La troisième variante détermine qu'il n'y a pas déni de justice¹⁵² dans les cas où la sentence a été défavorable à l'étranger. [Les constitutions de Guatemala¹⁵³ (article 29), et du Salvador¹⁵⁴ (article 99) sont des exemples récents de cette variante]. La quatrième variante tend plutôt

¹⁴⁴ EDWIN BOCHARD. *La limitation de la protection diplomatique soit par contrat entre le national et un gouvernement étranger, soit par la législation municipale*, Revue de Droit International et de Législation Comparée, Deuxième série - Tome XIII, 233 - 248 (1911). p. 234.

¹⁴⁵ M, GARCIA MORA. *The Calvo clause in Latin American Constitution and International law*. M, Mark L. Rev., 33, 205-219 (1950). Cité par Frutos-Person, *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁶ Constitution de l'Equateur de 1946 article 177, Constitution du Mexique de 1917 article 27, Constitution du Pérou de 1933, article 17, Constitution du Venezuela article 40.

¹⁴⁷ Constitution de 1995.

¹⁴⁸ Constitution de 1998.

¹⁴⁹ Constitution de 1917 modifiée en 2001.

¹⁵⁰ Constitution de 1999.

¹⁵¹ Constitution de Bolivie de 1945 article 18 ; Constitution du Guatemala de 1956 article 39 ; Constitution du Honduras de 1957 article 37 ; Constitution du Salvador de 1950 article 19.

¹⁵² Constitution du Nicaragua de 1950 article 28.

¹⁵³ Constitution de 1993.

¹⁵⁴ Constitution de 1983.

à intégrer la Doctrine Calvo. Elle est reprise dans les constitutions qui placent les étrangers et leurs propres ressortissants sur un pied d'égalité en droits et obligations¹⁵⁵ [Constitution de Cuba¹⁵⁶ (article 34)]. Selon García-Mora, l'objectif indirect de ces articles constitutionnels est de contraindre les étrangers à se soumettre aux tribunaux nationaux avant d'invoquer la protection diplomatique de leurs gouvernements.¹⁵⁷

La politique latino-américaine apparaissait, ainsi, clairement à la société internationale. Une étude réalisée par l'Organisation des Etats Américains sur la réglementation de l'investissement privé étranger en Amérique latine confirme l'application de la Doctrine Calvo. Elle fait valoir que « *dans tous les pays latino-américains s'applique le principe en vigueur en vertu duquel les différends soulevés relatifs à des investissements privés étrangers doivent être résolus par l'application des lois du pays hôte et dans le cadre de son système judiciaire national* [O.E.A. Etude Comparative des législations latino-américaines sur la réglementation et le contrôle de l'investissement privé étranger, O.E.A., Ser.G/CP/INF.680/75 rev.1, du 3 novembre 1975] ». ¹⁵⁸

Le désir des jeunes Etats Latino-américains était d'affirmer leur propre souveraineté ainsi que leur capacité à résoudre les conflits nés sur leur territoire selon leur propre système juridique. En fait, ces Etats voulaient éviter les ingérences d'autres Etats dans leurs affaires internes et cela a eu des conséquences directes sur le rejet des méthodes internationales de résolution des litiges y compris l'arbitrage international.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Constitution du Salvador de 1950 article 17 ; Constitution de Bolivie de 1945 article 3 ; Constitution de Cuba 1940 article 19 ; Constitution du Guatemala de 1956 article 14 ; Constitution d'Haïti de 1957 article 13 ; Constitution du Honduras de 1957 article 25 ; Constitution du Nicaragua de 1950, article 25 et 26 ; Constitution du Pérou de 1933 article 17.

¹⁵⁶ Constitution de 1976.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵⁸ Cité par CLAUDIA FRUTOS-PERSON. *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: L'efficacité de son droit. Op. cit.* p. 33.

¹⁵⁹ « *La formation d'un droit international de l'arbitrage en Amérique latine est le produit d'un large processus débutant par l'élaboration d'un droit interaméricain au sein de l'Union panaméricaine devenue l'Organisation des Etats Américains. Cette première étape ne parviendra toutefois jamais à son terme du fait de la forte conception de la souveraineté défendue par les pays latino-américains.* » CLAUDIA FRUTOS-PERSON. *Ibidem*. p. 41.

49. **La stipulation de la clause Calvo dans les contrats publics.** La stipulation contractuelle du renoncement à la protection diplomatique a garanti l'entière soumission des étrangers à la loi et à la juridiction des Etats latino-américains. Le cocontractant de ces pays renonçait donc, au travers de la clause Calvo, à demander la protection diplomatique de son pays. Cette renonciation se trouve stipulée dans les contrats passés entre les Etats latino-américains et des cocontractants ressortissants de puissances étrangères à partir de la seconde moitié du XIX^{ème}. siècle et durant le XX^{ème}. siècle.

La validité de la clause Calvo et la protection diplomatique. La question de la validité de la clause Calvo a été discutée lors de commissions de réclamation qui se sont tenues entre 1870 et 1930.¹⁶⁰ Les termes du débat tiennent à la conception même de la protection diplomatique. Cette protection est un acte potestatif de l'Etat qui intervient au bénéfice d'un de ses nationaux auquel un autre Etat a causé un préjudice. Le ressortissant d'un Etat ne pourrait donc renoncer à un acte potestatif de son Etat. Les cocontractants étrangers s'engageaient à ne pas demander le soutien de leurs Etats et à se soumettre à la loi et à la juridiction de l'Etat contractant. La demande de protection diplomatique de leur Etat, selon les termes du contrat, n'était possible que lorsqu'ils étaient victimes d'un déni de justice (violation du droit international). En conséquence, si une décision juridictionnelle avait tranché le litige dans le pays latino-américain, aucune réclamation internationale ne pouvait être soulevée.

50. *L'acceptation de la clause Calvo par les commissions internationales de réclamation.* Quinze commissions mixtes de réclamation¹⁶¹ ont été constituées entre 1870 et

¹⁶⁰ Ces commissions avaient une mission d'arbitrage. En effet, elles devaient trancher un ou plusieurs litiges qui découlaient normalement des rapports contractuels établis entre quelques nationaux d'une puissance européenne ou américaine et un Etat de l'Amérique Latine. Chaque partie nommait un arbitre et en cas de désaccord entre ceux-ci, les parties devaient nommer un tiers.

¹⁶¹ Etats-Unis – Pérou (litige sur la concession de construction et d'exploitation d'un tramway à vapeur). Etats-Unis – Mexique (demande de dommages intérêts de part de la compagnie Tehuantepec Ship-Canal contre le gouvernement mexicain en raison de l'inexécution du contrat par le Mexique). Etats-Unis – Venezuela (contrat pour la création d'une ligne de bateaux à vapeurs entre New York et la Guaira). Etats-Unis – Chili (contrat pour la construction des lignes de Chemin de Fer, réclamation

1930 pour résoudre 33 litiges impliquant des contrats qui contenaient une Clause Calvo.

Jean Bourgeois, dans son étude sur la clause Calvo, présente deux étapes essentielles dans l'analyse de cette clause par les commissions de réclamation : « jusqu'en 1926, la clause Calvo ne joue qu'un rôle bien souvent accessoire ou jugé inutile en l'espèce, pour le règlement des litiges soumis aux commissions » [...] « Sur un total de dix-neuf affaires, on affirme la validité de la clause dans huit cas ; on a en conséquence rejeté ainsi la réclamation internationale. Dans onze cas au contraire, on lui refuse toute efficacité pour écarter la juridiction des commissions. »¹⁶²

A partir de 1926, les commissions de réclamation octroient à la clause Calvo une validité restreinte. En effet, la commission de réclamation de la North American Dredging Company établit que « le réclamant est empêché de présenter à son gouvernement une réclamation relative à l'interprétation ou l'exécution de son contrat » en revanche, la commission soutient que « s'il y avait une réclamation pour déni de justice, délai de justice ou grosse injustice, ou toute autre violation du droit international commise par le Mexique, il aurait pu présenter une telle réclamation à son gouvernement [...] D'après les règles du droit international le réclamant (aussi bien que le gouvernement mexicain) était sans pouvoir de convenir, et en fait ne convint pas, qu'il ne demanderait pas au gouvernement des Etats-Unis, dont il était ressortissant, d'intervenir en sa faveur dans l'éventualité d'actes illégaux, sur le plan international, commis à son encontre par les autorités mexicaines »,¹⁶³ Jean Bourgeois explique que « la sentence de la North American Dredging c^o explicite les tendances jurisprudentielles qui s'étaient dégagées entre 1870 et 1926, notamment dans les affaires

présentée par la North and South American Construction Company). Grand Bretagne – Chili (demande de dommages-intérêts pour des réquisitions et des dommages subis pendant la guerre civile de 1891). Tribunal arbitral : Etats-Unis et Grande Bretagne – Portugal (construction d'un chemin de fer par la Delagoa Bay and East African Railway company). France – Venezuela (la compagnie française des chemins de fer vénézuéliens présente une réclamation en dommages subis pendant la guerre civile). Italie – Venezuela (contrat d'exploitation des mines de charbon). Grand Bretagne – Venezuela. Etats – Unis – Venezuela (Guaira electric company, compagnie de navigation de l'Orénoque). Bolivie – Brésil. Grand Bretagne – Costa Rica. Etats-Unis – Mexique. Grand Bretagne – Mexique. Italie – Mexique.

¹⁶² JEAN BOURGEOIS. *La Clause Calvo. Op. cit.* p. 48

¹⁶³ Cité par JEAN BOURGEOIS. *Ibidem.* p. 110.

*Woodruff et Nitrate Railways C^o. De plus, elle innove en ce sens qu'elle est la première affaire où un Tribunal se déclare incompétent au seul vu de la clause Calvo. »*¹⁶⁴

La thèse de la validité restreinte est confirmée par les commissions suivantes : Commission Grande Bretagne – Mexique : affaire « The Mexican Union Railway » de 1930, et Commission Etats-Unis – Mexique : affaires « International Fisheries Company », « Douglas G. Collie MacNeil » et « Oro Mining and Railway Company », « Veracruz Railways » de 1931.

51. **L'incidence de la Doctrine Calvo et le recours à la clause Calvo dans le droit des contrats publics colombiens.**

L'insertion de la clause Calvo ressortit à l'évidence de l'article 63 du Décret 150 de 1976.¹⁶⁵ Il dispose que les contrats passés entre l'administration et des personnes étrangères sont soumis à la loi colombienne et à la juridiction des tribunaux colombiens. Il dispose qu'il faut stipuler la renonciation à la protection diplomatique par rapport aux obligations et droits du contrat, sauf en cas de déni de justice. Enfin, il détermine qu'il n'y a pas déni de justice lorsque le cocontractant de l'administration a pu saisir les juridictions nationales à travers des actions en justice ou d'autres voies de recours garanties par la loi. L'article 91 du même décret garantit un traitement égalitaire aux soumissionnaires nationaux et étrangers selon le principe de réciprocité.

Ces dispositions sont maintenues dans le Décret 222 de 1983¹⁶⁶ qui modifie le Décret 150 de 1976. Le premier établit cependant que s'il y a égalité de conditions entre le soumissionnaire national et un étranger, le soumissionnaire national bénéficiera d'une option préférentielle.

¹⁶⁴ JEAN BOURGEOIS. *Ibidem.* p. 109.

¹⁶⁵ Néanmoins, même avant que la loi n'interdise le recours à l'arbitrage international dans les contrats administratifs, la stipulation de la soumission du contrat aux lois et aux juridictions colombiennes était une pratique courante, particulièrement dans les contrats de concession de ressources naturelles, tels que pétrole, charbon, etc.

¹⁶⁶ *Décret 222 de 1983. Article 74.* « Les contrats passés avec des personnes étrangères sont soumis à la loi et à la juridiction colombienne. Le cocontractant étranger devra donc renoncer à la protection diplomatique sauf en cas de déni de justice. » Ce dernier se définit dans les mêmes termes que dans l'article 63 du décret 150 de 1976. En ce qui concerne l'arbitrage, l'article 76 permet la stipulation de la clause compromissoire mais réaffirme le contenu de la clause Calvo lorsqu'il détermine que les arbitres désignés en cas de litige doivent être de nationalité colombienne.

L'article 115¹⁶⁷ du Décret 150 de 1976 laissait entrouverte la possibilité de recourir à l'arbitrage international. Cet article envisageait la possibilité de soumettre les litiges découlant des contrats d'emprunt aux arbitres nommés par une entreprise nationale ou internationale. De même, il autorisait le recours aux stipulations contractuelles pour les accords passés avec d'autres entités gouvernementales de crédit ressortissant d'autres Etats ou avec des institutions financières internationales publiques.

52. La Cour suprême de justice a eu l'occasion de se prononcer en 1976 sur la constitutionnalité de l'arbitrage international en matière de contrats publics :

« Les règles [constitutionnelles] prévoient que les juges colombiens, soit permanents, soit transitoires, sont les seuls juges compétents pour résoudre les litiges entre personnes privées et entre celles-ci et l'Etat. Toutefois, la rigidité de ce principe pourrait créer des obstacles à la bonne marche des rapports internationaux. [...] C'est pourquoi, un assouplissement du principe traditionnel de souveraineté est nécessaire. Cependant, les dérogations à la juridiction nationale ne pourront être admises qu'après la passation de conventions internationales, bilatérales ou multilatérales. Ainsi, tant la dérogation que le type de moyen choisi pour résoudre le litige ne pourront provenir d'un acte unilatéral tel que la loi. Le cas qui nous occupe ici concerne un contrat administratif pour un emprunt conclu conformément à l'article 76-11 de la Constitution. Ainsi, le Congrès concède-t-il au gouvernement l'autorisation de conclure des contrats et de négocier des emprunts. Ces contrats doivent être rédigés de manière rigoureusement conforme aux lois nationales, même si une des parties participant au contrat est une entité étrangère, publique ou privée. En

¹⁶⁷ Décret 150 de 1976. Article 115. « De la juridiction applicable et la convention d'arbitrage : Les contrats d'emprunt seront soumis à la loi colombienne et à la juridiction des juges et tribunaux nationaux. Cependant, en vue de résoudre les litiges découlant de l'exécution du contrat, les parties ne pourront stipuler la convention d'arbitrage que si l'arbitre nommé est une entreprise nationale ou internationale. L'homologation de la sentence arbitrale correspond au Tribunal ou à l'entité déterminée par le contrat. *Paragraphe* : Les accords passés avec d'autres entités gouvernementales de crédit d'autres Etats ou avec des institutions internationales financières publiques seront soumis aux stipulations contractuelles. »

conséquence, le mot international au deuxième alinéa de l'article 115 doit être déclaré inconstitutionnel. Par contre, l'autre partie de l'article est jugée constitutionnelle, dans la mesure où elle autorise les parties engagées dans le contrat à déroger à la juridiction civile afin de soumettre à un tribunal arbitral occasionnel les différends qui les opposent. Ce tribunal ne pourra être que national dans sa formation et son fonctionnement. Le troisième alinéa et le paragraphe de l'article 115 ne sont constitutionnels que dans la mesure où ils sont soumis à la loi nationale. Les autorités compétentes pour l'exequatur de la sentence arbitrale sont évidemment les autorités juridictionnelles colombiennes ». ¹⁶⁸

La Cour suprême de justice reconnaît par cette décision que l'arbitrage international est en principe valide, mais seulement s'il découle d'une convention internationale, bilatérale ou multilatérale. Autrement dit, même si le Décret 150 de 1976 a force de loi, cet acte de l'Etat n'était pas suffisant pour que l'Etat colombien permette que les litiges impliquant l'administration soient soumis aux lois ou aux juridictions étrangères. La Cour suprême reconnaît la nécessité d'un assouplissement du principe de souveraineté qui ne pouvait être obtenu que par voie de conventions internationales.

53. En conséquence, si les entités publiques avaient recours à l'arbitrage, elles devaient soumettre leurs litiges à des arbitres colombiens se prononçant selon le droit colombien. En résumé, il faut relever que l'arbitrage en matière de contrats publics n'a pas été, à cette époque, rejeté même s'il est évident que la Doctrine et la clause Calvo ont eu un effet direct sur le droit applicable aux contrats publics colombiens. La politique législative d'assujettissement des étrangers aux normes juridiques nationales est le résultat d'une saine réaction à l'encontre des abus commis par les puissances étrangères et leurs ressortissants locaux aux XIX et XXème siècles. Cependant, il convient également de remarquer que, parallèlement,

¹⁶⁸ Cour suprême de justice, Assemblée plénière, 26 août 1976, M.P. Guillermo González Charry. Action d'inconstitutionnalité des paragraphes 2 et 3 de l'article 115 du décret 150 de 1976. La requête en inconstitutionnalité a été présentée par le citoyen César Castro Perdomo.

la position des Etats étrangers et les pratiques de leurs investisseurs ont connu des évolutions certaines.

54. **La réponse européenne à la Doctrine Calvo et l'évolution du droit international des investissements.** Les investisseurs étrangers pouvaient être également victimes d'abus liés aux stipulations contractuelles et aux dispositions constitutionnelles et législatives latino-américaines. Les crises politiques (coups d'Etat) et les changements législatifs subséquents ont conduit à différents processus de nationalisation et d'expropriation à leur encontre. En conséquence, le non-respect de l'obligation de faire respecter les droits légitimement acquis par les étrangers est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat.

« Le droit international des investissements a été fondé sur la vision propre au tiers monde dans les années 1970, propagée par les avocats et économistes internationaux des pays en voie de développement préoccupés par l'exploitation des pays pauvres et par le caractère inégal de l'ordre économique mondial. L'élément clé est ici l'affirmation de la souveraineté nationale s'opposant aux entreprises multinationales [...] A l'opposé de cette vision « tiers-mondiste » on trouve celle développée par les fonctionnaires des organisations internationales économiques et les avocats internationaux « de l'ouest », liées aux ministères des affaires extérieures et de l'économie. Tout comme leurs opposants « tiers-mondistes », ils conçoivent le droit international des investissements principalement comme étant un combat contre les efforts exagérés des pays du Tiers monde pour acquérir le contrôle total des investissements étrangers, tout en ne se préoccupant pas des principes traditionnels du droit international sur la protection des biens étrangers. Leur but est la consécration et même l'expansion des principes traditionnels défendant l'inviolabilité de la propriété et la protection des contrats contre l'interférence illégitime des gouvernements. »¹⁶⁹ En conséquence, la théorie des droits acquis consacre le respect des droits légitimement acquis par les étrangers.¹⁷⁰

¹⁶⁹ THOMAS WALDE. Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte la mondialisation de l'économie, Paris, Pedone. (2004)., p. 8 et 9.

¹⁷⁰ Sur la théorie des droits acquis, voir PIERRE ARMIJON. *La notion des droits acquis en droit international privé*. Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye. 44 (1933-II), p. 1-110.

55. Jean Combacau et Serge Sur nuancent les questions ici posées dans les termes suivants : « *L'Etat (ou ses démembrements) peut –il, soit par des règles générales (loi), soit par un acte individuel pris en vertu de son droit public (mesure de police, modification ou résiliation d'un contrat), porter atteinte à une situation légale constituée sur la base de son droit par un étranger ? La question ne peut être résolue à partir de postulats idéologiques, tels que l'intangibilité des « droits acquis » des étrangers, aboutissant à une sorte d'immunité qui n'existe même pas lorsqu'il s'agit de leur personne, et elle doit faire l'objet d'une analyse théorique. Il faut examiner d'abord la base légale de la situation de l'étranger pour déterminer si elle est spécialement garantie par le droit international ; si la réponse est négative, il est aisé d'établir que l'Etat a sur elle des pouvoirs tirés de son droit interne.* »¹⁷¹

56. La réaction des pays investisseurs (victimes des abus) s'est consolidé par la création d'une catégorie différente de contrats dénommés « contrats d'Etat », ainsi que d'un corps de règles internationales applicables à ces contrats. *Les contrats d'Etat se caractérisent par la volonté d'établir, autant que faire se peut, une égalité juridique entre un Etat et son partenaire privé étranger. Ceci n'est possible que si le contrat échappe à l'ordre juridique de l'Etat contactant et à ses tribunaux.* L'objectif de la création d'une catégorie juridique différente était celui de faire échapper le cocontractant de l'administration à l'application de normes de droit interne.¹⁷²

57. Ainsi, « *un certain nombre d'acteurs –publics et privés- des relations économiques internationales se sont forgés au point de provoquer des adaptations juridiques corrélatives, la conviction que les contrats publics internationaux ne pouvaient pas être abandonnés purement et simplement au droit interne des personnes publiques qui les concluent.* »¹⁷³ C'est pourquoi, plusieurs conventions internationales ont été adoptées afin de protéger les investissements internationaux : conventions sur la promotion et la protection des

¹⁷¹ JEAN COMBACAU. SERGE SUR. *Droit international public*, Paris Montchrestien, 8ème édition ed. (2008). p. 384.

¹⁷² CHARLES LEBEN. *L'évolution de la notion du contrat d'Etat*, *Revue de l'arbitrage*, 3, 629 - 646 (2003). p. 629.

¹⁷³ JEAN BERNARD AUBY. *Globalisation et droit public*, in *Mélanges Jean Waline : Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, (2002), 135-157. Spéc. p. 38.

investissements ou conventions qui visent particulièrement les mécanismes de règlement des litiges.

Il en est ainsi des chapitres d'investissement dans les traités d'intégration économique, ainsi que des traités multilatéraux et bilatéraux d'investissement, de la Convention de New York de 1958 « sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères », de la Convention de Washington de 1965 « pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et Investisseurs étrangers » et d'autres traités.

58. Dans le contexte colombien, il convient de remarquer que même si la position de la Cour suprême¹⁷⁴ colombienne du 26 août 1976 est nuancée, puisqu'elle reconnaît le besoin d'un assouplissement du principe de souveraineté, sa décision s'inscrit tout autant dans le contexte politique colombien que dans le contexte latino-américain de l'époque. Cette position va évoluer substantiellement avec l'autorisation de l'arbitrage par la Constitution de 1991 qui s'inscrit dans un contexte d'évolution de la politique économique au cours des années 90.

59. **L'évolution de la politique économique colombienne.** La Colombie fut emportée par les affres de la crise économique qui frappa toute l'Amérique latine dans les années 80.¹⁷⁵ « Le modèle économique de promotion des exportations et substitutions des importations » ne répondait plus aux conditions économiques des années 80. C'est pourquoi, après un effort de stabilisation, le gouvernement Barco (1986 -1990) a entrepris une réforme des règles régissant les échanges commerciaux afin d'insérer la Colombie dans un marché international de plus en plus libéralisé. En conséquence, il a réduit progressivement les contraintes imposées aux importations en souhaitant ainsi contribuer au développement du

¹⁷⁴ Cour suprême de justice, séance plénière, 26 août 1976, *Op. cit.*

¹⁷⁵ La crise économique en l'Amérique Latine (1980 – 1986) apparaît avec la cessation du service de la dette extérieure. La conséquence principale de la crise a été la suspension de l'octroi de nouveaux crédits par la banque internationale. En conséquence, « le modèle économique de substitution des importations et promotion des exportations » (CEPAL) a du être modifié en raison des pressions de la Banque Mondiale et du Fond Monétaire International.

pays par un meilleur niveau de compétitivité et d'attractivité pour les investissements.¹⁷⁶

60. Le gouvernement Gaviria (1990-1994) a poursuivi la politique du gouvernement Barco bien que d'une manière plus agressive, avec comme objectif principal de moderniser l'économie colombienne et de l'ouvrir pleinement au marché international. Dans le cadre des politiques de développement conduites par le gouvernement Gaviria,¹⁷⁷ l'accueil et la promotion des investissements étrangers ont constitué la voie essentielle pour mener à bien l'internationalisation de l'économie. Ainsi, a été promulguée une réglementation nouvelle encadrant et encourageant les investissements étrangers¹⁷⁸ et établissant un système rapide et efficace de résolution des litiges.

61. **L'incidence de l'évolution de la politique économique dans le système de résolution de litiges.** Le législateur colombien a tenté, depuis la fin des années 80, de changer la nature des rapports entre les parties contractantes et de les encourager, hors des juridictions étatiques, à rechercher la mise en œuvre de solutions plus rapides pour résoudre leurs litiges.

62. Le premier régime de l'arbitrage, indépendant du Code de procédure civile, a été édicté par le *décret 2279 de 1989*¹⁷⁹ suivi de la *loi 23 de 1991* relative aux mécanismes de désengorgement des juridictions étatiques,¹⁸⁰ et du *décret transitoire 2251 de 1991*. La *loi 315 de 1996* règle, quant à elle, l'arbitrage international en Colombie. La *loi 446 de 1998*, sur le désengorgement, l'accès et l'efficacité dans la

¹⁷⁶ Voir à ce propos : LUIS JORGE GARAY. *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industrialatina/indice.htm>. Consulté le 22-11-2011 EDUARDO LORA Y JOSÉ ANTONIO OCAMPO. *Política Macroeconómica y Distribución del Ingreso en Colombia: 1980-1990*, Coyuntura Económica, Vol. XVI, No.3, (1986).

¹⁷⁷ Voir : ESTEBAN RESTREPO URIBE, *Mecanismos Unilaterales de protección (MIGA, ICSID) y OPIC*, in: *La inversión extranjera en Colombia – Régimen jurídico y análisis económico*, Ed. Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 3 - 29.

¹⁷⁸ Les rapports industriels, la réglementation d'échanges, les impôts, etc.

¹⁷⁹ Ce décret détermine que les règles du titre XXXIII du livre III du Code de procédure civile étaient dérogées.

justice, modifie et supprime certains articles du *décret 2279 de 1989* et de la *loi 23 de 1991* et autorise le Président de la République à établir un Statut des mécanismes alternatifs de résolution des conflits.

63. **Le décret 1818 de 1998** *compile les règles en vigueur sur l'arbitrage en Colombie. Ce décret constitue actuellement le droit commun de l'arbitrage en Colombie et nous y ferons de très nombreuses références.*

64. **L'arbitrage interne et international dans le statut des contrats publics en vigueur.** *La loi 80 de 1993 autorise expressément l'arbitrage interne et international et précise que le régime juridique applicable est celui du droit commun de l'arbitrage (décret 1818 de 1998).*

65. Si l'arbitrage des contrats publics a toujours été accepté en droit interne, il n'en a pas toujours été ainsi pour l'arbitrage international. Nous avons vu que l'évolution de l'arbitrage colombien s'inscrit étroitement dans le contexte politique et économique national et latino-américain.¹⁸¹ L'arbitrage en matière administrative constitue un exemple pertinent de ces influences. La reconnaissance de l'arbitrage par la Constitution de 1991 signifie l'acceptation de l'arbitrage interne mais aussi de l'arbitrage international en matière administrative.

66. La loi 80 de 1993 a ouvert la voie à l'arbitrage international. Son régime juridique est relativement récent et répond aux besoins du commerce international et aux conventions internationales ratifiées par la Colombie. *Cependant, nous ne prétendons pas faire au travers de ce travail une analyse du droit international de l'arbitrage. Nous souhaitons analyser la réception et le traitement de l'arbitrage international par le droit interne. Nous analyserons, d'une part, la réception que fait le droit interne du droit international de l'arbitrage à travers l'attitude de l'Etat et des entités publiques en la matière*

¹⁸⁰ Cette loi déroge expressément les articles 48, 49, 50, 53 et 54 du décret 2279 de 1989.

¹⁸¹ Voir à ce propos n° 44 et s.

et, d'autre part, l'interprétation et l'application de ce droit par les juridictions qui doivent se prononcer sur l'annulation de la sentence arbitrale internationale ou de son exequatur.

67. Il faut rappeler que le recours à l'arbitrage n'est pas vraiment récent en droit colombien. La publicité des sentences arbitrales¹⁸² ainsi qu'une abondante jurisprudence constitutionnelle et administrative en la matière fournissent les éléments nécessaires à l'analyse des questions pratiques de l'arbitrage des contrats publics et de la pertinence des solutions adoptées.

68. S'il n'y a plus, aujourd'hui, d'obstacle à la stipulation de l'arbitrage interne ou international en Colombie, la mise en œuvre de l'arbitrage tel qu'autorisé par la loi relative aux contrats publics de 1993 n'est pas toujours évidente.¹⁸³ Les cocontractants de l'administration, nationaux ou étrangers, cherchent l'application de règles stables dans leurs rapports avec l'Etat, et la garantie d'un jugement rapide, spécialisé et efficace. Ils privilégient l'arbitrage pour résoudre les conflits découlant des contrats publics. Cependant, la loi qui règle l'arbitrage de ces contrats n'a établi, ni les limites à l'arbitrabilité, ni les aménagements nécessaires pour adapter le régime juridique de l'arbitrage aux spécificités des contrats publics.

69. L'utilisation des prérogatives de puissance publique dans les contrats publics est une problématique de fond qui concerne aussi bien l'articulation ou la juxtaposition des intérêts publics et des intérêts privés, que la délimitation, l'efficacité et l'effectivité de l'arbitrage interne et international en Colombie. Autrement dit, même si l'arbitrage est autorisé, des tensions découlent du rapport entre les notions clés de l'arbitrage et celles du droit administratif.

¹⁸² Sur la publicité de la sentence arbitrale voir n° 817 et 961.

¹⁸³ De nombreux débats politiques, économiques et juridiques ont accompagné le développement de l'arbitrage. Même si nous mentionnerons quelques aspects relevant du contexte politique et économique des problèmes juridiques, notre travail se limitera à l'analyse juridique des problèmes surgis quant à la mise en œuvre de l'arbitrage en matière de contrats publics à partir de la constitution de 1991.

70. La formation de l'autonomie de la volonté de l'administration est un phénomène complexe en raison de la structure même de l'administration et de la participation de différents fonctionnaires au processus d'expression de la volonté de l'administration. En outre, la libre disponibilité des droits, critère d'arbitrabilité, est en tension constante avec la notion de prérogatives exorbitantes de l'administration dans les contrats publics. Ces tensions mettent en cause l'étendue des pouvoirs des arbitres pour trancher ces litiges.

71. L'arbitrage en tant qu'instrument d'administration de la justice souffre de son originalité. Les effets procéduraux de l'arbitrage comportent la transposition des termes juridiques qui composent l'univers de l'administration de la justice. Or, l'arbitrage étant le fruit de la volonté des parties, de multiples spécificités existent par rapport à l'administration de la justice assurée par l'Etat. Un soin particulier dans la transposition de ces termes est donc impératif afin de ne pas affaiblir la raison d'être et la portée de l'arbitrage. « *Ce qui est bon pour la justice étatique n'est pas forcément bon pour l'arbitrage* ». ¹⁸⁴ La polysémie des termes tels que juridiction, procédure, et ordre public doit alors être adaptée et précisée en matière d'arbitrage des contrats publics, surtout lorsque les prérogatives de puissance publique sont en jeu.

72. *Etant donné que l'arbitrage concernant les personnes morales de droit public est, en principe, interdit en France, une comparaison de l'arbitrage des contrats publics en France et en Colombie est inadéquate. Nonobstant, la France et la Colombie partagent les principes qui fondent le droit administratif, le droit privé et le droit de l'arbitrage. Ces principes seront l'axe d'analyse des problématiques découlant de l'arbitrage des contrats publics en Colombie.*

73. Si le statut des contrats publics ne fixe pas de limites à l'arbitrabilité des litiges, il convient de se demander si cette arbitrabilité doit-être sans limites

¹⁸⁴ ALEXIS MOURRE. *Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje*, in *La Constitucionalización del derecho privado*, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET et SÉBASTIAN RIOS LABBE 281-300. p. 284.

(première partie), ce qui nous permettra, ensuite, de déterminer si le régime du droit commun de l'arbitrage est adapté à l'arbitrage des contrats publics (deuxième partie).

Première partie. L'arbitrabilité des contrats publics doit-elle être sans limites ?

74. La détermination de l'arbitrabilité des litiges en matière administrative a posé d'importantes difficultés pratiques. La plupart de ces difficultés découlent, d'une part, du lien existant entre le droit administratif, les prérogatives de puissance publique et l'existence d'une juridiction administrative spécialisée et, d'autre part, de l'application d'un régime de droit privé aux contrats publics et à l'arbitrage des contrats publics.

75. **L'arbitrabilité.** Le mot arbitrabilité a un sens juridique précis. Selon Patrice Level : « *ce mot est lourd mais il n'est pas barbare* ». ¹⁸⁵ Ce terme a été utilisé par plusieurs auteurs. ¹⁸⁶ Nous retiendrons la définition proposée par Jean Baptiste

¹⁸⁵ PATRICE LEVEL. *L'arbitrabilité*, Revue de l'arbitrage, 213 à 240 (1992). p. 213.

¹⁸⁶ Sur l'arbitrabilité voir : STÉPHANE BRACONNIER. *Arbitrage et contrats publics d'affaires: vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité*, Droit et Patrimoine, 141, 59 - 69 (2005) ; Contrats publics et arbitrage international. Sous la direction de: MATHIAS AUDIT. Bruylant (2011) ; BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité*, in Recueil des Cours Martinus Nijhoff Publishers (2002), Sous la direction de l'Académie de Droit International, 29 - 253 ; PATRICE LEVEL. *L'arbitrabilité*, *ibidem* ; CHARLES JARROSSON. *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, Revue de jurisprudence commerciale, 1-5 (1996) ; LAURENCE IDOT. *L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français*, *op. Cit.*, 6-17 ; BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Journal du droit international privé, 4, 899 - 966 (1994) ; YVES GAUDEMET. *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité)*, in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago (1996), 259 - 271 ; ÖZDEMİR KOCASAKAL. *L'évolution du droit turc en matière d'arbitrabilité des contrats d'Etat*, Revue de l'arbitrage, 3, 1213 - 1229 (2003) ; BERNARD HANOTIAU. *La loi applicable à l'arbitrabilité du litige*, Revue de droit des affaires internationales, 7, 755 - 779 (1998) ; Le nouveau droit français de l'arbitrage. Sous la direction de: THOMAS CLAY. Université de Versailles - Lextenso éditions (2011) ; ERIC LOQUIN. *Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international*, in Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand, Litec, (2003), 339 - 354.

Racine selon laquelle, «*l'arbitrabilité est la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage*». ¹⁸⁷ La condition d'arbitrabilité affecte la compétence de l'arbitre. Un litige non susceptible d'être soumis à la justice arbitrale, c'est-à-dire «*inarbitrable*», doit être déféré à la juridiction compétente. ¹⁸⁸ L'arbitrabilité est en effet une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres. ¹⁸⁹

76. Le législateur règle la compétence des juridictions ainsi que les matières, questions ou litiges qui peuvent être soumis aux arbitres, ¹⁹⁰ y compris lorsque ces questions concernent les personnes publiques. ¹⁹¹

77. L'arbitrabilité peut être mise en question, soit en raison de l'incapacité de l'une des parties à se soumettre à l'arbitrage, soit en raison de l'impossibilité de soumettre un litige donné à l'arbitrage. A ce propos, Fouchard, Gaillard et Goldman précisent dans le *Traité de l'arbitrage* que «*pour être valable, une convention d'arbitrage ne doit pas seulement être le fruit d'un consentement exempt de vices. Elle doit également être objectivement licite. Cela suppose d'une part qu'elle porte sur une matière susceptible d'être tranchée par voie d'arbitrage et d'autre part que la convention soit passée entre des parties admises à recourir à ce mode de règlement des différends.*» ¹⁹²

¹⁸⁷ JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J. (1999), p. 25 n°35 et p.201 n°351.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, Spéc. p. 25-26.

¹⁸⁹ Tribunal fédéral suisse. Arrêt de la Ire Cour civile du 23 juin 1992 dans la cause Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. et Oto Melara S.p.A. contre M. et Tribunal arbitral (recours de droit public) Erwägung 3.-a).

¹⁹⁰ «*Le caractère inarbitrable de certaines matières rend compte du lien étroit qui existe entre celles-ci et les fondements de l'organisation économique et sociale de l'Etat que le juge a précisément pour mission de faire respecter*» DOMINIQUE HASCHER. «*Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence*», in *competition and Arbitration Law*, dossier de l'Institut de la CCI, 1992, p.151. Cité par BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité*, in *Recueil des Cours Martinus Nijhoff Publishers* (2002), Sous la direction de l'Académie de Droit International, 29 – 253. p. 41.

¹⁹¹ *Code civil français. Articles 2060 et 2061. Loi 80 de 1993. Articles 70 et 71* (loi colombienne de contrats publics).

¹⁹² PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international. Op. cit.* n° 532.

Le terme arbitrabilité sera employé de manière subjective lorsqu'il fait référence à la capacité des personnes de se soumettre à l'arbitrage, tandis qu'il sera employé de manière objective lorsqu'il fait référence à la matière susceptible d'être tranchée par l'arbitrage : l'adéquation entre l'arbitrabilité objective et subjective rend le litige arbitrable.

78. **L'arbitrabilité subjective.** Certains auteurs remettent en cause la notion d'arbitrabilité subjective. Ils considèrent que l'arbitrabilité ne doit être comprise que dans le sens objectif car l'arbitrabilité subjective est simplement une condition de validité qui est propre à tous les contrats et non pas une condition exclusive à l'arbitrage.¹⁹³ Cependant, si un sujet n'a pas la capacité de disposer de l'objet du litige soumis à l'arbitrage,¹⁹⁴ l'arbitre ne peut pas être habilité légalement. De plus, s'agissant d'arbitrage, la capacité a un rôle qui va au-delà de la déclaration de nullité du contrat. En matière administrative, l'étude de la capacité des personnes publiques à soumettre leurs litiges à l'arbitrage est indispensable car les entités publiques ne peuvent faire que ce qui leur est expressément autorisé par la loi (premier titre).

79. **L'arbitrabilité objective.** Pour analyser la compatibilité du recours à l'arbitrage avec la nature des litiges des contrats publics, il faut rappeler que « *le droit des contrats publics met en œuvre des principes qui sont ceux du droit commun des contrats, mais aussi des éléments d'exorbitance réapparaissent quand les exigences du service public le justifient, sous la forme d'une certaine précarité ou de certaines compétences de modification unilatérale [...] l'exorbitance n'est que partielle ; elle ne caractérise pas tout le droit administratif, droit de l'activité des personnes publiques ; elle n'existe qu'à la marge* ». ¹⁹⁵ En conséquence, si le contenu exorbitant des contrats publics est limité, nous pouvons nous demander s'il faut une autorisation matérielle expresse de la loi

¹⁹³ CHARLES JARRONSSON. *L'arbitrabilité: présentation méthodologique*, Revue de jurisprudence commerciale, 1-5 (1996). p. 1

¹⁹⁴ La loi interdit la soumission de certaines matières à l'arbitrage. C'est le cas des matières qui concernent l'intérêt public, par exemple le statut personnel et de la famille, le droit pénal, le droit de la famille etc.

¹⁹⁵ YVES GAUDEMET. *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, *Op. cit.* p. 5.

pour que les personnes publiques puissent soumettre certaines clauses à l'arbitrage ou si cette autorisation peut être déduite des pouvoirs contractuels de l'administration ou de l'autorisation légale des personnes publiques à se soumettre à l'arbitrage. L'étude de l'arbitrabilité objective en matière de contrats publics est donc nécessaire car elle permettra d'analyser les tensions entre les notions de l'autonomie de la volonté de l'administration (critère clé dans les rapports contractuels), et de libre disponibilité des droits (critère clé dans la détermination de l'arbitrabilité du litige) avec celle de prérogative exorbitante dans les contrats publics (deuxième titre).

PREMIER TITRE. UNE ARBITRABILITÉ SUBJECTIVE SANS LIMITES ?

80. Un principe constitutionnel colombien établit que les autorités publiques ne peuvent faire que ce que la loi et la constitution les autorisent à faire.¹⁹⁶ L'Etat et l'administration ont besoin d'une autorisation préalable de la loi pour soumettre un litige à l'arbitrage. C'est une règle de capacité nécessaire à la validité de la convention d'arbitrage.¹⁹⁷

81. **Les notions de capacité et de compétence en matière de contrats publics.** Peut-on parler de capacité des personnes morales de droit public ? La capacité n'est-elle pas réservée aux personnes physiques ? Selon que l'on s'intéresse aux personnes morales de droit privé ou aux personnes morales de droit public, l'on se réfère au concept de représentation ou de compétence. Les personnes morales, en tant que fiction juridique, ont besoin de personnes physiques qui agissent pour elles. Ainsi, une société a besoin d'un représentant légal et les collectivités publiques de fonctionnaires ou d'élus.

Kelsen définit la capacité d'action comme *« l'aptitude d'un individu à provoquer par sa conduite des effets de droit. Etant donné que l'on ne peut pas entendre par là des « effets » au sens causal, on devrait dire que la capacité d'action consiste dans la faculté conférée par l'ordre juridique à un individu de provoquer par sa conduite des conséquences de droit, c'est-à-dire les conséquences que l'ordre juridique attache à cette conduite. »*¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Constitution. Article 6* : Les particuliers ne sont responsables devant les autorités que pour avoir enfreint la constitution et la loi. Les fonctionnaires publics sont aussi responsables pour la même cause ainsi que pour dépasser ou omettre l'étendue de leurs fonctions.

Constitution. Article 121 : Aucune autorité ne peut exercer de fonctions différentes à celles qui lui sont attribuées par la constitution et la loi.

¹⁹⁷ BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Journal du droit international privé, 4, 899 - 966 (1994). Spéc. p.899.

¹⁹⁸ HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit*. Traduit par Eisenmann, Paris, L.G.D.J (1962). p. 150.

Le dictionnaire de droit administratif définit la compétence comme « *l'habilitation légale à agir pour les autorités administratives ou à trancher un litige pour les autorités juridictionnelles. La compétence des autorités administratives pour élaborer des actes unilatéraux, conclure des contrats est, en principe, préalablement déterminée par des textes législatifs ou réglementaires. Plus exceptionnellement, certaines dispositions constitutionnelles définissent les compétences des autorités administratives les plus importantes [...]* ». ¹⁹⁹

Alain Lefoulon explique que si la capacité civile est une « *capacité pour soi* » et est propre aux personnes physiques en droit privé, la compétence est une capacité reconnue aux organes d'une personne morale. Dès lors, la notion de compétence n'a rien de spécifique au droit administratif. C'est une notion commune à l'étude et au fonctionnement des personnes morales, qu'elles soient publiques ou privées. ²⁰⁰ Florian Linditch explique que « *capacité et compétence coexistent et concourent à former la situation juridique des personnes morales de droit public, et le droit de passer des contrats, celui de posséder un domaine, celui encore d'agir en justice sont difficilement explicables par le recours à la seule notion de compétence.* » ²⁰¹ Ainsi, « *loin d'être une notion subsidiaire en droit public, au motif que la matière serait dominée par la notion de compétence, la capacité juridique vient s'inscrire au tout premier plan des vecteurs de l'action administrative* ». ²⁰²

82. Pour Kelsen, les notions de capacité et de compétence ont en commun d'être des habilitations. ²⁰³ En effet, les règles de compétence sont fixées par l'Etat lorsqu'il distribue les tâches administratives aux différentes autorités administratives. Ainsi, le cocontractant de l'administration, personne publique ou privée, et le fonctionnaire ou le représentant de l'entité publique qui stipule la convention d'arbitrage doivent être capables de compromettre. Cette capacité de

¹⁹⁹ AGATHE VAN LANG. GENEVIÈVE GONDOUIN. VÉRONIQUE INSERGUET-BRISSET. Dictionnaire de droit administratif (Armand Colin - Dalloz 1999). p. 65.

²⁰⁰ ALAIN LEFOULON. La notion de compétence des agents administratifs en droit français Thèse doctorale, Rennes, (1970). Spéc. n°22. Cité par NORBERT FOULQUIER. Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle, Paris, Dalloz. (2003). p. 477.

²⁰¹ FLORIAN LINDITCH. Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, Paris, L.G.D.J. (1997). p. 185.

²⁰² *Ibidem*. p. 203.

²⁰³ HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit. Op. cit.* Spéc. p.152 et p. 149-165.

la personne publique s'apprécie par rapport à l'autorisation légale préalable de l'entité publique à compromettre ainsi que de la compétence du fonctionnaire pour stipuler la convention d'arbitrage.

83. **Le rôle de l'administration et de l'Etat en matière d'arbitrage.** A travers la convention d'arbitrage, les parties au litige décident librement d'écarter la compétence des juges étatiques pour se soumettre à la justice arbitrale. Or, si l'administration et l'Etat peuvent compromettre, c'est bien l'Etat qui définit le régime juridique de l'arbitrage. Pour autant, quand l'Etat décide de se soumettre à l'arbitrage, il n'agit pas en tant qu'Etat souverain. La notion que nous retiendrons pour l'Etat est donc celle de personne morale de droit public titulaire de droits et d'obligations.²⁰⁴ En droit interne elle se présente sous la forme de l'administration publique et en droit international comme sujet du droit international. La notion d'Etat souverain – puissance publique ne serait pas pertinente car l'Etat souverain est le créateur de l'ordre juridique,²⁰⁵ tandis que l'Etat – administration²⁰⁶ se soumet aux juridictions et à l'autorité des lois.

²⁰⁴ « Les rapports logiques entre les concepts d'Etat et d'Administration n'en sont pas moins délicats à préciser. Ceci tient au fait que, à la différence des organes d'une société commerciale, ceux de l'Etat constituent eux-mêmes une personne morale. D'où le paradoxe : l'Etat et l'Administration sont tous deux des personnes morales, et pourtant ces personnes, dont l'une est constituée de l'ensemble des organes de l'autre, ne sont pas vraiment distinctes l'une de l'autre : elles ne pourraient pas par exemple contracter l'une avec l'autre. L'explication semble résider dans le fait qu'elles ne sont pas considérées comme des personnes par le même ordre juridique : l'administration est une personne morale dans le droit de l'Etat, et n'a pas de rôle propre dans le domaine international ; l'Etat est une personne morale en droit international public mais ne peut jouer un rôle en droit interne puisqu'il est le créateur de celui-ci (Kelsen dirait : puisqu'il est le droit interne). PIERRE MAYER. *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, Journal du droit international, 5- 78. (1986). Note n° 7, p. 10.

²⁰⁵ Voir HANS KELSEN, *Théorie pure du Droit*. Op. cit. Etat : ordre juridique – Etat : personne juridique. p. 281-310.

²⁰⁶ Pierre Mayer explique ce phénomène dans les termes suivants : « Dans la sphère interne, le concept opératoire est celui d'Administration ; c'est cette dernière qui entre en rapport juridique avec les particuliers, et qui constitue le sujet du droit administratif – et parfois le sujet du droit privé, lorsqu'elle agit iure gestionis. [...] La distinction de l'Administration et de l'Etat permet, dans la sphère interne de résoudre le problème classique de l'« autolimitation » de l'Etat. Le droit qui régit les rapports entre l'Administration et les personnes privées ne saurait émaner de l'Administration et les personnes privées ne saurait émaner de l'Administration ; une règle ne peut en effet être dite juridique que si elle est hétéronome par rapport à ceux auxquels elle s'applique. Mais, l'administration est soumise, comme les personnes privées, au droit qui émane de l'Etat » Op. cit. p.10.

84. La notion d'arbitrabilité subjective s'est développée en raison de la participation des Etats et de ses démembrements à des procédures d'arbitrage. Compte tenu de l'attribution de la personnalité morale aux organes de l'Etat, des personnes publiques distinctes de l'Etat ont été condamnées par des sentences arbitrales internationales à indemniser des cocontractants étrangers. Compte tenu de la faible capacité économique des entités condamnées ainsi que de leur désir d'échapper à la condamnation proférée par le tribunal arbitral, les créanciers de ces personnes morales de droit public ont assumé différentes positions afin d'obtenir une indemnisation devant les juridictions internes. Cette situation a donné lieu, d'abord, aux solutions jurisprudentielles et légales (premier chapitre), et ensuite, aux conventions internationales (deuxième chapitre).

Premier chapitre. En droit interne

85. La constitution colombienne fixe de manière générale les conditions et limites de l'arbitrage sans faire référence à la capacité des personnes publiques à compromettre. Un élargissement du domaine de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des litiges en matière administrative ne pouvait donc être permis que par la loi.

86. La loi 80 de 1993, qui établit le nouveau statut des contrats publics, reconnaît une certaine autonomie à l'administration contractante pour la résolution de ses litiges. Cette évolution révélait la transformation d'une conception étroite de la compétence en la matière : la loi 80 de 1993 ne s'est pas contentée de rendre possible une solution directe des litiges, elle a imposé aux entités contractantes un devoir de solution directe des litiges. En vertu du principe d'économie consacré par l'article 24, il convient d'utiliser des procédures garantissant une solution rapide des différends contractuels. Selon l'article 68 du même statut, les parties doivent résoudre les différends nés de l'activité contractuelle d'une façon souple, rapide et directe.

L'arbitrage, solution pourtant « traditionnelle »,²⁰⁷ a été considérablement encouragé par cette loi, qui lui a offert un rôle plus important en matière de litiges contractuels.²⁰⁸ Avant la loi 80 de 1993, certaines entités publiques, condamnées par des tribunaux arbitraux, avaient interdit, au moyen de circulaires de service, la stipulation de la clause compromissoire dans les contrats publics. Le législateur a réagi à cette pratique en disposant (article 69) que « les entités publiques n'interdiront pas la stipulation de la clause compromissoire ni la conclusion du compromis pour trancher les différends apparus à l'occasion d'un contrat public.

²⁰⁷ Voir n° 29 et s.

²⁰⁸ JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, *Op. cit.* p. 185.

[...] ».

87. L'arbitrage est un mode normal de résolution des conflits découlant de l'exécution des contrats publics : parmi les modes de règlement des conflits, l'arbitrage a, en effet, acquis, grâce à la loi de 1993, une place plus importante que celle qu'il avait dans les statuts précédents; l'arbitrage est régi par la loi 80 de 1993, ainsi que par la procédure prévue par le droit commun de l'arbitrage.

La loi de 1993 octroie aux entités publiques l'habilitation préalable nécessaire pour soumettre leurs litiges contractuels à l'arbitrage. Il s'avère cependant nécessaire de préciser l'étendue de cette autorisation (première section). La soumission de l'administration à l'arbitrage n'est pas anodine. Elle imprègne la convention d'arbitrage de particularités découlant de son statut de personne publique (deuxième section).

Première section. Les destinataires de l'autorisation de compromettre

88. Les articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993 autorisent l'insertion de la clause compromissoire et du compromis dans les contrats publics. Cependant, ces articles ne désignent pas les destinataires de cette autorisation, alors qu'il est indispensable que l'entité publique qui compromet ait une capacité contractuelle expresse²⁰⁹ pour que le litige soit arbitrable.

89. La détermination des destinataires de l'autorisation est apparemment simple : l'article 2 de la loi 80 de 1993 dresse une liste d'entités publiques qui ont la capacité contractuelle (première sous-section). Si la loi 80 de 1993 est d'application préférentielle dans les rapports contractuels de l'administration,²¹⁰ plusieurs contrats publics sont soumis à un régime juridique spécial. En

²⁰⁹ Les fonctionnaires ne peuvent faire que ce que la loi leur autorise à faire (articles 6 et 121 de la constitution, voir n° 80 note de bas de page n° 196).

conséquence, il faut déterminer si l'autorisation du recours à l'arbitrage conférée aux entités publiques par la loi 80 de 1993 s'étend aux contrats réglés par des régimes juridiques spéciaux (deuxième sous-section).

Première sous-section. Le régime de la loi des contrats publics

L'article 2 de la loi 80 de 1993 désigne les entités publiques qui disposent de la capacité contractuelle. L'article 2 dispose :

« Sur la définition d'entités publiques, fonctionnaires et services publics :
seulement pour les effets de cette loi :

1. La dénomination d'entités publiques correspond à :

L'Etat, les régions, les départements, les provinces, le district de la capitale, les districts spéciaux, les zones métropolitaines, les groupements de communes, les territoires indigènes et les communes ; les établissements publics à caractère administratif, industriel et commercial, les sociétés d'économie mixte dans lesquelles la participation publique est supérieure à 50 %, ainsi que les autres personnes morales à participation publique majoritaire quel que soit le nom et le statut qu'elles ont adoptés, à tous les niveaux territoriaux .

Le Sénat de la République, la Chambre de Représentants, le Conseil Supérieur de la Magistrature, le Parquet, le contrôleur Général de la République [organisme chargé du contrôle financier de l'Etat], les contrôleurs pour les départements, les districts et les communes [organismes du contrôle financier des autres niveaux territoriaux], le Ministère public, l'Office national de l'Etat civil, les ministères, les services administratifs, les Surintendances [...].

²¹⁰ « La loi 80 de 1993 est une loi de caractère spécial, son application n'est donc pas de caractère supplétif mais d'application préférentielle à tous les rapports contractuels de l'administration. » Conseil d'Etat, Auto, Almacenes Solo Frenos y Cia Ltda, (08-10-1998).

2. La dénomination de fonctionnaires publics correspond :

Aux personnes physiques offrant leurs services et ayant un lien de subordination avec les organismes et entités mentionnés au présent article, exception faite des associations et fondations de participation mixte dans lesquelles la dénomination de fonctionnaires correspond seulement à leurs représentants légaux ainsi qu'aux fonctionnaires de direction, de conseil ou exécutifs ou leurs équivalents à qui est déléguée la conclusion de contrats.

Aux membres des corporations d'élus ayant la compétence de conclure des contrats en leur lieu et place. [...] »

90. Selon l'article 2, il s'agit, d'une part, des personnes morales de droit public et, d'autre part, de certaines entités qui ne disposent pas de la personnalité morale mais qui sont autorisées à passer des contrats publics et en conséquence à compromettre. Même si certaines entités sans personnalité morale possèdent la capacité contractuelle (§1), il convient de se demander qui est responsable des fautes commises par ces entités dans l'exercice de leurs activités contractuelles (§2).

§1. La capacité contractuelle

91. L'article 2 de la loi 80 de 1993 désigne les personnes morales de droit public qui disposent de la capacité contractuelle. Cette liste n'est pas exhaustive, puisqu'elle mentionne également « les autres personnes publiques à participation publique majoritaire quels que soient le nom et le statut qu'elles ont adoptés, à tous les niveaux territoriaux ». La loi accorde la capacité contractuelle à d'autres personnes morales de droit public auxquelles le régime de la loi 80 de 1993 est intégralement appliqué.

92. **La capacité contractuelle des entités sans personnalité juridique.** Il paraît tout à fait naturel que les personnes publiques disposent de la capacité contractuelle. La loi aurait pu garder le silence sur ce point ou se contenter de faire référence de manière générale aux personnes morales de droit public à tous

les niveaux territoriaux. Il semble paradoxal que la loi reconnaisse la capacité contractuelle à des entités qui n'ont pas la personnalité juridique.

93. Les rapporteurs du projet de la loi 80 de 1993 ont mis en évidence le sens de la notion « d'entité publique » dans le cadre du statut des contrats publics : « *le projet fait référence aux entités publiques sans que celles-ci soient identifiées par la notion de personnalité juridique. Ceci signifie que, lorsqu'on évoque le sujet du contrat, la partie publique sera désormais appelée entité publique sans qu'il soit nécessaire que celle-ci possède la personnalité juridique.* »²¹¹

94. Cette innovation de la loi 80 de 1993 ne pouvait entrer dans l'ordre juridique colombien sans débats tant elle modifie les critères traditionnels de détermination de la capacité contractuelle. D'aucuns considéraient que cette disposition était contraire, d'une part, à la constitution qui octroyait expressément la capacité contractuelle au Président de la République ainsi qu'aux corporations d'élection populaire et, d'autre part, au principe selon lequel seules les personnes morales possèdent la capacité contractuelle.

95. **La conformité de la capacité contractuelle des entités publiques à la constitution.** La Cour constitutionnelle a été saisie afin de juger si les articles 2 et 11²¹² de la loi 80 de 1993 sont ou non conformes à la constitution. La Cour a

²¹¹ Gaceta del Congreso No. 75. 23 septembre 1992. p. 16.

²¹² Cet article énumère les fonctionnaires compétents pour passer des contrats au nom des entités publiques énoncées par l'article 2.

Loi 80 de 1993. Article 11. Sur la compétence pour la direction d'appel d'offres ou de concours et pour la conclusion des contrats.

La compétence pour diriger les procédures d'appel d'offres ou de concours et pour le choix des cocontractants est celle du chef ou représentant légal de l'entité publique, selon les cas.

Le président de la République a la compétence pour passer des contrats au nom de l'Etat.

Ont compétence pour passer des contrats au nom de l'entité correspondante : Les ministres, les directeurs de départements administratifs, les surintendants, les chefs des unités administratives spécialisées, le président du Sénat de la République, le président de la Chambre des Représentants, les présidents de la section administrative du Conseil Supérieur de la Magistrature et ses conseils de section, le chef du Parquet, le chef du Contrôle de finances, le Chef du Ministère public et le chef du Registre national de l'état civil.

déclaré ces articles conformes à la constitution : « d'abord, les articles 2 et 11 de la loi 80 de 1993 sont le produit de l'article 352 de la constitution selon lequel « la loi organique du budget de l'Etat réglera [...] la capacité contractuelle des organismes et des entités publiques ». Cette loi ne peut pas définir la compétence contractuelle des entités publiques, sauf en ce qui concerne les aspects budgétaires. Ensuite, l'article 2 de la loi 80 établit clairement que ce n'est que « pour les effets de cette loi » que ces entités seront considérées comme entités publiques, c'est-à-dire, entités ayant la capacité contractuelle. Enfin, le dernier alinéa de l'article 150 de la Constitution attribue au Congrès de la République la compétence pour voter une loi établissant « le statut général des contrats de l'administration publique » [...] il est alors logique, d'un point de vue juridique, que ce statut désigne les entités publiques qui ont la capacité contractuelle et les fonctionnaires qui peuvent représenter ces entités pour passer des contrats publics. »²¹³

96. Il n'y a pas de contradiction entre la capacité contractuelle que la constitution octroie au Président de la République et aux corporations d'élection populaire et la capacité contractuelle que la loi sur les contrats publics octroie aux différentes entités publiques. Même si la loi 80 de 1993 est applicable aux corporations d'élection populaire, celles-ci ont le pouvoir d'établir des règles adaptées à leurs propres besoins.²¹⁴

Au niveau territorial : les gouverneurs des départements, les maires, les directeurs des services de contrôle des finances au niveau des districts et des municipalités, les représentants légaux des régions, provinces et zones métropolitaines, des territoires indigènes et des associations des communes, dans les termes et conditions fixés par les normes légales réglant l'organisation et le fonctionnement desdites entités publiques.

Les représentants légaux des entités décentralisées de tous les ordres et niveaux.

²¹³ Cour constitutionnelle, C-374/94, (25-08-1994).

²¹⁴ *Constitution. Article 150*. Le Congrès a la compétence pour faire la loi. Le Congrès exercera à travers de lois les fonctions suivantes:

[...] 9. Autoriser le gouvernement à passer des contrats, négocier des emprunts et vendre des biens. Le gouvernement rendra un rapport périodique au Congrès sur l'exercice de ces autorisations.

Article 300. Les Assemblées Départementales ont la compétence pour établir à travers des ordonnances: [...]

97. Ainsi, aussi bien les personnes morales de droit public que les entités dotées de capacité contractuelle par la loi de 1993 peuvent passer des contrats. Or, si ces entités ne sont pas des personnes morales quelle entité répond de leurs actes ?

§2. La responsabilité contractuelle

98. **La reconsidération du critère de la personnalité morale comme élément de reconnaissance de la responsabilité.** La responsabilité des entités publiques est réglée par l'article 50 de la loi 80 : « Les entités sont responsables pour les actions, les abstentions, les faits et les omissions « anti-juridiques » qui leur sont imputables et qui causent des dommages à leurs cocontractants. Elles doivent indemniser à hauteur de la diminution patrimoniale causée, le manque à gagner ou le bénéfice non perçu par le cocontractant. »

99. Chaque entité disposant de la capacité contractuelle, même si elle n'a pas la personnalité morale de droit public, possède un budget autonome pour répondre avec ses propres ressources à ses engagements contractuels.²¹⁵

100. **Le rôle des fonctionnaires publics dans cette reconsidération.** Les actions, abstentions, faits et omissions « anti-juridiques » commis en raison du contrat sont toujours exécutés par un ou plusieurs fonctionnaires publics qui sont eux-mêmes responsables au sein de chaque entité. La loi 80 de 1993 a établi que la responsabilité contractuelle repose sur le chef ou représentant de l'entité : « selon le principe de responsabilité [...] 5. La responsabilité de la direction et de la

9. Autorisations au gouverneur du Département pour passer des contrats, négocier des emprunts, vendre des biens et exercer temporairement les fonctions précises qui sont de la compétence des Assemblées Départementales.

Constitution. Article 313. Correspond aux Conseils municipaux 3. Autoriser le Maire à passer des contrats et exercer temporairement des fonctions précises qui sont de la compétence du Conseil.

²¹⁵ Loi organique du budget de l'Etat.

conduite de l'activité contractuelle et des processus de sélection des cocontractants est de ressort du chef ou du représentant de l'entité publique. Il ne peut pas transférer cette responsabilité aux conseils de direction ni aux assemblées d'élection populaire, ni aux conseillers, ni aux organismes de contrôle et de surveillance de l'entité. » Ainsi, le chef ou le représentant de l'entité assume la responsabilité intégrale du contrat qu'il a autorisé au nom de l'entité qu'il représente.

101. L'article 90 de la constitution dispose que « [...] Si l'Etat est condamné à une réparation patrimoniale d'un dommage causé par la conduite dolosive ou par une faute lourde d'un de ses agents, l'Etat devra se retourner contre cet agent. » L'article 51 de la loi 80 de 1993 développe ce principe : « le fonctionnaire est responsable disciplinairement, pénalement et civilement pour ses actions et omissions dans l'activité contractuelle dans les termes prévus par la constitution et la loi. »

102. En résumé, les entités publiques ont la capacité contractuelle au sens de la loi 80 de 1993. Les chefs ou représentants de ces entités peuvent prendre la décision de compromettre en vertu de l'autorisation donnée par les articles 70, 71 et 74.

Par ailleurs, d'autres régimes contractuels établissent des règles particulières pour certains contrats publics, il nous paraît nécessaire d'analyser leur compatibilité avec la loi 80 de 1993.

Deuxième sous-section. Les régimes spéciaux

103. Même si l'application de loi 80 de 1993²¹⁶ est préférentielle dans les relations contractuelles de l'administration,²¹⁷ cette loi connaît plusieurs

²¹⁶ *Loi 80 de 1993. Article 1. Sur l'objet.* La présente loi a pour objectif de définir les règles et principes qui gouvernent les contrats des entités publiques.

²¹⁷ *Almacenes Solo Frenos y Cia Ltda. Op. Cit.*

exceptions²¹⁸ provenant de normes déjà en vigueur à la date de son entrée en vigueur ainsi que de règles spéciales postérieures.

§1. La pluralité des régimes

104. Les contrats des entreprises du secteur des télécommunications,²¹⁹ de la santé,²²⁰ des universités publiques,²²¹ de la Banque de la République,²²² des services publics domiciliaires,²²³ des entreprises prestataires de services d'électricité²²⁴ et des collectivités territoriales passés avec des institutions privées sans but lucratif²²⁵ sont régis par un régime juridique de droit privé.

²¹⁸ La loi 1150 du 16 juillet 2007 a modifié les dispositions de la loi 80 de 1993 relatives aux entreprises industrielles et commerciales de l'Etat, des entités financières de l'Etat, de certaines entités du secteur de la défense et des contrats passés avec des organismes internationaux.

²¹⁹ *Loi 80 de 1993. Article 38. Sur le régime spécial pour les entités publiques gérant les services de télécommunications.* Les entités publiques ayant pour objet la prestation de services et activités de télécommunications ne sont pas assujetties aux procédures de sélection prévues par cette loi en ce qui concerne les contrats pour l'acquisition et la fourniture d'équipements, construction, installation et l'entretien de réseaux et terrains où elles sont placées.

Les statuts internes de ces entités doivent déterminer les clauses exceptionnelles que pourront inclure les contrats, selon la nature propre de chaque contrat, ainsi que les procédures et les seuils des montants auxquels ils doivent s'assujettir pour leur conclusion.

Les procédures adoptées par les entités publiques pour l'accomplissement de cet article devront développer les principes de sélection objective, de transparence, d'économie et de responsabilité établis par cette loi.

²²⁰ *Loi 100 de 1993, article 194.6.*

²²¹ *Loi 30 de 1992, article 93.*

²²² La constitution dispose que la Banque de la République est une autorité indépendante (art.371), la loi 31 de 1992 établit dans son article 52 le régime des contrats passés par la Banque de la République ainsi « les contrats qui passe la Banque de la république avec une autre entité publique auront le caractère d'inter-administratifs [...] les autres contrats seront soumis au droit privé ».

²²³ *Loi 142 de 1994. Article 32.* Sauf disposition de la constitution ou de cette loi établissant le contraire, les entreprises de services publics, ainsi que les actes nécessaires pour l'administration et l'exercice des droits de toutes les personnes leur étant associées seront régis exclusivement par les règles de droit privé en tout ce qui n'est pas traité par cette loi [...] La règle précédente sera appliquée également aux sociétés dans lesquelles les entités publiques ont une participation sans considération du pourcentage de leur apport dans le capital social ni de la nature de l'acte ou le droit qui est exercé.

²²⁴ *Loi 143 de 1994. Article 8. Paragraphe.* Le régime contractuel des entreprises publiques prestataires du service d'électricité sera de droit privé.

105. Les contrats relatifs aux ressources naturelles,²²⁶ ceux des institutions financières publiques,²²⁷ d'emprunts publics,²²⁸ de science et technologie,²²⁹ les contrats passés par les entités du secteur de la défense de l'Etat,²³⁰ les contrats des entreprises industrielles et commerciales de l'Etat, des sociétés d'économie mixte qui ont une participation de l'Etat inférieure à 50%²³¹ et ceux passés avec des

²²⁵ Les contrats des collectivités territoriales et institutions privées avec les institutions privées sans but lucratif sont régis par des décrets réglementaires de la constitution (article 355 de la Constitution). Le décret 777 de 1992 (article 1) établit que ces contrats ont un régime juridique de droit privé.

²²⁶ *Loi 80 de 1993. Article 76. Sur les contrats d'exploitation et d'exploration des ressources naturelles.* Les contrats d'exploitation des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables, ainsi que ceux concernant la commercialisation et d'autres activités commerciales et industrielles propres aux entités publiques qui s'occupent de ces tâches, continuent à être régis par la législation spéciale en la matière. Les entités publiques qui s'occupent de ces activités doivent déterminer dans leur règlement interne la procédure de sélection des cocontractants, les clauses exorbitantes qui peuvent être convenues, les montants et les formalités auxquels ils doivent se soumettre. Les procédures adoptées par ces entités doivent tenir compte de l'obligation de sélection objective et les principes de transparence, économie et responsabilité établis par cette loi. Il ne donnera jamais lieu aux approbations ou révisions administratives de la part du Conseil des ministres, du Conseil d'Etat ou des Tribunaux administratifs. » Ces contrats sont alors régis par la loi des Mines (Loi 57 de 1987), le Code de Mines (décret 2655 de 1988) et le Code du pétrole (décret -loi 2811 de 1974 et décrets 99 et 161 de 1994).

²²⁷ *Loi 80 de 1993. Article 32 (modifié par l'article 15 de la loi 1150 de 2007).* [...] Les contrats passés par les établissements de crédit, les compagnies d'assurance et les autres entités financières à caractère public ne sont pas assujetties à cette loi mais elles le sont aux dispositions légales et réglementaires régissant ces activités.

²²⁸ « *Le paragraphe 2 de l'article 41 de la Loi 80 de 1993 établit les formalités de conclusion de ces contrats et renvoie aux normes spéciales régulant la matière. [...] L'analyse d'un domaine si spécialisé et technique échappe largement au propos de cette étude ; néanmoins il convient de remarquer comment ces types de contrats dépassent la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé et posent un problème de territorialité de la loi [...] La Loi 80 consacre ces règles de territorialité dans son article 13, règles qui rappellent la doctrine internationale sur la matière, consolidée dans la législation colombienne dès la fin du XIX^e siècle par la loi 153 de 1887 dans ses articles 38 et 39* » JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, op. cit. p. 37.

²²⁹ *Loi 1150 de 2007. Article 14 :* « [...] les contrats de science et technologie seront régis par la loi 29 de 1990 et les dispositions normatives existantes »

²³⁰ *Loi 1150 de 2007. Article 16 :* *Les entités exceptées dans le secteur de la défense de l'Etat.* Les contrats passés par Satena, Indumil, L'Hôtel Tequendama, la Corporation de Science et technologie pour l'industrie navale, maritime et fluviale et la Corporation de l'industrie aéronautique colombienne, ne seront pas régis par la loi 80 de 1993 mais par les règles de son activité.

²³¹ *Loi 1150 de 2007. Article 14. Régime contractuel des entreprises industrielles et commerciales de l'Etat, les sociétés d'économie mixte, leurs filiales, et les entreprises à participation majoritaire de l'Etat.* Les entreprises industrielles et commerciales de l'Etat, les sociétés d'économie mixte qui ont une participation de l'Etat supérieure à 50%, leurs filiales et les sociétés organisées entre entités publiques avec la participation de l'Etat

organismes internationaux,²³² sont soumis aux régimes spéciaux de ces matières, qui les renvoie également à un régime de droit privé.

106. Les secteurs réglementés par des régimes particuliers ou par un régime de droit privé sont considérablement importants dans l'économie. L'Etat et ses entreprises agissent comme opérateurs économiques, ce qui justifie l'application d'un régime, soit spécial, soit de droit privé et non les principes du statut des contrats publics. L'arbitrage est un instrument adapté aux besoins de ces opérateurs. L'arbitre, juge spécialisé, peut rendre sa sentence dans les meilleurs délais. Il faut se demander si ces régimes particuliers modifient les règles de capacité des entités publiques.

supérieure à 50% se régissent par la loi 80 de 1993. Celles qui constituent un monopole ou qui font partie d'un marché soumis aux normes particulières, seront réglées par leurs propres régimes.

²³² *Loi 1150 de 2007. Article 20.* Les contrats, dont le financement procède d'au moins 50 % de fonds provenant d'organismes de coopération, d'assistance ou d'aide internationale, peuvent être soumis aux règlements de ces organismes. Dans le cas contraire, ils seront soumis aux procédures de la loi 80 de 1993. Les contrats passés avec des personnes morales de droit public étrangères et des organismes de droit international dont l'objet est le développement de programmes de promotion, la prévention en matière de santé; les contrats et conventions nécessaires aux opérations de l'OIT; les contrats et conventions nécessaires au développement du système de monitorat des cultures illicites; les contrats et conventions de développement des programmes d'éducation à la population déplacée par la violence qui sont exécutés par l'UNESCO et la OIM; les contrats et conventions dont le financement est issu de fonds provenant d'organismes multilatéraux de crédit et de gouvernements étrangers, pourront être soumis aux règlements de ces organismes.

Les entités publiques ne pourront passer des contrats ou conventions avec des organismes de coopération, assistance ou aide internationale pour l'administration de leurs propres ressources ou des ressources publiques.

Paragraphe 1. Les contrats ou accords passés avec des personnes de droit public étranger pourront être soumis aux règles de ces organismes.

Paragraphe 2. Les entités publiques donneront l'information relative aux contrats déterminés par cet article aux organismes de contrôle et au SECOP.

Paragraphe 3. Tout projet qui concerne les ressources de l'Etat, les apports de l'entité et de l'organisation qui coopère, doit être quantifié en monnaie colombienne. Les entités de contrôle exerceront le contrôle fiscal sur les projets et contrats passés avec les organismes multilatéraux.

§2. *La capacité de compromettre selon ces régimes.*

107. Si la capacité de compromettre des entités publiques n'est traitée par aucun de ces régimes, elle ne peut pas être remise en question. Les entités publiques possèdent la personnalité juridique, un patrimoine propre et autonome, et sont soumises à un régime de droit privé. La Cour constitutionnelle reconnaît en 1994 qu'« aussi bien les personnes privées que les personnes publiques, en raison de l'autonomie de la volonté peuvent stipuler la clause compromissoire ».²³³ En 2007, elle unifie la jurisprudence²³⁴ : « même si dans quelques systèmes juridiques étrangers [...] le débat sur la portée de l'arbitrabilité *ratione personae* existe encore, le législateur a déterminé clairement que dans l'ordre juridique colombien les personnes de droit privé ou de droit public, nationales ou étrangères, qui ont la capacité de disposer de leurs droits, peuvent compromettre. »²³⁵ De plus, la Cour constitutionnelle fait une référence expresse à la capacité de compromettre des entreprises de service public²³⁶ et de télévision²³⁷ de l'Etat : ces entreprises peuvent compromettre pourvu que l'arbitrage soit stipulé volontairement par les parties au contrat ou du litige.

108. La capacité des entités publiques à se soumettre à l'arbitrage n'a pas été objet de discussions en Colombie. Tant l'ordre juridique que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite consacrent la capacité des entités publiques à se

²³³ Cour constitutionnelle, C-426/94, (29-09-1994).

²³⁴ *Accord 005 de 1992. Article 54 A* (règlement de la Cour constitutionnelle) : un magistrat de la Cour constitutionnelle peut demander à l'assemblée plénière de rendre une décision d'unification de jurisprudence lorsque l'importance d'une action de *tutela* le mérite.

Le but de ces décisions est d'harmoniser l'interprétation d'un problème de droit des différentes formations de la Cour ainsi que de garantir la sécurité juridique dans la matière. *HERNAN OLANO GARCLA. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, in* Universitas. Universidad Javeriana.(2004) consulté le: 24-01-2008.

²³⁵ Cour constitutionnelle, SU-174/07, (14-03-2007).

²³⁶ Cour constitutionnelle, C-242/97, (20-05-1997).

²³⁷ Cour constitutionnelle, C-060/01, (24-01-2001).

soumettre à l'arbitrage.²³⁸ Cependant, le législateur a pris soin d'aménager certains aspects de l'arbitrage en droit privé, pour l'adapter à la résolution des litiges liés aux contrats publics dans la loi 80 de 1993.²³⁹

Deuxième section. La convention d'arbitrage en matière de contrats publics

109. **Les règles spéciales.** Le statut des contrats publics donne compétence de principe au juge administratif pour résoudre les conflits dérivés des contrats publics.²⁴⁰ Nonobstant, l'article 70²⁴¹ du statut autorise la stipulation de la clause compromissoire,²⁴² afin de soumettre à la décision des arbitres les différends éventuels quant à la conclusion du contrat, son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte et dispose que la sentence arbitrale doit être rendue en droit.

²³⁸ La Cour constitutionnelle juge que « les personnes naturelles ou juridiques, de droit public ou de droit privé, nationales ou étrangères, qui ont la libre disposition de leurs droits transigibles, peuvent se soumettre à l'arbitrage. L'arbitrage est un mécanisme ouvert, en général, à toutes les personnes qui ont la capacité de disposition de leurs droits litigieux. » *SU-174/07*.

²³⁹ Articles 70 à 74 de la loi 80 de 1993.

²⁴⁰ *Loi 80 de 1993. Article 75. Sur le juge compétent.* Sans préjudice des dispositions des articles précédents [sur la conciliation, la clause compromissoire et le compromis], la compétence pour connaître des controverses dérivées des contrats publics et des procès d'exécution ou accomplissement appartient à la juridiction contentieuse administrative [...].

²⁴¹ *Loi 80 de 1993. Article 70. Sur la clause compromissoire.* Les contrats publics peuvent inclure la clause compromissoire, afin de soumettre à la décision des arbitres les différends possibles surgis dans la conclusion du contrat, dans son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte. L'arbitrage doit être rendu en droit. Il doit y avoir trois arbitres, sauf si les parties décident de soumettre les conflits à un seul arbitre. Dans les affaires impliquant un montant peu élevé, il y aura un seul arbitre. [...] »

²⁴² *Décret 1818 de 1998. Article 118. Clause compromissoire :* La clause compromissoire est l'accord contenu dans un contrat ou dans un document annexe en vertu duquel les cocontractants stipulent de soumettre aux arbitres les éventuels différends qui peuvent naître à l'occasion du contrat.

Si les parties ne déterminent pas les règles de procédure applicables à la résolution du conflit, l'arbitrage sera légal.

Paragraphe. La clause compromissoire est autonome par rapport à l'existence et à la validité du contrat auquel elle se réfère. En conséquence, les procédures dans lesquelles l'existence et la validité du contrat sont remises en cause pourront être soumises à l'arbitrage même si le contrat est nul ou inexistant.

L'article 71²⁴³ alinéa 1, relatif au compromis²⁴⁴ dispose que si le contrat ne contient pas de clause compromissoire, l'une des parties contractantes peut demander à l'autre la conclusion d'un compromis pour la convocation d'un tribunal arbitral. Le compromis devra déterminer l'objet de l'arbitrage, le mode de désignation des arbitres, le lieu du jugement et la forme de paiement des coûts.

110. **L'autonomie de la volonté de l'administration en matière d'arbitrage.**

L'arbitrage des contrats publics en Colombie est possible si les parties l'ont stipulé à travers une clause compromissoire ou un compromis. Il est donc de nature volontaire. La jurisprudence constitutionnelle colombienne l'a confirmé ainsi dans plusieurs décisions,²⁴⁵ et plus particulièrement, lorsqu'elle interdit que la loi²⁴⁶ ou des contrats d'adhésion²⁴⁷ imposent un arbitrage qui ne soit pas le résultat de la libre expression de la volonté des parties.²⁴⁸ Pour la cour, « le trait caractéristique de l'arbitrage est la décision autonome et volontaire des parties d'écarter la juridiction étatique et de soumettre leurs différends aux arbitres qui auront la compétence pour résoudre un litige. »²⁴⁹

111. Il est rare d'entendre parler du rôle de l'autonomie de la volonté des entités publiques car cette notion a été développée en droit privé. Jean-Claude Venezia

²⁴³ *Loi 80 de 1993. Article 71. Sur le compromis.* Si le contrat ne comporte pas une clause compromissoire, l'une des parties contractantes peut demander à l'autre la conclusion d'un compromis pour la convocation d'un tribunal arbitral, afin de résoudre les différends présentés à propos de la conclusion du contrat, son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte.

Le document de l'accord doit déterminer la matière objet de l'arbitrage, la désignation des arbitres, le lieu de son fonctionnement et la forme de paiement des coûts. »

²⁴⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 119. Compromis.* Le compromis est un accord en vertu duquel les parties d'un conflit présent et déterminé décident de le résoudre à travers d'un tribunal arbitral. Le compromis pourra être contenu dans un document tel qu'un télégramme, télex, fax ou un autre moyen semblable.

Le document qui contient le compromis devra prévoir : le nom et le domicile des parties. La désignation des différends et conflits qui seront soumis à l'arbitrage.

Lorsqu'il y a une procédure juridictionnelle en cours, le document doit le signaler. Dans ce cas les parties peuvent élargir ou restreindre les prétentions de la première procédure.

²⁴⁵ *C-060/01* ; Cour constitutionnelle, *C-1140/00*, (30-08-2000) ; *SU-174/07*.

²⁴⁶ *C-060/01* ; *C-242/97*.

²⁴⁷ *C-1140/00*.

²⁴⁸ Voir n° 885, 909, 966.

²⁴⁹ *C-242/97*.

explique que « *le rôle faible, voire nul, assigné à la volonté en droit administratif découle des conditions dans lesquelles s'exerce la volonté des autorités administratives comparées à celles dans lesquelles se déploie la volonté des personnes privées.* »²⁵⁰ En conséquence, les conditions de l'expression du consentement²⁵¹ des entités publiques n'a pas été jusqu'à présent un sujet très développé, y compris en matière contractuelle. Or, lorsque ces entités agissent en tant qu'opérateurs économiques ou qu'elles négocient des contrats, elles expriment leur volonté comme le font les particuliers. Elles satisfont les besoins de l'administration publique qu'elles représentent lorsque la technique contractuelle est la plus appropriée, mais elles le font en conformité avec les procédures et formes prévues pour la formation des contrats publics.

La Cour constitutionnelle juge que le principe d'autonomie de la volonté structure tout le régime des contrats, qu'ils soient publics ou privés. Pour la Cour, les sujets d'une relation juridique décident quelle est la nature de leur rapport, les procédures, et qui est le juge pour régler leurs différends lorsque l'arbitrage est possible. La constitution garantit ainsi l'exercice de la volonté individuelle et l'accès à l'administration de justice.²⁵²

112. Les entités publiques colombiennes disposent de la capacité contractuelle. Or, cette capacité doit être exercée en conformité avec la mission de l'entité et selon les principes et conditions établis par le statut des contrats publics. Ainsi, parmi les possibilités contractuelles qui s'offrent aux entités publiques, le statut contractuel permet aux entités publiques de stipuler une convention d'arbitrage. L'article 117 du décret 1818 de 1998 définit la convention d'arbitrage ainsi: « au travers de la convention d'arbitrage qui comprend la clause compromissoire et le compromis, les parties s'obligent à soumettre leurs différends à la décision d'un tribunal arbitral en renonçant à saisir les juges étatiques ».

²⁵⁰ JEAN CLAUDE VENEZIA. *Réflexions sur le rôle de la volonté en Droit Administratif*, in Etudes offertes à Pierre Kayser, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, (1979), 383-396., spécialement p. 383.

²⁵¹ Sur ce sujet voir particulièrement n° 909 et 912.

²⁵² Cour constitutionnelle, C-330/00, (22-03-2000) ; Cour constitutionnelle, T-570/94, (07-12-1994).

Quelle est la nature juridique de cette convention ? La participation d'une entité publique implique-t-elle le changement de nature de la convention d'arbitrage ? (deuxième sous-section) Est-elle soumise aux conditions de formation des contrats publics ou n'est-elle soumise qu'au droit commun de l'arbitrage ? (première sous-section).

Première sous-section. L'offre et l'acceptation de la convention d'arbitrage

113. Le statut des contrats publics permet aux entités publiques de soumettre aux arbitres leurs différends juridiques et leurs différends techniques.²⁵³ Les parties d'un contrat public ne peuvent pas stipuler que la sentence arbitrale soit rendue en conscience, sous peine de nullité.²⁵⁴

114. La convention d'arbitrage résulte de la volonté des parties de compromettre (§1). Les parties sont, alors, tenues de respecter leur engagement. Le droit offre des moyens pour obliger la partie réticente à se soumettre à l'arbitrage, y compris l'entité publique (§2).

§1. La formation du consentement

115. La convention d'arbitrage découle du concours exprès de la volonté des parties qui s'obligent librement à soumettre leurs différends à l'arbitrage. La convention d'arbitrage se forme grâce à une offre d'arbitrage et à son acceptation.

²⁵³ Article 70 et 74 de la loi 80 de 1993.

²⁵⁴ La jurisprudence du Conseil d'Etat a précisé la différence entre la sentence arbitrale en droit et en conscience. Dans le premier cas, la sentence est fondée tantôt sur le droit substantif ou sur le droit probatoire, tandis que dans le second cas, la sentence est fondée sur l'équité, la logique ou l'expérience. Conseil d'Etat, Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la costa, 27946, (10-03-2005). Sur l'annulation des sentences arbitrales en conscience voir n° 523, 808 et 923.

Ainsi, une des parties invite l'autre à sceller un accord d'arbitrage qui ne sera valable qu'avec l'acceptation de l'autre partie.²⁵⁵

116. **Le consentement.** Pour que la convention soit valable, le consentement des parties ne doit pas être affecté par l'erreur, la violence ou le dol.²⁵⁶ La Cour constitutionnelle juge que la convention d'arbitrage résulte de la libre discussion et de l'acceptation des personnes qui la stipulent. Le vice, qui affecte la validité de la convention d'arbitrage, est un obstacle au droit d'accès à l'administration de la justice.²⁵⁷ Le Conseil d'Etat prévoit, quant à lui, que les dispositions du Code civil colombien (articles 1502 [...] 1508[...] 1510) relatives à la validité du consentement sont aussi applicables en matière de contrats publics. La volonté ne peut pas être exprimée sous la pression physique ou morale, ni en raison d'une erreur fortuite ou causée par le dol d'un des cocontractants.²⁵⁸

Lorsque le fonctionnaire compétent passe une convention d'arbitrage, la loi lui permet, d'une part, de décider discrétionnairement de se soumettre à un juge privé, qui devra être rémunéré pour l'accomplissement de sa mission, et d'autre part, de choisir l'arbitrage en droit ou un arbitrage technique.

117. **Le consentement doit s'exprimer sans équivoque.** Les parties doivent manifester clairement leur désir de se soumettre à l'arbitrage. « La promesse de convention d'arbitrage n'a pas d'effets dans le régime légal de l'arbitrage. La volonté des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage doit être expresse, claire et sans équivoque. »²⁵⁹

118. La question qui se pose est de savoir dans quels termes doit être exprimé l'offre d'arbitrage par les parties. Que cette offre s'énonce à travers un verbe qui exprime la *faculté* de se soumettre à l'arbitrage, parmi d'autres options de

²⁵⁵ Sur les règles d'interprétation du consentement voir n° 209.

²⁵⁶ Sur les vices du consentement en matière administrative voir : AGUSTIN GORDILLO. Tratado de derecho administrativo § III, Buenos Aires, F.D.A. (2007). Tome III, chapitre IX.

²⁵⁷ SU-174/07.

²⁵⁸ Conseil d'Etat, Hunos Construir vs. Municipio de Arauca, 13347, (10-05-2001).

²⁵⁹ Conseil d'Etat, Inco vs. Coviandes, 34239, (28-01-2009).

résolution des litiges, ou, que cette offre s'énonce à travers un verbe qui exprime de manière expresse la *renonciation* des parties à la *juridiction* étatique et leur *soumission à l'arbitrage*, il convient dans tous les cas que le destinataire de l'offre ait réellement consenti.

Les arbitres doivent interpréter la volonté des parties et apprécier les conditions de formation de l'acte qui contient l'offre d'arbitrage, afin de constater si le consentement a été exprimé dans la forme imposée par le droit applicable et ce, afin de déterminer leur propre compétence et vérifier la validité de la convention d'arbitrage.

Cette démarche n'est pas toujours simple car les clauses contractuelles relatives aux méthodes alternatives de résolution des litiges (*Midnight clauses*), ne sont pas toujours rédigées de manière claire et précise. Elles peuvent contenir des dispositions équivoques ou mal articulées qui affectent leur contenu. Cette situation est assez courante lorsque le contrat principal ne contient pas de clause compromissoire mais que les conditions générales de passation du contrat ou ses annexes l'incluent. Cependant, comme il est important que l'acceptation de l'offre d'arbitrage puisse être prouvée, il y a un renvoi exprès au contrat principal qui facilite la preuve du consentement.

119. L'offre et l'acceptation peuvent être successives. Aucune règle n'impose que le consentement soit exprimé dans un seul acte. Si la nature solennelle des contrats publics peut faire penser que la clause compromissoire doit être contenue dans le contrat principal, il est largement admis que la clause compromissoire peut être contenue dans un document différent. Le but de la clause compromissoire est procédural, c'est-à-dire différent du contrat qui la contient : la clause compromissoire est autonome et peut-être contenue soit dans le contrat principal soit constituer un document annexe.

Le Conseil d'Etat confirme que : « la clause compromissoire peut être contenue dans le contrat lui-même ou dans un document séparé. [...] La clause compromissoire en matière de contrats publics doit produire tous ses effets juridiques si elle est stipulée par écrit [...] soit en tant que clause du contrat public

[...] soit lorsqu'elle est stipulée en document séparé qui contient l'identification des parties et le contrat auquel la clause fait référence [...] Ainsi, si la convention d'arbitrage a été prévue dans le cahier de charges de l'appel d'offre, la convention d'arbitrage devient obligatoire pour les parties car le cahier de charges fait partie du contrat public. »²⁶⁰

120. Le Conseil d'Etat accepte que la formation du consentement à la convention d'arbitrage peut être constituée à deux moments différents : par l'offre de convention d'arbitrage dans la présentation du cahier des charges par l'administration aux soumissionnaires de l'appel d'offre, puis par l'acceptation de l'offre d'arbitrage au moment de l'adjudication du contrat public.²⁶¹ Elle peut être ainsi prouvée au moyen d'un ou de plusieurs documents.

121. Le Conseil d'Etat a validé implicitement un compromis souscrit par l'avocat d'une commune qui n'était pas expressément autorisé à le conclure. En fait, l'avocat n'était mandaté que pour concilier au nom de la commune. Compte tenu de l'échec de la conciliation, il a signé un compromis d'arbitrage. Le Conseil d'Etat juge que la commune était représentée valablement lorsqu'elle a répondu à la demande d'arbitrage. En procédant ainsi, la Commune a ratifié l'autorisation implicite dont bénéficiait l'avocat de compromettre. Jose Luis Benavides se demande s'il est possible d'arriver à cette déduction alors que la loi des contrats publics désigne les personnes qui peuvent conclure des contrats en son nom (art. 11), et prévoit des mécanismes de délégation interne des fonctions (art. 12).²⁶² Le

²⁶⁰ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

²⁶¹ Conseil d'Etat, *Consortio LSA vs. IDU*, 33795, (19-07-2010) ; *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

²⁶² Décision citée par : JOSE LUIS BENAVIDES. *Contencioso contractual en Colombia: Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato*, Revista Derecho del Estado, 18, 183-203 (juin 2006). p.192. José Luis Benavides considère qu'il s'agit de conditions de validité du contrat. En conséquence, celles-ci ne débouchent pas sur des nullités relatives mais absolues, non seulement en raison de l'interprétation extensive du Conseil d'Etat sur la conclusion du contrat en violation d'une prohibition légale (article 44-2 de la loi 80 de 1993), mais aussi parce que le régime de droit commun des nullités prévoit que le contrat qui viole une norme impérative est entaché de nullité absolue (article 899 du Code de commerce). La ratification est donc possible seulement si par cette voie-là, les principes essentiels de la procédure de passation des contrats ne sont pas

Conseil d'Etat tient compte des particularités de l'arbitrage et fait prévaloir, ici, la volonté de la commune de se soumettre à l'arbitrage, même différée dans le temps, sur les formes qu'impose le statut des contrats publics pour la passation des contrats. Il convient d'observer qu'en matière d'arbitrage la haute juridiction administrative considère en 2002 que le défaut de consentement à la convention d'arbitrage constitue un motif de nullité relative. L'arbitrage répond donc à un régime particulier qui se distingue quant à cet aspect du régime général de passation des contrats publics. En conséquence, compte tenu que la nullité relative de la clause compromissoire n'est pas un motif d'annulation, la nullité ne peut pas être déclarée d'office par le juge de l'annulation.²⁶³

122. **Le consentement peut être limité au règlement de certains litiges.** Les parties ne sont pas tenues de compromettre sur la totalité des litiges découlant du contrat. Elles peuvent déterminer dans la convention d'arbitrage les litiges qui seront soumis à l'arbitrage. Lorsque les arbitres sont saisis, ils déterminent, au regard de la convention d'arbitrage, l'étendue de leur compétence ; la juridiction étatique sera compétente pour les matières exclues de la compétence des arbitres par la convention d'arbitrage.

§2. Les effets

123. La convention d'arbitrage n'oblige que les parties qui y ont librement consenti.²⁶⁴ Elle ne peut pas être entachée de vices. Seule une convention d'arbitrage valable aura plein effet, c'est-à-dire produire une obligation de faire : soumettre le litige à l'arbitrage ; une obligation de ne pas faire : ne pas soumettre

violés, notamment ceux qui garantissent la libre concurrence et les règles budgétaires relatives à la planification. Voir à ce propos particulièrement p. 192 à 194.

²⁶³ Conseil d'Etat, Consultoria Oscar Grimaux vs. Distrito Capital de Bogotá, 19488, (20-06-2002). En défaut de consentement sur la convention d'arbitrage, les parties sont tenues de faire valoir ce vice afin d'empêcher la constitution du Tribunal.

²⁶⁴ Sur les conditions pour la participation de tiers à la procédure d'arbitrage voir n° 756 et s.

le litige aux juges étatiques et une obligation de donner : payer aux arbitres des honoraires pour l'accomplissement de leur mission juridictionnelle.²⁶⁵

124. La mise en œuvre de la convention d'arbitrage présuppose l'existence d'un conflit, sans lequel les arbitres ne pourraient accomplir leur mission car l'objet de la convention serait inexistant. La convention d'arbitrage produit, en conséquence, des effets procéduraux. Le Conseil d'Etat a déclaré l'inexistence de la convention d'arbitrage à deux reprises : Dans le premier cas, une des parties estime que l'acceptation de la convention d'arbitrage résulte du silence positif de l'administration. Le Conseil d'Etat annule la sentence arbitrale et remarque que l'acceptation de la convention d'arbitrage doit être expresse.²⁶⁶ Dans le deuxième cas le Conseil d'Etat déclare l'inexistence de la convention d'arbitrage. Il juge que les parties expriment vaguement leur propos de soumettre leurs litiges à l'arbitrage. La volonté des parties n'est pas expresse, l'objet de la convention est en conséquence inexistant.²⁶⁷

125. Les parties sont tenues de soumettre le conflit visé par la convention d'arbitrage à un tribunal arbitral. Elles écartent la juridiction étatique pour le litige soumis à l'arbitrage. Lorsqu'une des parties méconnaît la convention d'arbitrage et saisit la juridiction étatique, l'autre partie peut contester la compétence des juges étatiques en prouvant l'existence de la convention d'arbitrage. A défaut de contestation, les parties se désistent de manière tacite à l'arbitrage. La Cour suprême de justice a fait observer qu'il revient aux parties au litige de faire valoir l'engagement d'arbitrage devant le juge saisi dans l'opportunité procédurale adéquate. La jurisprudence administrative a réitéré le caractère contractuel de l'arbitrage.²⁶⁸ Elle admet ainsi que la résiliation de la convention d'arbitrage peut

²⁶⁵ *El contrato de arbitraje*. Sous la direction de: EDUARDO SILVA ROMERO. *Op. cit.* p.523 et s.

²⁶⁶ Conseil d'Etat, José Fernando Suárez Vanegas vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá, 18063, (16-02-2001).

²⁶⁷ Conseil d'Etat, Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro, 36537, (17-03-2010).

²⁶⁸ Voir par exemple : Conseil d'Etat, Consorcio de arquitectos e ingenieros asociados, 5762, (27-08-1990). Cour constitutionnelle, C-248/99, (21-04-1999); Conseil d'Etat, 21652, Ministerio Público - MD Ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, (11-04-2002). Voir aussi : *El contrato de arbitraje*. Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. Legis - Universidad del Rosario (2005).

aussi avoir lieu pour dissentiment mutuel, exprès ou tacite. Le régime juridique de l'arbitrage ne prévoit pas de formalités particulières de résiliation du contrat d'arbitrage. Si les parties ne soulèvent pas l'incompétence du juge étatique pour connaître un litige soumis à l'arbitrage, elles renoncent par là même à la juridiction arbitrale.²⁶⁹ Nonobstant, si la jurisprudence de la Cour suprême et du Conseil d'Etat²⁷⁰ vont dans ce sens, la Cour constitutionnelle a fait valoir la primauté du principe *kompetenz-kompetenz* en matière d'arbitrage. Au regard de ce principe, les arbitres décident, avant tout autre juge étatique, sur leur propre compétence.²⁷¹

126. Si la convention d'arbitrage est limitée à certains litiges, les arbitres saisis, déterminent, au regard de la convention d'arbitrage, l'étendue de leur compétence ; la juridiction administrative ne sera compétente que pour les matières qui ont été exclues par la convention d'arbitrage.

L'engagement qui résulte de la convention d'arbitrage lie aussi bien les parties que les arbitres. Il convient alors d'étudier la nature juridique de cette convention afin d'en déterminer le régime juridique applicable.

Deuxième sous-section. La convention d'arbitrage est-elle un contrat public ?

127. L'article 1442 du Code de procédure civile français (modifié par le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) dispose que la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître du ou

²⁶⁹ Voir à ce propos l'intéressant arrêt de Cassation : Cour suprême de justice, Fiduciaria Santander S.A. vs. Cipres Trade Center S.A, [11001-3103-039-2000-00310-01](#), (01-07-2009). Dans le même sens voir les décisions de la chambre de Cassation civile du 17-04-1969, 30-06-1979, 22-04-1992 et du 24-03-1998.

²⁷⁰ Voir à ce propos n° 645, 716, 739 et s. et 972 et s.

²⁷¹ Cour constitutionnelle, T-1224/08, (05-12-2008). La Cour constitutionnelle développe le contenu de ce principe dans la sentence d'unification Cour constitutionnelle, SU-174/07, (14-

des contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

Dans le même sens, l'article 118 et 119 du Décret 1818 de 1998 qualifient la clause compromissoire et le compromis de conventions. En outre, l'article 118 du décret 1818 de 1998 prévoit que « [...] la clause compromissoire est autonome par rapport à l'existence et à la validité du contrat duquel elle est partie. En conséquence, le litige dans lequel l'existence et la validité du contrat sont mises en cause peut être soumis à l'arbitrage, même si le contrat est nul ou inexistant. »

128. La Cour constitutionnelle a jugé la conformité de l'autonomie de la clause compromissoire à la constitution.²⁷² Le Conseil d'Etat, à partir d'un arrêt du 4 avril 2002, confirme également la régularité des sentences arbitrales qui déclarent la nullité du contrat qui contient la clause compromissoire.²⁷³

129. Si la convention d'arbitrage est autonome, la convention d'arbitrage en matière de contrats publics peut-elle être qualifiée de contrat public ? Il convient d'analyser sa nature (§1) pour déterminer quelles sont ses particularités lorsqu'elle est stipulée par une entité publique (§2).

§1. La nature de la convention d'arbitrage

130. Même si la convention d'arbitrage peut revêtir la forme d'une clause contractuelle, elle est autonome par rapport au contrat principal. Qu'elle soit conclue par une entité publique ou par une personne privée, la convention d'arbitrage génère des obligations pour les parties à l'arbitrage : soumettre le litige

03-2007). Mais ce n'est que jusqu'en 2008 que la Cour l'applique à un cas d'espèce. Sur ces décisions voir n° 972 et s.

²⁷² C-248/99 et SU-174/07.

²⁷³ Conseil d'Etat, *Fábrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356, (04-04-2002). Confirmé par Conseil d'Etat, *Auto, Municipio de Pereira vs. Fiduciaria de Occidente*, 24344, (14-09-2003). Conseil d'Etat, *Consortio LAR vs. IDU*, 32871, (04-12-2006). Conseil d'Etat, *Asesorias y Representaciones Pradilla - Otros vs. Corporación de Abastos de Bogotá* 32711, (30-05-2007).

à l'arbitrage, ne pas le soumettre à la juridiction étatique et payer les coûts de la procédure arbitrale. Le Conseil d'Etat juge que « la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis, est un acte juridique bilatéral et solennel, elle est indépendante du contrat qui la contient ou vers lequel ses effets sont orientés. » Pour Christian Larroumet « *la convention d'arbitrage est un accord de nature synallagmatique. En conséquence, celui-ci doit respecter les conditions de validité des contrats et produire les mêmes effets.* »²⁷⁴

131. Nous avons vu que l'article 2 de la loi 80 de 1993 fixe un critère subjectif de qualification du contrat public. En conséquence, si la convention d'arbitrage est un accord, celui-ci est public en raison de la participation d'une entité publique. L'article 32 du statut des contrats publics dispose que « sont des contrats publics tous les actes juridiques générateurs d'obligations que passent les entités auxquelles fait référence cette loi, prévus par le droit privé ou par des dispositions spéciales ou dérivées de l'exercice de l'autonomie de la volonté, ainsi que ceux qui sont définis ci- après [...] ». ²⁷⁵ La convention d'arbitrage passée par une entité publique est un des actes générateurs d'obligations.

132. Le Conseil d'Etat colombien le confirme lorsqu'il juge que « *la convention d'arbitrage est un contrat qui a le caractère public lorsqu'il s'agit d'un compromis qui oblige une entité publique, ou lorsqu'il s'agit d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat public.* » ²⁷⁶ La convention d'arbitrage est alors soumise au régime juridique des contrats publics et en conséquence aux mêmes conditions de formation et de validité que ceux-ci. ²⁷⁷

²⁷⁴ Christian LARROUMET. *A propósito de la naturaleza contractual del arbitraje en materia internacional y de su autonomía*, in *El contrato de arbitraje*, Legis - Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction d'Eduardo SILVA ROMERO. p. 14.

²⁷⁵ « Contrat de travaux [...], contrat de *consultoría* [...], contrat de prestation de services [...], contrat de concession [...], les commandes fiduciaires et la fiducie publique [trust]. »

²⁷⁶ Conseil d'Etat, Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973, (08-06-2000). Conseil d'Etat, Ministerio Público - MD Ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, 21652, (11-04-2002).

§2. Les formalités nécessaires à la formation de la convention d'arbitrage

133. **La convention d'arbitrage est soumise aux solennités.** En droit colombien de l'arbitrage, la nature solennelle de la convention d'arbitrage a été débattue. En effet, quelques auteurs soutiennent qu'il est nécessaire que cette convention soit stipulée par écrit, et qualifient cette formalité comme substantielle,²⁷⁸ tandis que d'autres auteurs estiment que cette formalité n'a que des effets probatoires²⁷⁹ et, qu'en conséquence, son irrespect n'entraînerait pas, pour autant, la nullité de la convention d'arbitrage.

134. En droit français, la question ne se pose pas car l'article 1443 du Code de procédure civile dispose qu'« à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »²⁸⁰ Dans le même sens, la loi espagnole d'arbitrage (Loi 60 de 2003, article 9-3) dispose que « la convention d'arbitrage doit être stipulée par écrit, dans un document signé par les parties ou par un échange de notes, télégrammes, fax ou tout autre moyen de télécommunication qui permette de constater l'accord. Cette condition sera accomplie lorsque l'accord sera susceptible d'être consulté ultérieurement sur support électronique, optique ou d'autre type. »

²⁷⁷ Sur le contrôle de validité de la convention d'arbitrage voir n° 651 et s.

²⁷⁸ JULIO BENETTI SALGAR. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., Segunda Edición (2001).p. 117. MARCO GERARDO MONROY CABRA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, Legis. (1998). p. 96.

²⁷⁹ ARTURO SANABRIA GOMEZ. *La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje*, in *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction d'Eduardo SILVA ROMERO. 153-172. p. 155.

²⁸⁰ Cette disposition résulte de la réforme introduite par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. Il convient de préciser que cette réforme a conservé l'exigence de la règle dérogée. L'ancien article disposait que : « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention ou dans un document auquel celle-ci se réfère ». Par ailleurs, l'ancien article 1449 exigeait la même condition par rapport au compromis d'arbitrage.

135. **Les solennités nécessaires aux contrats publics.** En Colombie, ce débat, qui concerne le droit privé, ne pourrait être transposé aux contrats publics dans la mesure où l'article 39 du statut des contrats publics prévoit que « les contrats publics doivent être écrits mais n'ont pas besoin de l'être par un acte notarié, sauf dans les cas de mutation de la propriété ou d'imposition de servitudes sur des biens immeubles et, en général, pour les actes soumis à cette formalité en raison de dispositions légales[...] ». ²⁸¹

136. **La convention d'arbitrage doit être rédigée par écrit.** L'article 41 du même statut dispose que « les contrats publics sont parfaits quand il y a accord sur l'objet et la contre-prestation et quand celui-ci est rédigé par écrit. » En conséquence, même si les articles de la loi relatifs à la clause compromissoire et au compromis ne l'édicte pas de manière expresse, ils devront être conclus par écrit.

137. La stipulation de la clause compromissoire par écrit est très courante car, en principe, elle fait partie des clauses du contrat principal. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit d'un compromis. La volonté des parties de soumettre le litige à l'arbitrage peut être exprimée à travers d'autres moyens, très courants dans les rapports commerciaux, y compris de l'administration : vidéo conférence, échange de notes ou enregistrement. En effet, le Code de procédure civile colombien définit les documents valides comme tout objet meuble de caractère représentatif

²⁸¹ L'exposé des motifs du projet de Loi 80 de 1993 établit que « l'exigence de certaines formalités solennelles établies par la Loi dont l'inaccomplissement entraînait l'inefficacité du contrat, affirmait le projet, était une caractéristique de l'ancien Code. A la différence de l'ancien article 51, le projet de loi, suivant les postulats de l'autonomie de la volonté, consacre une seule formalité : les contrats que passe l'administration doivent être rédigés par écrit. Par conséquent, la forme écrite est la seule formalité requise pour rendre parfait le contrat. Elle concrétise l'accord sur l'objet du contrat et sa contre-prestation. Il s'agit d'une exigence fondée sur deux arguments. D'une part, le principe de publicité guidant toute l'activité administrative qui exige cette forme minimale. D'autre part, la pratique courante de rédiger les contrats par écrit en raison de la sécurité qu'offre cette forme ». Cité par : JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, p. 149-150.

ou déclaratif.²⁸² En conséquence, de tels documents peuvent contenir le compromis d'arbitrage qui lie une entité publique.

138. Cela étant, nous considérons que même si l'article 71 ne définit pas quel type de document doit contenir le compromis, le compromis est un contrat passible de la règle générale de l'article 39 du statut de contrats publics qui exige que tous les contrats soient conclus par écrit, ainsi que de la règle de l'article 41 qui exige que le contrat soit rédigé par écrit pour être réputé parfait. Par conséquent, la convention d'arbitrage est de nature solennelle.²⁸³ Le Conseil d'Etat le confirme lorsqu'il juge que « s'il est clair que la convention d'arbitrage doit figurer par écrit, la loi même autorise que le compromis soit contenu dans un document quelconque car, à la différence de la clause compromissoire, il n'est pas contenu ou annexé à un contrat. »²⁸⁴

139. Le Conseil d'Etat juge qu'à défaut de forme écrite, la convention est inexistante. L'inexistence est qualifiée lorsque la convention ne respecte pas les formalités *ad substantiam actus*. La convention ainsi stipulée ne produit aucun effet juridique.²⁸⁵

²⁸² *Code de procédure civile. Article 251. Les différents types de documents.* Les documents sont les écrits, imprimés, plans, dessins, photographies, films cinématographiques, enregistrements [...] et en général tout objet meuble de caractère représentatif ou déclaratif [...]

²⁸³ Conseil d'Etat, Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla vs. Sociedad de acueducto, alcantarillado y aseo de Barranquilla, 38619, (30-06-2011). *Consorcio LAR vs. IDU*, 32871.

²⁸⁴ C-248/99 ; *Ministerio Público - MD Ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca*, 21652. Conseil d'Etat, Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro, 36537, (17-03-2010).

²⁸⁵ « Le contrat conclu entre l'administration et les particuliers est solennel. L'efficacité du contrat dépend, selon le régime du droit public auquel il est soumis, du respect de la forme écrite. Le non respect de cette condition entraîne l'inexistence de l'acte juridique et empêche la production des effets d'un tel acte. Cette solennité est une condition *ad substantiam actus*. » Conseil d'Etat, Angel Monterrosa Arrieta vs. Municipio de Planeta Rica, 16852, (20-09-2007). Dans le même sens, voir : Conseil d'Etat, Sociedad Oti de Colombia Ltda. vs. Fondo de seguridad y educacion vial. Fondatt, 11099, (29-01-1998). Conseil d'Etat, Carboandes vs. Ecocarbon, 15052, (08-03-2007). Voir également, Conseil d'Etat, 18 septembre 1997, Antonio José de Irrisarri, Tomo copiadador 353. Fols.37-80 et auto du 19 mars 1998, *G. Jaramillo y Cia. Ltda.*, Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiadador 367. Fols. 94-108 » cité par JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, p. 150. « *D'une mise en œuvre délicate, la distinction classique des nullités absolues et des nullités relatives était*

140. **Les autres solennités.** La forme écrite et solennelle de la convention en matière de contrats administratifs exige, selon la jurisprudence administrative, que les parties et le contrat sur lequel les différends seront tranchés par un tribunal arbitral soient clairement identifiés.²⁸⁶

141. L'article 71 dispose que le compromis doit contenir certains éléments, à savoir « [le document de l'accord doit déterminer] la matière objet de l'arbitrage, la désignation des arbitres, le lieu de l'arbitrage et la forme de paiement des coûts ».²⁸⁷ Ces éléments exigés par le statut des contrats publics diffèrent des exigences de la loi 446 de 1998²⁸⁸ : celle-ci dispose (article 117) que « le compromis devra contenir le nom et le domicile des parties, la désignation des différends et conflits qui seront soumis à l'arbitrage et signaler s'il y a une procédure juridictionnelle en cours. Dans ce cas, les parties peuvent élargir ou restreindre les prétentions de la première procédure. »

encore obscurcie par la proposition faite par certains auteurs d'admettre, en marge de celle-ci, une troisième forme d'inefficacité de l'acte juridique, l'inexistence. Un contrat serait non seulement nul mais inexistant quand il serait dépourvu d'un élément sans lequel on ne peut concevoir qu'il y ait un acte juridique. Selon cette doctrine, le régime de l'inexistence se différencierait de celui des nullités par plusieurs traits : l'inexistence n'aurait pas besoin d'être prononcée en justice ; elle serait imprescriptible [Aubry et Rau, t. 1, § 37 ; Cohendy, Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public, RTD civ. 1911.33 ; Loyer, Des actes inexistantes, thèse Rennes 1908.] » FRANÇOIS TERRE. PHILIPPE SIMLER. YVES LEQUETTE. Les obligations, Dalloz. (2009) p. 106. « Historiquement, l'intérêt de la notion d'inexistence fut d'échapper à la rigueur du principe « pas de nullité sans texte » en matière de mariage. Aujourd'hui, la doctrine relève fréquemment que l'enjeu pratique de l'inexistence réside dans l'absence de prescription de l'action en nullité, ou plutôt en déclaration d'inexistence. [...] Si des prestations ont été échangées, c'est que les parties se sont crues engagées et, en apparence, il existe un contrat parce que l'on peut en déduire un accord de volonté, même si ce contrat est entaché d'une erreur ou d'une grave illégalité. L'enjeu pratique de l'inexistence du contrat réside donc plutôt dans l'inexécution du prétendu contrat. En cas d'inexistence, le demandeur échouera à obtenir l'exécution du prétendu contrat, faute de pouvoir prouver qu'un accord des volontés est intervenu. Le défendeur pourra éventuellement invoquer l'inexistence pour dissoudre une vague apparence ou pour contester un faux. » JEAN FRANÇOIS LAFAIX. Essais sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses. Dalloz. (2009). p.539-540

²⁸⁶ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

²⁸⁷ *Loi 80 de 1993. Article 71. Deuxième alinéa.*

²⁸⁸ *Loi sur le désengorgement, l'efficacité et l'accès à la justice.*

Quelle est la norme applicable aux contrats publics ? Les entités publiques ne sont tenues, selon nous, que par les exigences établies par le statut des contrats publics : l'article 13 du statut prévoit en effet que « les contrats passés par les entités auxquelles fait référence l'article 2 de cette loi [les entités publiques] sont soumis aux dispositions du droit commercial et du droit civil sauf dans les matières réglées de manière particulière par cette loi [...] ». Ainsi, en vertu du principe de spécialité de la loi des contrats publics, l'existence de règles spéciales en cette matière impose de les appliquer préférentiellement.

*

* *

142. L'autorisation de compromettre est générale. Ni la constitution, ni la loi n'interdisent aux entités ayant la capacité contractuelle de stipuler une convention d'arbitrage. Par application du critère subjectif de qualification des contrats publics, la convention d'arbitrage est publique. Toute entité publique ayant la capacité contractuelle peut se soumettre à l'arbitrage en Colombie. L'arbitrabilité subjective, en matière de contrats publics, est donc illimitée.

143. Nonobstant, si la constitution et la loi confèrent une autorisation générale en droit interne, cette autorisation s'étend-elle en matière d'arbitrage international ? Le régime juridique de l'arbitrage international est formé aussi bien par les règles de capacité et de compétence qui permettent aux entités publiques de se soumettre à l'arbitrage que par les conventions internationales en la matière. Il convient d'analyser l'intégration de ces règles afin de déterminer si l'arbitrabilité subjective est également illimitée dans l'arbitrage international.

Deuxième chapitre. En droit international

144. **Les conditions posées par le droit interne.** L'article 116 de la constitution autorise le recours à l'arbitrage dans les conditions prévues par la loi sans faire de distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. L'ouverture du droit colombien à l'arbitrage international ne provient pas seulement des normes constitutionnelles qui autorisent la passation de conventions internationales, mais également de normes spécifiques à la matière.

145. **La primauté de la constitution sur les traités internationaux.**²⁸⁹ La constitution colombienne fonde les rapports internationaux sur le respect des principes généraux du droit international acceptés par la Colombie.²⁹⁰ Cependant, l'article 4 consacre la primauté des normes constitutionnelles²⁹¹ sur les autres normes juridiques y compris internationales.²⁹² Ainsi, les autorités politiques doivent veiller, dans la négociation des conventions internationales, au respect des normes constitutionnelles. Le cas échéant, elles doivent préparer une révision de la constitution.²⁹³ Les lois qui ratifient les conventions internationales font l'objet d'un contrôle²⁹⁴ automatique de constitutionnalité.²⁹⁵

²⁸⁹ Sur le conflit entre les règles du droit interne et du droit international voir n° 609 et s.

²⁹⁰ *Constitution. Article 9.*

²⁹¹ Cette primauté est assurée par la procédure établie par la constitution pour la ratification des traités internationaux ainsi que par le contrôle constitutionnel *a priori* des dispositions des traités internationaux.

²⁹² Sauf en matière de traités qui protègent les droits de l'homme dans les états d'exception et les traités sur les frontières (article 4).

²⁹³ La Cour constitutionnelle l'a affirmé ainsi lorsqu'elle établit qu'« au plan interne, la constitution prévaut sur les traités. Ainsi, toute convention contraire à la constitution est inapplicable. La Colombie respecte le principe *pacta sunt servanda*, en conséquence, s'il y a une incompatibilité entre la constitution et les conventions internationales, les autorités politiques doivent modifier les stipulations conventionnelles pour les ajuster aux dispositions constitutionnelles, ou, réformer la constitution en vue de l'adapter aux obligations internationales. » Cour constitutionnelle, C-400/98, (10-09-1998).

²⁹⁴ Par le *contrôle formel*, la Cour constitutionnelle vérifie : 1. Le renvoi opportun de l'instrument international et de la loi qui l'approuve ; 2. La validité de la représentation de l'Etat colombien dans le processus de négociation et de célébration de l'accord ainsi que la compétence du fonctionnaire qui l'a souscrit ; 3. La mise en route de la loi d'approbation au Sénat de la République ; 4. Le respect des délais

146. Le régime juridique de l'arbitrage international admet une pluralité de sources d'arbitrage (première section) et présente certaines spécificités en matière de contrats publics (deuxième section).

Première section. Les sources de l'arbitrage international

147. Depuis les années 90, dans un contexte de globalisation de l'économie et en raison de l'expansion des échanges commerciaux et des investissements étrangers, on assiste à une prolifération de traités internationaux, particulièrement bilatéraux,²⁹⁶ visant à protéger, promouvoir et établir des règles claires pour les investissements étrangers.

de discussion dans le Sénat et la Chambre des représentants ; 5. Les publications nécessaires au sein du Congrès ; 6. L'approbation en premier et deuxième débat dans chaque chambre ; 7. Le respect des délais entre les débats ; 8. Le quorum délibératoire et décisoire ainsi que les majorités nécessaires pour approuver le projet ; 9. La notification qui précède la votation ; 10. La sanction du gouvernement. Voir à ce propos : Cour constitutionnelle, C-750/08, (24-07-2008).

Par le *contrôle matériel* la Cour vérifie la conformité du texte du traité aux dispositions constitutionnelles. Pour cela la Cour prend en compte aussi bien le texte de la constitution que le bloc de constitutionnalité. Ce dernier est formé par les normes et principes qui ne sont pas présents formellement dans les articles constitutionnels, mais qui sont utilisés pour contrôler la constitutionnalité des lois. En effet, ils ont été intégrés à la Constitution par des différents procédés déterminés par la Constitution elle-même, à savoir : 1. Les Traités internationaux qui reconnaissent les Droits de l'homme ; 2. Les règles internationales de droit humanitaire. Ces traités forment le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* ; le bloc de constitutionnalité *lato sensu* intègre des normes qui, malgré leur forme législative, ont été dotées d'une valeur supérieure par la constitution. Ainsi, les lois *estatutarias*, les lois organiques et quelques conventions internationales concernant les Droits de l'homme font partie des sources du contrôle de constitutionnalité. Voir à ce propos : Cour constitutionnelle, C-150/09, (11-03-2009) ; Cour constitutionnelle, C-574/92, (28-10-1992).

²⁹⁵ Procédé nécessaire pour insérer ces conventions dans l'ordre juridique colombien. Article 241 n° 10, 150 n° 6 et 241 n° 20 de la constitution.

²⁹⁶ Traités Bilatéraux rassemblés par le CIRDI dès 1970 : De 1959 à 1979 (153) : une dizaine par an. De 1980 à 1989 (215) : Plus d'une dizaine par an. De 1990 à 2002 (1731) : Entre cinquante et deux cents par an. De 2003 à 2007 (175) : Moins de 70. Source : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Consulté la dernière fois le 11 novembre 2011. Voir annexe 1.

148. **L'internationalisation de l'économie.** La politique économique des gouvernements colombiens à partir de 1986²⁹⁷ a conduit à une forte ouverture économique vers l'extérieur.²⁹⁸ La constitution de 1991 a établi les fondements d'une économie libérale respectueuse des principes de libre concurrence, de développement économique²⁹⁹ et d'intégration régionale et commerciale.³⁰⁰ La promotion des investissements étrangers par le développement d'un système rapide et efficace de résolution des litiges est un élément clé de l'objectif d'internationalisation de l'économie colombienne. Les accords internationaux constituent un des principaux moyens d'internationalisation de l'économie.

149. **L'arbitrage dans un contexte internationalisé.** Les sources classiques du consentement en droit de l'arbitrage (clause compromissoire et compromis) ont été adaptées, non seulement aux besoins de la pratique contractuelle et de l'arbitrage, mais aussi aux besoins du commerce international. En conséquence, il convient d'analyser quelles sont ces sources (première sous-section) afin de comprendre comment elles interagissent et quel est l'impact de cette interaction dans le droit colombien (deuxième sous-section).

Première sous-section. Les sources conventionnelles

150. Le droit interne et le droit international ont des structures, des modes de formation et de fonctionnement différents. Santi Romano fait référence à la conception de Hegel qui se fonde « sur le principe que l'Etat ne peut être soumis à une volonté supérieure à la sienne pour affirmer que le droit international ne consiste pas dans une

²⁹⁷ Gouvernement de Virgilio Barco (1986 – 1990), César Gaviria (1990 – 1994), Ernesto Samper (1994 – 1998), Andrés Pastrana (1998- 2002), Álvaro Uribe (2002 – 2006 / 2006 – 2010), Juan Manuel Santos (2010-2014).

²⁹⁸ Accords multilatéraux de commerce souscrits par la Colombie : OMC, ALADI (Association latino-américaine d'intégration), CAN (Communauté Andine de nations). Traités de Libre commerce : G3 (le groupe de 3 conformé par la Colombie, le Mexique et le Venezuela. Sur l'état actuel de ce traité voir n° 158, note de bas de page n° 314) ; TLC Colombie – Etats-Unis ; TLC Colombie – Chili.

²⁹⁹ *Constitution. Article 333.*

³⁰⁰ *Constitution. Préambule et articles 9 et 227.*

volonté générale supérieure aux Etats mais se résout en la volonté particulière de chacun d'eux. »³⁰¹ Nonobstant, il considère que cette conception conduit à nier le droit international. Il ajoute alors qu'« *en substance la théorie la plus communément reçue aujourd'hui oscille, sans trouver l'équilibre, entre deux affirmations contradictoires : le droit international dépend de la volonté des Etats ; il s'impose à cette volonté [...]* ». Mais, il précise que si ces éléments se contrarient, cela ne détruit ni affaiblit en rien leur caractère juridique : « *chacun d'eux est indépendant et possède une autonomie propre, de façon que chacun dans sa sphère se déploie librement.* »³⁰²

151. Si l'ordre juridique international est indépendant de l'ordre juridique interne, les deux entretiennent des rapports très étroits. Ces rapports garantissent la cohérence et le bon fonctionnement des institutions qui touchent à l'interdépendance des deux ordres. L'arbitrage international est un exemple de ce rapport d'interdépendance. S'il est largement développé par les conventions internationales, il puise son effectivité de l'ordre juridique interne parce que c'est dans cet ordre que la sentence arbitrale est exécutée.³⁰³ La cohérence entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne est donc nécessaire au bon fonctionnement de l'arbitrage.

152. **Le rapport entre le droit interne et le droit international en Colombie.**

La constitution de 1991 adopte un système moniste avec primauté du droit interne. Pour reprendre les termes de Kelsen, le fondement de la validité du droit

³⁰¹ SANTI ROMANO. *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz. (2002 - traduction française de la seconde édition fait en 1975 par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT). p.83.

³⁰² *Ibidem*. p.84.

« *Le concept de droit international général correspond davantage à une vocation ou à une réalité concrète. Il désigne des règles qui ont capacité, de par leur abstraction, par leur détachement de toute situation déterminée, voire de tout instrument juridique spécifique, à régir la communauté internationales dans son ensemble. Mais cette universalité demeure une hypothèse, sous réserve de plus ample examen qui peut laisser place à des dérogations spécifiques en fonction de situations particulières. Il ne faut pas au surplus confondre cette généralité virtuelle de règles positives avec les constructions doctrinales qui, pour des raisons intellectuelles ou militantes, organisent le droit international autour de principes ou de finalités supposés.* » JEAN COMBACAU. SERGE SUR. *Droit international public*. *Op. cit.* p. 46.

³⁰³ Sur la notion d'effectivité voir n° 796.

international réside, en droit colombien, dans l'ordre juridique étatique.³⁰⁴ Le droit international vaut pour la Colombie parce qu'elle en reconnaît la validité.³⁰⁵

Les objectifs de la politique d'internationalisation de l'économie ont permis de surmonter certains obstacles à la cohérence entre les traités relatifs à l'arbitrage international et le droit interne. Si dans une première période des tensions résultaient du rapport entre les traités négociés et le texte constitutionnel, ces difficultés ont été surmontées par la révision de la constitution. Il convient alors d'étudier ces tensions (§1) afin de déterminer si les conventions internationales approuvées par la Colombie établissent des conditions particulières à l'arbitrabilité subjective des contrats publics. (§2)

§1. De la tension à la concordance entre les traités et la constitution

153. **Les contraintes constitutionnelles.** Les accords internationaux sont un important moyen d'atteindre l'objectif d'internationalisation de l'économie. Nonobstant, la constitution posait des restrictions au commerce international : les deux derniers alinéas de l'article 58 autorisaient l'expropriation pour des raisons d'équité sans indemnisation.³⁰⁶

154. En dépit de cette restriction constitutionnelle, la Colombie a souscrit la Convention de New York de 1958 en 1990, l'Accord de Marrakech de 1994 (OMC), le Traité de libre commerce avec le Mexique et le Venezuela, et les TBI avec le Cuba, le Royaume Uni et le Pérou pendant l'année 1994, la Convention de Washington de 1986 (MIGA) en 1995, et celle de Washington de 1965 (CIRDI) en 1996.

³⁰⁴ HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit. Op. cit.* p.322.

³⁰⁵ *Constitution colombienne. Articles 4 et 9.*

³⁰⁶ Décision qui devait être prise par une loi adoptée par majorité absolue de votes dans les deux chambres.

155. Nonobstant, lors du contrôle automatique de constitutionnalité des traités, la Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité des premiers traités bilatéraux souscrits par la Colombie (avec Cuba³⁰⁷, le Royaume Uni³⁰⁸ et le Pérou³⁰⁹) compte tenu de la contradiction entre le texte des traités bilatéraux d'investissement et l'article 58 de la constitution.

156. La déclaration d'inconstitutionnalité de ces traités a temporairement empêché la passation d'autres traités.³¹⁰ La politique d'ouverture économique vers l'extérieur impliquait une révision constitutionnelle permettant l'indemnisation en cas d'expropriation.

157. **La levée des restrictions constitutionnelles.** Le législateur a modifié l'article 58 de la constitution à travers l'acte législatif n° 1 du 10 août 1999.³¹¹ Le rythme de prolifération des traités s'est d'abord ralenti avant de s'accélérer à partir de l'an 2000.

158. Depuis la suppression des deux derniers alinéas de l'article 58 de la constitution, le Congrès de la République a approuvé successivement les traités de libre commerce (TLC) avec le Chili, les Etats Unis et le Canada,³¹² ainsi que les TBI avec le Pérou, l'Espagne, la Suisse, et la Chine. Actuellement, le TBI avec la Belgique est en cours d'approbation par le Congrès de la République,³¹³ et les TBI avec l'Inde, le Royaume Uni, la Corée du Sud, l'Allemagne, la France, le Japon, la République Dominicaine, ainsi que les Traités de libre commerce avec le Canada,

³⁰⁷ Cour constitutionnelle, C-379/96, (22-08-1996).

³⁰⁸ Cour constitutionnelle, C-358-96, (14-08-1996).

³⁰⁹ Cour constitutionnelle, C-008/97, (23-01-1997).

³¹⁰ Par rapport aux pays comme la France, l'Allemagne ou la Grand Bretagne qui ont souscrit jusqu'à présent plus d'une centaine de TBI. Ou, dans l'espace latino-américain l'Argentine qui a souscrit une cinquantaine, le Cuba une quarantaine, le Pérou une trentaine, l'Equateur, la Bolivie (entre 1990 et 2004), le Mexique, le Paraguay et le Venezuela (entre 1990 et 2001) une vingtaine, la République Dominicaine, le Brésil, la Nicaragua et le Panama une quinzaine, le Guatemala et le Honduras une dizaine. Source : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> consulté le 8 octobre 2009.

³¹¹ Journal officiel n° 43.662.

³¹² Entré en vigueur le 15 août 2011.

³¹³ Projet de loi 197 de 2009.

le Mexique (chapitre d'investissement G2),³¹⁴ le Triangle du Nord (El Salvador, Guatemala, et Honduras) et les Etats AELC (Islande, Liechtenstein, Norvège et la Suisse) sont en cours de négociation.

159. En résumé, sept traités ont été approuvés, deux sont en cours d'approbation et onze en cours de négociation. Seul cinq traités sont, pour le moment, entrés en vigueur.³¹⁵ La volonté politique de promouvoir les investissements étrangers n'est donc plus réfrénée.³¹⁶ Le législateur colombien a établi des règles favorables au développement de ces traités qui permettent la stipulation de l'arbitrage international.

160. **L'inexistence d'obstacles constitutionnels pour l'arbitrage international.** Force est de remarquer que même si la Cour constitutionnelle colombienne a déclaré les premiers TBI contraires à la constitution, elle n'a jamais jugé la stipulation de l'arbitrage contraire aux dispositions constitutionnelles :

« La décision de soumettre des conflits aux tribunaux d'arbitrage est conforme à la constitution car une vision intégrale de la constitution permet de conclure qu'un de ses objectifs fondamentaux est la résolution pacifique des conflits. Pour atteindre cet objectif, elle consacre une série de mécanismes qui permettent de déconcentrer l'administration de la justice, parmi lesquels l'arbitrage. En raison de la nature des différends qui peuvent naître en raison des investissements encadrés par le traité, dont nous contrôlons la constitutionnalité, il peut être préférable que ces différends soient résolus par un organisme international spécialisé ou par un tribunal arbitral. La Cour juge que la promotion de l'internationalisation des rapports politiques, économiques, sociaux et écologiques énoncés par

³¹⁴ Le G2 détient son origine du Traité de Libre commerce souscrit originellement entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela appelé le G3. Cependant, suite aux différences de politique économique entre les gouvernements colombien et vénézuélien, Hugo Chavez a dénoncé le traité et, en conséquence, seuls la Colombie et le Mexique restent encore liés par ce Traité.

³¹⁵ TBI avec Pérou, Suisse, et Espagne et TLC avec le Chili et le Canada.

³¹⁶ Voir annexe n° 1.

l'article 226 de la constitution ne serait pas possible sans avoir recours, dans certains cas, aux tribunaux internationaux ».³¹⁷

161. Se fondant sur cette interprétation, la Cour constitutionnelle a contrôlé la constitutionnalité des lois qui régissent des mécanismes de résolution des conflits, tels que l'arbitrage national³¹⁸ et international,³¹⁹ les traités internationaux de protection des investissements étrangers³²⁰ et de libre commerce³²¹ qui prévoient l'arbitrage commercial et d'investissement.³²² Elle juge que « le régime juridique des investissements internationaux, en ce qui concerne leur traitement, leur protection et leur garantie, est complexe car il se compose aussi bien de normes internes du pays récepteur de l'investissement que de normes de droit international public de nature conventionnelle et coutumière. Les conflits, en ce domaine, présentent un haut degré de complexité technique car ils sont normalement liés aux aspects financiers ou aux montants de l'indemnisation résultant de la violation des obligations nées de l'établissement d'un investissement étranger sur le territoire d'un Etat déterminé. Dans ce contexte, les décisions des commissions ou des tribunaux arbitraux, composés par des spécialistes de telles matières sont plus efficaces, rapides, justes et équitables, que celles des tribunaux internes.»³²³

³¹⁷ C-379/96.

³¹⁸ Cour constitutionnelle, C-961/06, (22-11-2006).

³¹⁹ Cour constitutionnelle, C-347/97, (23-07-1997).

³²⁰ Cour constitutionnelle, C-294/02, (23-04-2002) ; C-358-96 ; C-379/96.

³²¹ Traité de libre commerce entre le Mexique, le Venezuela et la Colombie : Cour constitutionnelle, C-178/95, (25-04-1995). Accord commercial entre la Colombie et la Côte d'Ivoire Cour constitutionnelle, C-279/01, (14-03-2001). Accord Economique entre les pays de la Communauté Andine des Nations et le Brésil : Cour constitutionnelle, C-334/02, (07-05-2002). Accord économique entre l'Argentine et les pays de la Communauté Andine des Nations. Cour constitutionnelle, C-581/02, (30-07-2002). Traité de libre commerce avec les Etats-Unis C-750/08. Traité du libre commerce avec le Chili. C-294/02.

³²² Convention internationale de la Haye de 1907 « pour le règlement pacifique des conflits internationaux » Cour constitutionnelle, C-381/96, (22-08-1996). Convention de Washington de 1965 : Cour constitutionnelle, C-442/96, (19-09-2006).

³²³ C-442/96.

§2. *Les traités adoptés par la Colombie*

162. **Le système de résolution des litiges prévu dans les traités.** Les traités souscrits par la Colombie contiennent des articles de résolution des litiges qui dressent une liste d'options pour résoudre les conflits nés entre les investisseurs et les Etats et entre les Etats signataires. Ils ne sont pas tous équivalents quant au système de résolution des litiges. Nonobstant, ils prévoient tous le choix de la voie amiable et le choix entre la juridiction interne et l'arbitrage international.

163. En cas de conflit entre les investisseurs et les Etats, les traités prévoient que la partie lésée notifie par écrit les termes du conflit,³²⁴ afin d'entamer une étape de négociation directe et amiable, dans laquelle la conciliation et la médiation sont possibles.³²⁵ En cas d'échec de la négociation, qui doit avoir un terme de négociation minimale dans certains traités,³²⁶ les parties peuvent saisir, soit les tribunaux du territoire de l'Etat où l'investissement a été effectué, soit un Tribunal d'arbitrage international.

164. **L'arbitrage international.** En matière d'arbitrage international les traités prévoient, soit, l'arbitrage CIRDI,³²⁷ soit, la constitution d'un tribunal arbitral *ad hoc* organisé dans la plupart des cas, selon le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International (ci-après CNUDCI),³²⁸ soit un tribunal arbitral organisé par les parties au litige,³²⁹ ou encore une de ces trois options de façon facultative.³³⁰

³²⁴ TBI Colombie – Espagne, Chine.

³²⁵ Pérou, Chine, Grand Bretagne.

³²⁶ 3 mois TBI Colombie – Grand Bretagne, Pérou ; 6 mois TBI Colombie – Espagne, Colombie – Suisse, G3; 180 jours Chili. Neuf mois Colombie-Chine.

³²⁷ TBI Colombie– Grand Bretagne, Colombie – Pérou, Chine.

³²⁸ TBI Colombie- Cuba.

³²⁹ TBI Chine, TLC Chili.

³³⁰ TBI Colombie – Chili, Colombie – Espagne, Colombie – Suisse, G3.

165. Certains traités reprennent le contenu de l'article 25 de la Convention de Washington et prévoient que le consentement à l'arbitrage international est inconditionnel et irrévocable.³³¹ Même si les autres traités ne prévoient pas une telle disposition, cela ne met pas en cause le caractère obligatoire du consentement exprimé par la Colombie dans les traités : elle a, en effet, également approuvé la Convention de Vienne de 1969, de Washington de 1965 et de New York de 1958.

166. **Les conditions pour la mise en œuvre de l'arbitrage.** Certains traités prescrivent un délai pour saisir la juridiction à partir de la connaissance des faits litigieux,³³² ainsi que le droit applicable pour la résolution du conflit³³³ ; les traités prévoient systématiquement que la sentence arbitrale est obligatoire. Les TBI conclus avec la Suisse, la Chine et l'Espagne stipulent qu'avant de saisir le tribunal interne ou international, les voies de recours administratives doivent être épuisées. La Cour constitutionnelle juge à propos du traité passé avec l'Espagne que « le traité n'exige pas d'épuiser les voies juridictionnelles de recours internes, il n'exige que d'épuiser les voies de recours administratives. »³³⁴

167. Le legs de la Doctrine Calvo est présent dans tous les traités : ils prévoient tous que les parties à l'arbitrage ne peuvent utiliser les voies diplomatiques.³³⁵ Pour la Cour constitutionnelle « le renoncement à l'exercice de la protection diplomatique est conforme à la constitution. Il se fonde sur la nature même des conflits soumis à l'arbitrage CIRDI, qui sont de nature strictement juridique et privée et qui naissent d'un investissement fait par le national d'un Etat sur le territoire de l'autre Etat signataire. »³³⁶

³³¹ TBI Colombie – Espagne, Chine, Suisse.

³³² Le traité avec le Chili 39 mois ; la Chine, l'Espagne, le G3 : 3 ans, la Suisse 5 ans.

³³³ La loi interne y compris les dispositions de droit international privé ainsi que les principes généralement reconnus par le droit international.

³³⁴ Cour constitutionnelle, C-309/07, (03-05-2007).

³³⁵ Sur la doctrine Calvo voir n° 44 et s.

³³⁶ C-442/96.

168. Dans la pratique internationale, les Etats peuvent être mis en cause en raison du non-respect des termes d'un traité,³³⁷ d'un contrat dont ils sont parties, voire des deux. Le rôle de l'Etat n'est alors pas le même : dans le premier cas, il est mis en cause en tant que sujet de droit international, il s'agit de juger de sa responsabilité internationale³³⁸ ; dans le second cas, l'Etat ou les entités publiques agissent en tant que cocontractants, c'est-à-dire dépourvus, en principe, de prérogatives de puissance publique.³³⁹ Nous nous concentrerons donc sur l'arbitrage relatif à la responsabilité contractuelle de l'Etat et de ses entités publiques.

169. Ainsi, si les traités qui prévoient l'arbitrage international sont une source fondamentale de l'arbitrage international, le système institué par ces traités n'est pas uniforme. Il est indispensable d'étudier l'interaction entre ces règles, afin de déterminer les problèmes qui en découlent et les solutions proposées par la jurisprudence internationale.

³³⁷ Traités Bilatéraux d'investissement, traités multilatéraux ou Accords Multilatéraux d'Investissement.

³³⁸ La Cour constitutionnelle estime à ce propos qu'« il existe, une séparation entre l'exercice légitime des compétences de l'Etat colombien, qui doit proférer des règles claires, mais qui doit aussi prévoir sa responsabilité au moment de l'édition des actes administratifs qu'autorisent les investissements, afin d'éviter d'éventuels conflits internationaux, ou le cas échéant, les sanctions découlant de la responsabilité consacrée par l'article 90 de la constitution » C-750/08.

Constitution. Article 90. L'Etat est responsable patrimoniallement des dommages « anti-juridiques » causés par l'action ou l'omission des autorités publiques. Si l'Etat est condamné à une réparation patrimoniale d'un dommage causé par la conduite dolosive ou, par une faute lourde d'un de ses agents, l'Etat devra se retourner contre cet agent.

³³⁹ Si la loi autorise les entités publiques à passer des contrats internationaux, l'Etat peut aussi agir *jure imperii* dans certains contrats. Le critère de l'activité *jure imperii* réside en particulier dans la soumission de son activité au droit public. Cependant, les entités publiques ne peuvent faire usage des prérogatives de pouvoir public qu'à titre exceptionnel lorsque le service public est mis en cause dans le rapport contractuel ; ainsi, même si ces prérogatives sont réglées par un régime de droit public, cela ne change pas la nature du rapport contractuel privé entre cocontractants. D'ailleurs, le *paragraphe de l'article 14 de la loi 80 de 1993* établit que « dans les contrats passés avec des organismes internationaux, ou de coopération, d'aide ou d'assistance, dans les contrats entre collectivités publiques, dans les emprunts, donation et baux et dans les contrats ayant pour objet des activités commerciales ou industrielles des entités publiques qui ne correspondent pas aux activités décrites par le présent article 14-2 [activités de monopole public, activités de service public, exploitation et concession de biens publics et contrats de travaux], ou ayant pour objet le développement direct d'activités scientifiques ou technologiques, ainsi que dans les contrats d'assurance dont l'assuré est une personne morale de droit public, des clauses ou stipulations exceptionnelles ne seront pas incluses ».

Deuxième sous-section. La coexistence des sources

170. Même si la Colombie n'a pas été jusqu'à présent, à notre connaissance, partie à des contentieux internationaux en matière d'investissements, l'existence concomitante de l'arbitrage CIRDI, et des différents types d'arbitrage prévus par les Traités bilatéraux d'investissement ne va pas sans conséquences. Ainsi, les investisseurs étrangers et les acteurs de l'arbitrage international ont à leur disposition un large éventail de possibilités de résolution des litiges.

171. L'étude de ces conflits à la lumière des traités adoptés par la Colombie est indispensable : l'application de ces traités peut poser problème au regard des clauses d'attribution de compétence exclusive sur les litiges qui concernent l'administration publique.

172. Grâce à la publication de la *jurisprudence*³⁴⁰ CIRDI, nous avons pu recueillir des illustrations de résolution des conflits relatifs à l'interaction des sources de l'arbitrage. *Nous ne prétendons pas être exhaustifs dans l'analyse de cette jurisprudence car elle n'est pas l'objet même de notre étude.* Cependant, nous utiliserons des exemples pertinents pour l'analyse de l'arbitrage international des entités publiques colombiennes, y compris lorsque le contrat est l'instrument d'une opération d'investissement.³⁴¹

173. La question qui se pose est de savoir si en l'absence de convention d'arbitrage classique, les arbitres sont compétents uniquement sur le seul fondement d'une offre d'arbitrage contenue dans un traité international ou dans une loi. Autrement dit, les litiges contractuels de l'Etat et des entités publiques

³⁴⁰ Le mot *jurisprudence* est en cursives car nous l'utilisons strictement dans le sens suivant « ensemble des décisions rendues par les tribunaux ».

[<http://www.cnrtl.fr/definition/jurisprudence>, consulté le 4-12-2009].

³⁴¹ Pour les sentences arbitrales qui sont rendues en anglais, nous utiliserons la traduction faite par Emmanuel Gaillard : La jurisprudence du CIRDI, Paris, Pedone. (2004) et (2008).

peuvent-ils être soumis à l'arbitrage international en raison de la violation des engagements internationaux ?

174. **L'arbitrage international des contrats publics en l'absence de convention d'arbitrage classique.** En principe, une des clauses de rigueur dans les contrats publics colombiens est celle qui régit la résolution des litiges. Actuellement, il est assez rare qu'elle ne soit pas stipulée, surtout lorsque le cocontractant de l'administration est une personne étrangère.

175. En absence de clause de résolution des litiges, la juridiction compétente est, aux termes de l'article 72 de la loi 80 de 1993, la juridiction administrative. Cependant, si le cocontractant de l'administration est un investisseur étranger, dont l'investissement est protégé par un Traité d'investissement, il est tout à fait concevable qu'il présente une demande d'arbitrage international pour résoudre les litiges contractuels. Il faut simplement que l'objet du litige soit un investissement au sens du Traité de Washington ou d'un Traité d'investissement en vigueur.

176. Jusqu'à présent, les Traités d'investissement souscrits par la Colombie ne visent que les concessions octroyées par une loi, un acte administratif ou un contrat.³⁴² Le contrat de concession est-il l'unique contrat public qui peut être soumis à l'arbitrage en vertu de cette disposition expresse des Traités d'investissement ? Nous ne le croyons pas. Les définitions de l'investissement consacrées dans les Traités renvoient à une liste qui est suivie de la formule « pas exclusivement ». C'est-à-dire que ces listes ne sont pas exhaustives. Il appartient donc aux arbitres internationaux d'interpréter les termes du contrat pour déterminer si le contrat public objet du litige peut être qualifié d'investissement au sens du Traité d'investissement. Deux conditions sont donc nécessaires pour que la compétence de l'arbitre international se fonde sur un TBI : que les litiges contractuels de l'administration concernent les opérations d'investissement énumérées par le traité ; que le traité contienne une offre d'arbitrage international.

³⁴² TBI Espagne, Chili, Pérou, Royaume Uni.

La notion d'investissement n'est cependant pas claire dans la *jurisprudence* CIRDI³⁴³ ; En effet, dans les arbitrages *Vivendi c. Argentine* et *SGC c. Philippines*³⁴⁴ la notion d'investissement couvre les litiges contractuels. Or, deux affaires mettent en question l'unité de cette *jurisprudence*. Dans les arbitrages *L.E.S.I. - Dipenta c. Algérie* et *SGS c. Pakistan* les arbitres ont considéré que la définition de l'investissement ne recouvre pas nécessairement les litiges contractuels.³⁴⁵ Dans la première affaire, les arbitres remarquent que le consentement de l'Algérie a une portée réduite³⁴⁶ : « [25 (iii).] Il ne suffit pas à la demanderesse d'établir une violation du contrat ; il faut en plus qu'elle démontre que cette violation est simultanément constitutive d'une violation de l'Accord et de la protection qu'il entend garantir. »³⁴⁷

³⁴³ Voir n° 228.

³⁴⁴ « [55.] L'article 8 [du TBI] ne contient pas de formulation plus restreinte, exigeant que l'investisseur invoque à l'appui de son action une violation du BIT lui-même. Prises à la lettre, les conditions de la compétence arbitrale de l'article 8 n'exigent pas que le demandeur invoque une violation du BIT lui-même : Il suffit que le différend ait trait à un investissement réalisé en vertu du BIT. » CIRDI - ARB/97/3, Comité *ad hoc*, décision d'annulation, Compañia de Aguas del Aconquija S.A et Vivendi Universal (ex-compagnie Générale des Eaux), (03-07-2002).

« La formule " différends relatifs à des investissements " inclut naturellement des différends contractuels ; la même conclusion vaut pour la formule « différends d'ordre juridique en relation directe avec un investissement » de l'article 25(1) de la Convention CIRDI. » CIRDI - ARB/02/6, Société Générale de Surveillance S.A. (*S.G.S*) c. République des Philippines, (29-01-2004 (compétence)).

³⁴⁵ Dans l'affaire *L.E.S.I. - Dipenta c. Algérie*, une clause du traité couvrant *ogni controversia ad investimenti* n'a pas été considérée comme suffisante pour fonder la compétence du Tribunal à l'égard des demandes contractuelles. En effet, le Tribunal ne retient sa compétence que lorsque « [25.1] [...] les mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat. » CIRDI- ARB/03/08, Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. République Démocratique et Populaire Algérienne, (10-01-2005 (Compétence)).

Dans un sens similaire, les arbitres du cas *SGS c. Pakistan* décident que de la définition du différend par sa seule relation avec l'investissement, on ne peut déduire que le demandeur eut introduit une réclamation d'ordre contractuelle. « [162.] [...] Nous concluons que le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes formées par SGS et fondées sur des violations alléguées du contrat PSI, qui ne constituent pas également et n'équivalent pas à des violations des dispositions de fond du BIT. » CIRDI *SGS* Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan, ARB/01/13, (06-08-2004).

³⁴⁶ *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. République Démocratique et Populaire Algérienne*.

³⁴⁷ Sur les incertitudes nées des différentes positions de la jurisprudence arbitrale, voir : YVES NOUVEL. *La Compétence matérielle: contrat, traité et clauses parapluie*, in *La procédure arbitrale*

177. **L'interaction des sources de l'arbitrage international.** Des difficultés surviennent en raison de l'existence de clauses dans les TBI qui prévoient le choix entre l'arbitrage CIRDI, ou la faculté de soumettre les litiges à un Tribunal *ad hoc* ou le recours à la juridiction interne, alors que certains contrats publics d'investissement prévoient des clauses d'arbitrage attributives de compétences exclusives au profit de la juridiction étatique interne ou d'un tribunal arbitral de droit interne.

178. Ainsi, les contradictions qui résultent de la rédaction des traités et de la rédaction des contrats peuvent être sources de problèmes d'interprétation. D'ailleurs, les parties profitent assez souvent de telles circonstances pour mettre en cause l'expression du consentement contenu dans les instruments conventionnels ou contractuels.

179. On peut se demander si l'offre d'arbitrage contenue dans un traité ou dans une loi est hiérarchiquement supérieure à la convention d'arbitrage contenue dans un contrat.

180. D'une part, force est de constater que l'Etat Colombien n'a pas, à notre connaissance et jusqu'à présent, de lois d'investissement qui présentent des offres unilatérales d'arbitrage. Seuls cinq traités d'investissement conclus par la Colombie sont actuellement en vigueur.³⁴⁸ Il faut se demander si l'Etat colombien est lié par « l'offre d'arbitrage international » contenue dans les 7 lois d'approbation des Traités,³⁴⁹ si un litige naît avant l'entrée en vigueur du Traité.³⁵⁰

relative aux investissements internationaux: aspects récents, (2008), Sous la direction de CHARLES LEBEN.

³⁴⁸ Avec le Pérou depuis le 16 mai 1996, Avec l'Espagne depuis le 11 novembre 2007, avec la Confédération Suisse depuis le 6 juin 2008 et avec le Canada depuis le 15 août 2011.

³⁴⁹ Loi 245 du 29 décembre 1995 (Cuba), Loi 246 du 29 décembre 1995 (Royaume Uni et Irlande du Nord), Loi 672 de 2001 (Chili), Loi 1189 de 2008 (Chili), Loi 1143 de 2007 (Etats Unis), Loi 1461 de 2009 (Royaume Uni et Irlande du Nord), Loi 1462 de 2011 (Chine).

L'article 28 de la Convention de Vienne pose le principe de non-rétroactivité des Traités, à moins que les parties aient manifesté une intention différente, ce qui n'est le cas dans aucun des traités d'investissements souscrits par la Colombie. La finalité des lois d'approbation des traités est de permettre de ratifier les traités souscrits. Elles ne constituent donc qu'une des étapes de la procédure nécessaire à l'introduction du traité dans le droit interne.³⁵¹ En conséquence, le contenu de ces lois, y compris l'offre d'arbitrage, ne peut pas être interprété comme une offre unilatérale d'arbitrage international provenant d'une loi. En conséquence, l'Etat non plus qu'aucune de ses entités publiques, ne sont liés par des faits antérieurs à l'entrée en vigueur des traités. La responsabilité internationale de l'Etat ne peut pas être engagée.

181. D'autre part, nous ne croyons pas qu'il soit possible de soutenir qu'il existe une hiérarchie des sources de l'arbitrage. La *jurisprudence* CIRDI distingue les violations du contrat, de celles des traités d'investissement. Les arbitres CIRDI

³⁵⁰ En Colombie « l'approbation des traités exige la participation des trois pouvoirs publics : i) le Président de la République prend l'initiative pour conclure des conventions internationales avec d'autres Etats ou organisations internationales. Il négocie et souscrit le texte de l'accord. Nonobstant, son intervention est *ad referendum* dans la mesure où il est tenu de soumettre l'approbation du texte du traité au Congrès de la République (article 189-2 de la constitution) ; ii) le Congrès édicte une loi d'approbation ou rejette le texte du traité (article 150-16 de la constitution) ; iii) la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de la loi d'approbation (article 241-10 de la constitution) et, iv) une fois que la Cour constitutionnelle déclare la conformité de la loi d'approbation à la constitution, le Président de la République intervient à nouveau afin de ratifier le traité (article 241-10) » Cour constitutionnelle, A-288/10, (17-08-2010).

³⁵¹ Un représentant peut signer un traité "*ad referendum*", c'est-à-dire à la condition que sa signature soit confirmée par l'Etat. En ce cas, la signature ne devient définitive que si elle est confirmée par l'organe responsable. (Art. 12, par. 2, al. b. Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités) Voir à ce propos : http://www.aidh.org/Biblio/Onu/traites_02.htm#22.

« La signature [d'un traité] est une formalité ambiguë. Elle peut valoir d'engagement mais elle peut seulement signifier simple authentification du texte. Elle doit alors être suivie, pour que les sujets intéressés soient engagés, d'une procédure solennelle ultérieure, ratification ou formalités voisines, destinées à la fois à procurer à l'Etat un délai de réflexion et à certaines autorités internes une faculté d'examen du traité en cause. Elle vaut engagement, de même que la signature *ad referendum*, voire le simple paraphe, lorsque le traité le prévoit ou lorsque telle est l'intention des ou d'un négociateur pour son propre compte. Encore faut-il que cette procédure rapide soit admise par le droit interne de l'Etat contractant, qu'il reconnaisse la catégorie des « accords en forme simplifiée ». JEAN COMBACAU. SERGE SUR. *Droit international public. Op. cit.* p. 121.

sont donc compétents : si le contrat prévoit une clause arbitrale CIRDI, ou si les violations au contrat constituent aussi des violations conventionnelles (même en présence d'une clause attributive de compétence exclusive aux juridictions internes).

182. **Le conflit interprétatif entre l'offre d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement et une clause attributive de compétence exclusive pour les tribunaux internes.** En raison de la juxtaposition des sources d'arbitrage, les arbitres se posent la question de savoir quel est le véritable objet de la demande. C'est de la définition de cet objet que peut se déduire l'étendue du litige et la compétence des instances juridictionnelles. Les tribunaux arbitraux CIRDI ont tranché des conflits relatifs à leur propre compétence à travers l'analyse de l'existence du consentement réel des parties pour soumettre leurs différends au CIRDI. Les arbitres du CIRDI³⁵² étudient l'objet du litige, afin de vérifier si la violation du contrat est constitutive d'une violation du TBI et peut engager la responsabilité internationale de l'Etat au-delà de sa responsabilité contractuelle ; enfin, si les litiges contractuels peuvent être considérés, de façon explicite ou implicite, comme des opérations d'investissement au sens du TBI.

Dans le cas *Azurix c. Argentine*, l'appel d'offre, le contrat de concession et le contrat de garantie signés par la société Azurix contenaient une clause attributive de compétence en faveur des juridictions administratives de la ville de la Plata,

³⁵² Le comité *ad hoc* pour l'annulation de l'affaire *Vivendi* estime que « [98.] Dans une affaire dans laquelle le fondement essentiel d'une action devant un tribunal arbitral est la violation d'un contrat, le tribunal donnera effet à toute clause de juridiction valable du contrat. » En absence de cette disposition « [...] La compétence du Tribunal s'étend au contrat dans la mesure nécessaire au règlement de la question de la violation du traité [...] » Mais, il considère ensuite qu'« [103.] [...] un Etat ne peut s'abriter derrière une clause attributive de compétence exclusive d'un contrat pour éviter la qualification de son comportement en acte internationalement illicite en application d'un traité » *Compañía de Aguas del Aconquija S.A et Vivendi Universal (ex-compagnie Générale des Eaux)* ; *Société Générale de Surveillance S.A. (S.G.S) c. République des Philippines*. CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c/ Maroc*, [ARB/00/4](#), (23-07-2001) ; *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c/ Maroc*, [ARB/00/4](#) ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan*, [ARB/01/13](#) ; Conseil d'Etat, *Sociedad Ingenieria y*

spécifiant que la signature constituait une renonciation à toute autre juridiction ou compétence. Le tribunal arbitral juge, dans sa décision sur sa compétence, que « [79] les tribunaux ayant statué dans les affaires précitées [*Lanco* et *Vivendi I*] ont conclu que les clauses attributives de compétence n'excluaient pas leur compétence parce que l'objet de toute procédure devant les juridictions nationales, en application des arrangements contractuels en question, et le différend porté devant le tribunal arbitral CIRDI, étaient distincts et qu'en conséquence, les clauses attributives de compétence n'étaient pas applicables. Ce raisonnement s'applique également à la clause de renonciation de compétence dans la présente affaire. Les réclamations ou demandes formées devant le présent Tribunal ont une nature différente des réclamations qu'ABA [*Azurix Buenos Aires*] pourrait former devant les juridictions de la ville de La Plata en application des documents contractuels. »³⁵³

183. Les Traités d'investissement souscrits par la Colombie prévoient que les litiges peuvent être soumis aux tribunaux nationaux. Si le contrat prévoit que la juridiction compétente pour résoudre les litiges est la juridiction administrative, le contrat et le traité vont dans le même sens quant à la résolution des litiges contractuels. En conséquence, il n'y a pas de concurrence entre les sources d'arbitrage. Les arbitres internationaux ne peuvent être saisis qu'en ce qui concerne les violations du Traité d'investissement.

184. **La transformation de la violation du contrat en violation du Traité.** Le Tribunal arbitral qui a jugé le cas *SGS c. Pakistan* vérifie la portée du consentement du Pakistan à l'arbitrage CIRDI³⁵⁴ afin de déterminer si une

Construccion Ltda vs. Invias, 17704, (17-08-2000) ; *Sociedad Ingenieria y Construccion Ltda vs. Invias*, 17704.

³⁵³ CIRDI - ARB/01/12, *Azurix c. Argentine*, (08-12-2003).

³⁵⁴ « [167.] Considérant le principe généralement reconnu par lequel nous avons commencé, à savoir qu'en droit international général, la violation d'un contrat passé par un Etat avec un investisseur d'un autre Etat, n'est pas, en elle-même, une violation du droit international, et considérant en outre que les conséquences juridiques que la demanderesse nous demande de

violation contractuelle pouvait devenir une violation conventionnelle en vertu d'une clause parapluie.³⁵⁵ Ce Tribunal a été confronté au problème de concurrence des sources car *SGS* a saisi un Tribunal CIRDI alors qu'une procédure devant un Tribunal arbitral interne était déjà engagée. Le Tribunal a décidé de reconnaître sa compétence, mais a pris également soin de distinguer les litiges nettement contractuels de ceux qui peuvent constituer une violation des engagements découlant du TBI : « [161.] [...] tant la demanderesse que la défenderesse ont déjà soumis leurs réclamations respectives reposant seulement sur le contrat OSI à l'arbitre saisi sur le fondement du contrat PSI. [...] Nous estimons que l'article 11.1 du contrat PSI est une clause valable de compétence juridictionnelle *pour autant qu'elle concerne les réclamations contractuelles de la demanderesse qui ne s'analysent pas*

faire produire à l'article 11 du BIT sont d'une portée tellement large [...] nous estimons qu'une preuve claire et convaincante doit être rapportée par la demanderesse [...] que telle était effectivement l'intention partagée par les parties contractantes au Traité bilatéral de protection des investissements entre la Suisse et le Pakistan. [...] » Le Tribunal cherche alors l'étendu de la volonté des parties lorsqu'il analyse la position de la clause de résolution des litiges par rapport aux obligations découlant du traité et trouve que la soumission des litiges à l'arbitrage n'en constitue pas une obligation de premier ordre: « [170.] Etant donné la structure et l'ordonnement du reste du Traité exposés ci-dessus, nous considérons que si la Suisse et le Pakistan avaient eu pour intention que l'article 11 exprime une obligation classique de fond de « premier ordre » prévues aux articles 3 à 7. La séparation de l'article 11 de ces obligation par l'article sur la subrogation et les deux clauses de règlement des différends (article 9 et 10) constitue, selon nous, une indication que l'article 11 n'avait pas pour but de poser une obligation de fond de la nature de celles prévues aux articles 3 à 7, et moins encore une qui puisse, en étant lue de la manière dont *SGS* nous demande de la lire, supplanter et rendre largement redondantes les obligations de fond prévues aux articles 3 à 7 [...] Nous disons que l'interprétation suggérée par la demanderesse soulève des questions quant à la cohérence de la structure du BIT.] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan, ARB/01/13.*

³⁵⁵ Yves Nouvel estime à ce propos que « ce n'est pas le manquement au contrat qui constitue un fait internationalement illicite, mais le fait de ne pas satisfaire à l'obligation internationale de respecter le contrat. La différence est considérable. (p. 12.) [...] En définitive, la clause de respect des engagements est une disposition de fond qui oblige les parties au traité à une prestation déterminée : le respect des obligations contractuelles selon le droit qui leur est applicable. [...] Dans le cadre de cette appréciation, il reste loisible au Tribunal de considérer que parmi les violations du contrat, seules celles résultant d'un acte de souveraineté sont susceptibles de faire jouer la clause de couverture. En effet, une ligne jurisprudentielle très soutenue invite à considérer si l'exercice de la puissance publique est à l'origine de la violation. » YVES NOUVEL. *La Compétence matérielle: contrat, traité et clauses parapluie* Version provisoire. p.13.

également en réclamations fondées sur le BIT et c'est une disposition que le présent Tribunal doit respecter. [...] »³⁵⁶

En conséquence, même si des tribunaux internes ont une compétence exclusive sur les conflits nettement contractuels, le CIRDI continue de bénéficier d'une sphère de compétence propre sur les litiges contractuels, dans la mesure où les investisseurs se plaignent d'un manquement au Traité.

³⁵⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan*, ARB/01/13. Le 11 décembre 2000, le Pakistan a présenté une demande d'arbitrage à Islamabad, en application de l'article 11 du contrat (clause compromissoire : tout litige relatif au contrat devait être tranché par un Tribunal d'arbitrage à Islamabad et selon l'*Arbitration act* pakistanais.) SGS conteste la compétence du Tribunal et présente une demande reconventionnelle. Le 12 octobre 2001 SGS saisit un Tribunal arbitral CIRDI et le 4 janvier 2002 sollicite du Tribunal de première instance d'Islamabad la suspension de l'arbitrage local. SGS argue à cet effet, la compétence du Tribunal CIRDI pour connaître le litige. Cette demande a été rejetée et confirmée en deuxième instance par la Cour d'appel de Lahore et par arrêt de la Cour de cassation pakistanaise du 3 juillet 2002. La Cour de cassation interdit sous astreinte à SGS de poursuivre l'arbitrage CIRDI. Cependant, le Tribunal arbitral CIRDI affirme sa compétence pour connaître les prétentions fondées sur la violation des engagements découlant du Traité conclu entre la Suisse et le Pakistan. Ainsi, il estime qu'« [147.] [...] *il existe un principe général selon lequel les mêmes faits peuvent donner lieu à des réclamations trouvant leur fondement dans des ordres juridiques différents : l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international* » (Nous soulignons). Par contre, il conclut que la formulation de la clause de règlement des litiges du Traité est très large, et en conséquence, ne suffit pas à lui donner compétence à l'égard des réclamations fondées exclusivement sur le contrat : « [162.] Nous concluons que le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes formées par SGS et fondées sur des violations alléguées du contrat PSI qui ne constituent pas et n'équivalent pas à des violations des dispositions de fond du BIT ». Ainsi, sur l'existence de deux procédures parallèles le Tribunal établit que « [189.] *Les conclusions de l'arbitre du contrat PSI sur la conformité ou non des agissements de la défenderesse (ou du reste de la demanderesse) au contrat, ne sont, en tout hypothèse, pas décisives pour savoir si le Pakistan a agi ou non conformément à ses obligations résultant du BIT. La conduite jusqu'à son terme de l'arbitrage relatif au contrat PSI n'est donc pas une condition préalable au règlement des demandes de SGS fondés sur le BIT* ». (Nous soulignons).

A propos du cas *Bayindir c. Pakistan* Julien FOURET et Dany KHAYAT estiment qu'« *alors que l'investisseur turc avait, dans un premier temps, formulé des demandes contractuelles et, subsidiairement, soutenu qu'elles consistaient également en des violations du BIT, il a ensuite renoncé, à un stade très avancé de la procédure – au début de l'audience sur la compétence – à ses demandes contractuelles « pures ».* L'affaire s'est donc trouvée amputée d'une partie de son intérêt sur cette question. S'il ne subsiste que des demandes fondées sur le BIT, il ne fait a priori pas de doute que le Tribunal doit se déclarer compétent. » JULIEN FOURET. DANY KHAYAT. Recueil des commentaires des décisions du CIRDI, Bruxelles, Buylant. (2009). p. 388. Compte tenu de l'attitude de la partie demanderesse, le Pakistan a demandé au Tribunal d'examiner s'il s'agissait réellement de demandes fondées sur le TBI et non de réclamations contractuelles déguisées. CIRDI - ARB/03/29, *Bayindir c. République Islamique du Pakistan*, (14-11-2005 (Compétence)).

185. Nous ne connaissons pas d'exemples de *jurisprudence* arbitrale à propos de la concurrence des sources de l'arbitrage, lorsqu'un TBI prévoit la juridiction CIRDI et qu'un contrat stipule la compétence d'un tribunal arbitral interne pour résoudre certains types de litiges contractuels. La question qui se pose est donc la suivante : qu'a déterminé le contrat quant aux autres litiges ? Si le contrat a déterminé expressément qu'ils sont soumis à la compétence des juridictions internes, les arbitres CIRDI sont placés devant une clause attributive de compétence exclusive en matière contractuelle. Cependant, la réponse ne serait pas aussi claire si les parties ont gardé le silence quant aux autres litiges. A notre avis, les arbitres CIRDI doivent étudier d'abord si l'objet du litige contractuel est de la compétence exclusive des juridictions internes, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un litige de la compétence matérielle de la juridiction administrative,³⁵⁷ et ensuite si le TBI stipule que le contrat est une opération d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington ; enfin, si la violation du contrat constitue une violation des engagements internationaux de l'Etat.

186. **La coexistence des sources de l'arbitrage crée-t-elle un droit de double indemnisation pour l'investisseur ?** La question est de savoir ce que recherche l'investisseur lorsqu'il saisit un Tribunal interne et un Tribunal d'arbitrage international. Recherche-t-il une double indemnisation fondée sur les mêmes faits mais provenant de la violation du contrat et de la violation du traité ? qu'obtient-il dans la pratique ? Quelle doit être l'attitude de l'arbitre face à cette situation ? Emmanuel Gaillard estime à ce propos que « *c'est en particulier lors de l'appréciation du préjudice réellement subi par l'investissement que le tribunal arbitral doit prendre garde à ne pas placer l'investisseur en position d'être indemnisé deux fois, l'une par le tribunal arbitral international et l'autre au titre des actions formées par la société de droit local qui, comme la mesure litigieuse elle-même, rejailliront sur la situation des actionnaires. C'est*

³⁵⁷ « [26.] [...] La compétence des juridictions administratives ne pouvant être ni choisie ni écartée, le recours aux juridictions administratives ne peut pas être compris comme une procédure de règlement des litiges préalablement convenue » CIRDI - ARB/97/6, Lanco International, Inc. c. République Argentine, (8-12-1998 (compétence)).

donc à juste titre que, dans la décision rendue le 8 décembre 2003 dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, le Tribunal arbitral se déclare sensible à ces préoccupations et observe que l'octroi d'une réparation quelconque suppose la démonstration par l'investisseur de la perte qu'il a réellement subie » (décision, n°10, *infra*, p. 855).³⁵⁸ Le cumul de procédures et le sursis à statuer pourraient être les voies qui permettent aux arbitres d'éviter une double indemnisation de l'investisseur.³⁵⁹

187. La pluralité des sources de l'arbitrage génère des conflits de compétence. Les ambiguïtés de rédaction impliquent que l'arbitre interprète lui-même les textes en cause. Ainsi, en présence d'une pluralité de sources, seule l'appréciation de l'étendue réelle du consentement des parties dans le traité international et dans la convention d'arbitrage international permet à l'arbitre de déterminer sa compétence sur le litige qui concerne l'Etat ou les entités publiques. Il est également souhaitable qu'à l'image du Traité bilatéral conclu avec la Chine, la Colombie stipule dans les Traités futurs ou en cours de négociation la clause *electa una via*. Ainsi, le choix d'une voie de recours pour résoudre le litige qui lie les parties sera définitif.³⁶⁰

Deuxième section. La convention d'arbitrage international dans les contrats publics

188. Pour que la stipulation de l'arbitrage international commercial ou d'investissement soit valable, il faut non seulement que les parties soient capables de compromettre (première sous-section), mais aussi que les conditions de qualification de l'arbitrage international soient réunies. (deuxième sous-section).

³⁵⁸EMMANUEL GAILLARD. *La jurisprudence du CIRDI*. p. 814.

³⁵⁹ Sur d'autres voies de réparation possibles dans l'arbitrage d'investissement voir : NIGEL BLACKABY. ANDREA CAMARGO GARCIA. *Alternativas de reparación en arbitraje internacional de inversiones*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 1, 160-181 (2008).

³⁶⁰ S'il s'agit d'un arbitrage CIRDI, l'article 26 de la Convention de Washington dispose que « le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf

Première sous-section. Les conditions pour la stipulation de la convention d'arbitrage

189. Le droit des contrats publics colombiens n'établit pas de règles différentes pour la stipulation de l'arbitrage interne et international. Il est cependant nécessaire d'étudier la nature des normes qui autorisent les parties au litige à compromettre (§1), avant de déterminer les conditions de l'expression du consentement à l'arbitrage international dans les contrats publics (§2).

§1. La capacité des parties

190. Les parties à une convention d'arbitrage international dans un contrat public sont, d'un côté, l'entité publique, sans laquelle le contrat ne pourrait pas être qualifié de public et, de l'autre côté, une personne privée, une personne publique étrangère ou une organisation internationale.

191. **La capacité des entités publiques.** Le fondement de la capacité des personnes publiques et privées pour stipuler l'arbitrage international est la constitution et la loi 80 de 1993 qui octroient aux entités publiques la capacité de passer des contrats³⁶¹ avec des sujets étrangers³⁶² et de soumettre les litiges qui en découlent à l'arbitrage international.³⁶³ En outre, l'art 25 de la loi 267 de 1995 (loi

stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours [...] ».

³⁶¹ *Loi 80 de 1993. Article 2.* Voir à ce propos n° 91 et s. et 912 et s.

³⁶² *Loi 80 de 1993. Article 6. De la capacité pour passer des contrats.* Peuvent passer des contrats avec des entités publiques les personnes en ayant la capacité selon la loi. Peuvent aussi passer ces contrats les consortiums et les unions temporaires.

Les personnes morales nationales et étrangères doivent accréditer leur existence pour la durée du contrat et une année supplémentaire.

³⁶³ *Loi 80 de 1993. Article 70. Sur la clause d'arbitrage.* 4^{ème} alinéa. Dans les contrats avec des cocontractants étrangers et dans ceux qui incluent un financement à longue durée, des systèmes de

qui approuve la Convention qui crée le Centre International du Règlement des différends liés aux investissements) dispose que la compétence du CIRDI s'étend aux « différends entre un Etat, une collectivité publique ou un organisme dépendant de lui et le ressortissant d'un autre Etat contractant en matière d'investissement ». Ces lois ont été compilées par le décret 1818 de 1998 « par lequel se définit le statut des mécanismes alternatifs de solution des conflits » aux articles 196 au 221.

192. L'article 70, alinéa 4, de la loi 80 de 1993 dispose que « dans les contrats passés avec des cocontractants étrangers ainsi que *ceux passés avec un ressortissant national*³⁶⁴ et ceux qui incluent un financement de longue durée, des systèmes de paiement à travers l'exploitation de l'ouvrage construit ou des opérations sur des biens affectés à un service public, il sera possible de prévoir que les différends contractuels seront soumis à un Tribunal d'arbitrage international. » La partie soulignée a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle qui juge qu'« étant donné que c'est un critère obligatoire pour l'existence de l'arbitrage international en matière de contrats publics qu'il y ait au moins un élément d'extranéité, l'article attaqué est inconstitutionnel ».³⁶⁵ En outre, la loi 267 de 1996

paiement à travers l'exploitation de l'ouvrage construit ou l'opération sur des biens pour la prestation d'un service public, il sera possible de prévoir que les différends relatifs au contrat seront soumis à la décision d'un Tribunal d'arbitrage international.

Décret 1818 de 1998. Article 197. Normes applicables à l'arbitrage international. L'arbitrage international est régi dans toutes ses parties par les normes de cette loi, et tout particulièrement par les dispositions des Traités, Conventions, Protocoles et d'autres actes de Droit International souscrits par la Colombie, lesquels sont supérieurs aux normes du Code de procédure civile dans ce domaine. En tout cas, les parties sont libres de déterminer la norme substantielle applicable selon laquelle les arbitres doivent résoudre le litige. D'ailleurs, les parties pourront déterminer directement ou à travers un règlement d'arbitrage la procédure arbitrale y compris la convocation, la constitution, le cours de la procédure, la langue, la désignation et la nationalité des arbitres ainsi que le siège du Tribunal, lequel pourra être installé en Colombie ou à l'étranger.

³⁶⁴ C-347/97. Pour l'analyse de cette décision voir n° 222.

³⁶⁵ D'ailleurs la Cour ajoute que « sous prétexte de l'autonomie de la volonté, il n'est pas possible de permettre que les parties au contrat public écartent le droit interne pour se soumettre à un tribunal international sans que dans le litige existe au moins un élément d'extranéité. » C-347/97.

autorise (article 25) l'Etat et les entités publiques à soumettre à la juridiction du CIRDI leurs litiges avec des investisseurs étrangers.

193. Dans les traités d'investissement, les Etats s'engagent à résoudre leurs litiges par l'arbitrage. Il n'y a donc que les Etats, en tant que parties d'un litige futur et dont les contours sont prévus par le texte du traité, qui donnent leur consentement au moment de la signature. L'autre partie au litige, c'est à dire le ressortissant d'un des deux Etats signataires, est inconnue jusqu'au moment où elle décide d'attaquer en justice l'Etat ou une de ses entités.³⁶⁶

194. L'Etat est donc un sujet de droit international public qui est partie à des accords internationaux sur l'arbitrage,³⁶⁷ par lesquels il se soumet à l'arbitrage.³⁶⁸ Par ces accords, l'Etat stipule l'arbitrage interétatique pour résoudre les litiges nés entre Etats et liés à l'interprétation et à la mise en œuvre du traité, et l'arbitrage international pour résoudre les conflits nés entre l'Etat d'accueil de l'investissement et les investisseurs privés. Mais, il est aussi source de droit car il fournit le cadre juridique de l'arbitrage interne et international. D'où l'importance de garantir la cohérence entre la volonté de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage interne et international et le cadre juridique institué.

195. **La capacité des cocontractants des entités publiques.** L'article 70, alinéa 4 précité, autorise l'arbitrage international dans les contrats passés avec des cocontractants étrangers. Cet article ne détermine pas la nature des cocontractants étrangers : il peut aussi bien s'agir de personnes privées que de personnes publiques ou d'organisations internationales pourvu qu'elles soient étrangères, comme l'a jugé la Cour constitutionnelle.

³⁶⁶ C'est donc à ce moment-là qu'il doit exprimer son consentement par écrit afin que la requête puisse être enregistrée au sein du CIRDI [article 25(1)].

³⁶⁷ Convention de New York de 1958, Convention de Panama de 1975, Convention de Washington de 1965.

196. La capacité des personnes privées de conclure des contrats avec des entités publiques découle non seulement du régime de liberté contractuelle prévu par la constitution³⁶⁹ et le Code civil colombien, mais encore de l'autorisation expresse de la loi relative aux contrats publics³⁷⁰ et du régime conventionnel des investissements étrangers.

197. L'Etat colombien présente une offre d'arbitrage aux investisseurs privés à travers des Traités de libre commerce et des Traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Ceux-ci octroient aux investisseurs ressortissants des Etats signataires le droit de mettre en cause l'Etat d'accueil de l'investissement devant la justice arbitrale internationale. Les investisseurs doivent être nationaux d'un des Etats signataires pour exercer ce droit subjectif. Ces traités restreignent également leurs droits, lorsqu'ils stipulent l'impossibilité pour les investisseurs de demander la protection diplomatique de leur Etat.³⁷¹

198. La Convention de Washington confère aux personnes privées le droit d'ester en justice même si elles n'ont pas la qualité de sujet de droit international public. L'article 25 dispose que la compétence du CIRDI s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou une collectivité publique ou un organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant. Elle établit ensuite que : (2) « ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie : a. Toute personne physique qui possède la nationalité d'un

³⁶⁸ Traités multilatéraux et bilatéraux d'investissements, et Traités de libre commerce.

³⁶⁹ L'article 333 de la constitution garantit la liberté d'entreprendre. La Cour constitutionnelle a déterminé à ce propos que "la liberté contractuelle" est un élément essentiel de la liberté d'entreprendre. Ainsi, pour la cour, le contrat est un instrument essentiel pour le développement de cette liberté. Celle-ci fait également partie du droit au libre développement de la personnalité et de la liberté d'association. Cour constitutionnelle, C-624 /98, (04-11-1998).

³⁷⁰ *Loi 80 de 1993. Article 6. Sur la capacité pour passer des contrats.* Peuvent passer des contrats avec des entités publiques les personnes ayant capacité selon la loi. Peuvent aussi passer ces contrats les consortiums et les unions temporaires. Les personnes morales nationales et étrangères doivent accréditer leur existence pour la durée du contrat et une année supplémentaire.

³⁷¹ TBI avec Le Royaume Uni, le Pérou, l'Espagne, la Suisse, la Chine.

Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage, ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'art. 28, al. (3) ou à l'art. 36, al. (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend; b. Toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. »

199. La Cour constitutionnelle a jugé à ce propos qu'« en vertu de la Convention de Washington, l'investisseur acquiert une capacité juridique propre face à un Etat devant un tribunal international, indépendamment du droit et de la volonté de l'Etat auquel il appartient. Cette capacité, limitée exclusivement aux effets et procédures consacrées par la Convention, provient de la volonté des Etats signataires de la Convention. La consécration de cette caractéristique est une évolution révolutionnaire au regard des structures traditionnelles du droit international public, qui considère les seuls Etats comme sujets de droit international. »³⁷²

200. *La nationalité de l'investisseur.* Sur le plan international, la nationalité est le lien juridique existant entre un Etat et une personne physique ou morale ; il appartient au droit interne de chaque Etat d'établir les règles de définition de la nationalité.³⁷³

³⁷² C-442/96.

³⁷³ Pour les personnes physiques il est normalement déterminé par le système de *jus sanguinis* (nationalité des parents), *jus soli* (naissance sur le sol), naturalisation ou mariage. Pour les sociétés, en Amérique du Nord, la nationalité des sociétés suit traditionnellement l'Etat d'incorporation, et en Europe, la nationalité suit normalement le pays du siège social ou de la direction effective de la société. Les Etats-Unis et le Canada exigent un lien de rattachement effectif marqué par l'incorporation de la

La question qui se pose est de savoir si l'investisseur binational peut saisir les arbitres internationaux sur le fondement des traités d'investissement.

Force est de constater d'abord que les règles ne sont pas les mêmes s'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique. En ce qui concerne les personnes physiques, l'article 11 du TBI conclu entre la Colombie et l'Espagne prévoit que : « 4. Dans le cas où l'investisseur est une personne physique qui possède la nationalité des deux Etats contractants, le présent accord s'appliquera aux seuls investissements réalisés sur le territoire duquel l'investisseur n'est pas en train d'exercer de manière effective la nationalité. 5. A cet effet, l'Etat de nationalité effective est celui avec lequel l'investisseur maintient le plus de liens politiques, où il a établi son domicile habituel, selon ce qui est prévu par la Convention sur la double nationalité entre l'Espagne et la Colombie du 27 juin 1979 et son protocole additionnel du 14 septembre 1998. »

La nationalité qui doit s'appliquer est celle couramment utilisée par l'investisseur par opposition à celle qu'il n'utilise pas au quotidien. Il semble donc que ce TBI reprenne la règle de la nationalité effective (article 5 de la Convention de la Haye de 1930), selon laquelle « afin de déterminer la nationalité effective, il y a lieu de rechercher avec quel Etat l'intéressé présente en fait les liens les plus étroits »³⁷⁴ et la jurisprudence *Nottebohm* de la CIJ : « *La nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments joints à une réciprocité de droits et de devoirs; elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est en fait rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère plus qu'à celle de tout autre Etat* ». ³⁷⁵

société plus le siège social. La notion de nationalité adoptée par chaque pays devient extrêmement importante dans les rapports interétatiques, lorsqu'il s'agit de résoudre des affaires liées à la protection diplomatique.

³⁷⁴ BERNARD AUDIT. *Droit International Privé*, Paris, Economica. (2008). p. 792.

³⁷⁵ Cour internationale de Justice, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, (06-04-1955). « *Comme la CIJ l'a indiqué dans son arrêt célèbre sur l'affaire de la Barcelona Traction, seul un Etat, l'Etat de nationalité, peut intervenir et exercer la protection diplomatique; mais lorsque des droits de l'homme sont en jeu, n'importe quel Etat peut intervenir. Il s'ensuit que l'Etat de nationalité n'est pas en mesure de renoncer à faire valoir toutes les réclamations portant sur la protection des droits fondamentaux de ses nationaux.* » UNITED NATIONS. *Annuaire de la Commission du droit international*, United Nations éditeur. (2005). (2617 séance – 9 mai 2000) p. 47.

Ce principe est appliqué en cas de conflit positif, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu de se prononcer entre deux nationalités.³⁷⁶ « *Le cumul de nationalités se traduit pour l'intéressé par un certain nombre de facilités. Il pourrait théoriquement invoquer la protection diplomatique liée à chacune d'elles ; selon l'Etat tiers à l'encontre duquel il est appelé à faire jouer cette protection, l'une peut être plus efficace que l'autre* ». ³⁷⁷ Le non-respect de cette obligation a pour conséquence l'inopposabilité de cette nationalité aux Etats tiers.

201. Pour l'Etat colombien,³⁷⁸ la nationalité des personnes physiques est déterminée par la naissance sur le territoire colombien lorsqu'un des parents, au moins, a la nationalité colombienne ou réside sur le territoire au moment de la naissance. L'enfant d'un ressortissant colombien né à l'étranger peut installer son domicile en Colombie ou demander son inscription sur le registre des naissances du consulat de Colombie. Les étrangers sont ceux qui ne remplissent pas les conditions exigées par le droit colombien pour être nationaux. Les étrangers peuvent obtenir la nationalité colombienne s'ils obtiennent une carte de naturalisation selon les normes en vigueur. Le Code de commerce dispose que les sociétés étrangères sont « celles constituées selon les lois d'autre pays. Elles ont leur domicile à l'étranger ». ³⁷⁹ Qu'il s'agisse des sociétés étrangères ou des personnes physiques étrangères, ils peuvent engager la responsabilité de l'Etat colombien devant un tribunal arbitral international en raison de la violation des dispositions du Traité international d'investissement.

Cependant, comme la double nationalité est acceptée par le droit colombien, le principe de la nationalité effective est applicable aux binationaux, non seulement par rapport à l'Espagne en raison de l'existence d'une disposition expresse à cet égard, mais plus généralement parce que la constitution reconnaît et respecte les

³⁷⁶ BERNARD AUDIT. *Droit International Privé*. Op. cit. p.784.

³⁷⁷ *Ibidem*, p.789.

³⁷⁸ *Constitution*. Article 96 (réformé par l'acte législatif 01 du 25 janvier 2002).

³⁷⁹ *Code de commerce*. Article 469. Sur les problèmes liés à la nationalité des sociétés selon le droit international privé en Colombie voir : JOSÉ LUIS MARIN FUENTES. *Análisis de la legislación colombiana sobre las sociedades extranjeras frente al derecho internacional privado*, Estudios de derecho - Universidad de Antioquia, 64 n° 143, (2007).

principes généraux du droit international y compris celui de la nationalité effective.

202. *Le contrôle économique des sociétés étrangères.* Il faut remarquer que selon l'article 25 (2) de la Convention de Washington, le contrôle économique exercé par des personnes physiques ou morales étrangères sur des sociétés nationales peut autoriser cette société à engager la responsabilité de l'Etat dont elle a la nationalité. Ainsi, l'intérêt de la décision sur la compétence dans l'affaire *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. [Aucoven] c. République bolivarienne du Venezuela* tient à l'application faite de la condition de contrôle étranger de la filiale de droit local permettant aux parties de considérer celle-ci comme ressortissant d'un Etat contractant aux fins de l'application de la Convention.³⁸⁰ « [143]. Dans l'affaire *Banro*, le transfert d'actions n'était pas soumis à l'approbation du gouvernement et, de façon plus importante encore, les parties n'avaient pas contractuellement défini le critère du contrôle étranger. En raison de ces différences, le Tribunal arbitral est d'avis qu'une analogie entre l'affaire *Banro* et la présente affaire n'est pas appropriée ». ³⁸¹

Cependant, le Tribunal arbitral dans l'affaire *Lanco c. Argentine* a jugé que « la convention [de Washington] ne contient pas de définition du terme « nationalité », ce qui a pour conséquence de laisser à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité. En règle générale, les Etats appliquent à cette fin ou bien le critère du siège social, ou bien celui du lieu d'incorporation. Par contre, la nationalité des actionnaires ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital, n'est pas normalement un critère pour la nationalité d'une société, étant entendu que le législateur peut

³⁸⁰ Le Tribunal établit à ce propos que « [97]. La Convention ne contient pas de définition de ces exigences objectives. Les rédacteurs de la Convention ont délibérément choisi de ne pas définir les termes « différend d'ordre juridique », « investissement », « nationalité » et « contrôle exercé par les intérêts étrangers ». Compte tenu de la nature consensuelle de la Convention, ils ont préféré donner aux parties la plus grande latitude pour définir ces termes eux-mêmes, à la condition que les critères choisis par les parties soient raisonnables et pas complètement incohérents avec le but de la Convention... » [...] « 113. [...] Le concept de contrôle exercé par des intérêts étrangers étant souple et large, différents critères peuvent être pris en considération, tels que l'actionnariat, les droits de vote, etc. » CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. [Aucoven] c. République bolivarienne du Venezuela*, (27-09-2001 [compétence]).

mettre ces critères en jeu pour des cas d'exception. Une « personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend », expression utilisée à l'article 25(2) (b) de la Convention, est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l'Etat en question, a son siège social dans l'Etat où elle a été créée en application de son droit des sociétés (incorporation) » (décision 29).³⁸²

203. Dans le cadre de la Convention de Washington, la date du consentement de la personne physique et d'enregistrement de la requête sont les données qui permettent de déterminer si le requérant est bien ressortissant d'un Etat contractant, autre que celui qui est partie au différend. En matière de sociétés, le CIRDI est compétent, même si une société engage la responsabilité de l'Etat dont elle possède la nationalité, lorsque la société est sous contrôle économique étranger.

204. **La capacité des organismes internationaux et des personnes morales de droit public étrangères.** La loi 80 de 1993 permet aux entités publiques de stipuler l'arbitrage international avec des personnes étrangères. Il faut remarquer que les organismes internationaux et les personnes morales de droit public étrangères ont la qualité d'étrangers au regard du droit colombien. Les entités publiques colombiennes peuvent donc conclure valablement des conventions d'arbitrage international avec eux. La loi 1150 de 2007 qui modifie quelques articles de la loi 80 de 1993 dispose (article 20) une liste des contrats conclus avec des organismes internationaux et des personnes morales de droit public étranger, qui peuvent être soumis aux règlements de ces entités. Ces règlements prévoient souvent la stipulation de l'arbitrage international pour résoudre les conflits contractuels.

³⁸¹ Voir à ce propos : EMMANUEL GAILLARD. La jurisprudence du CIRDI, Paris, Pedone. (2004). p. 682-685.

³⁸² CIRDI Amco c. Indonésie, [ARB/81/1](#) (20-11-1984).

205. En résumé, lorsque l'Etat colombien se soumet à l'arbitrage international, il donne son consentement et renonce à son privilège de juridiction³⁸³ : il accepte par avance le caractère obligatoire de la décision d'un Tribunal arbitral international. Cette renonciation découle aussi bien du droit interne qui autorise la soumission à l'arbitrage international, que de la manifestation du consentement à l'arbitrage dans les conventions internationales et les contrats publics.³⁸⁴

§2. *Le consentement des parties*

206. **Le consentement doit être exprimé par écrit.** Nous avons vu qu'en droit interne, la nature des exigences de l'expression du consentement en matière d'arbitrage est fortement débattue. Etant donné que le Conseil d'Etat juge que la convention d'arbitrage est un contrat public, celle-ci doit être stipulée par écrit.³⁸⁵ L'exigence d'un écrit est, en conséquence, une condition *ad substantiam actus* de la convention d'arbitrage.³⁸⁶

³⁸³ Voir à ce propos : PHILIPPE LÉBOULANGER. *Immunités et arbitrage*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, De Boeck & Larcier s.a., (2004), 252 - 262. EMMANUEL GAILLARD. *Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et Autonomie d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendant d'eux*, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, (2004), Sous la direction de Pingel, Isabelle, 119 - 127.

³⁸⁴ Berthold Goldman estime qu'« *il reste cependant à se demander si du fait qu'elle emporte renonciation l'immunité de juridiction, une clause compromissoire opposée à un Etat souverain comporterait, quant à sa preuve, des exigences plus sévères, et requerrait, quant à son contenu, une plus grande certitude. [...] Il reste cependant que la renonciation doit être « certaine et régulière»* (Note arrêt *Cour d'appel de Paris 12-07-1984. République Arabe d'Egypte : Southern Pacific Properties Limited et Southern Pacific Properties (Middle East)*, *Journal du droit international*, 1, 130-158 (1985)). Au regard du droit colombien, il n'y a plus de doutes sur le caractère contraignant de la convention d'arbitrage international. Si l'Etat colombien ou une des entités s'engage contractuellement ou conventionnellement par voie d'arbitrage, l'ordre juridique impose le respect de cet engagement. Voir à ce propos le titre qui développe « l'efficacité ou l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics » n° 794 et s., plus particulièrement n° 820 et s.

³⁸⁵ Cependant, nous avons vu que le non-respect de cette condition entraîne la inexistence de la convention. Voir n° 139.

³⁸⁶ « *L'exigence d'un écrit est toujours destinée à faire « prendre conscience des obligations que l'on assume : comme la solennité, [l'exigence probatoire] est protectrice de la volonté contre un engagement irréfléchi ou frauduleusement capté* (J. Flour et J-L Aubert, *Droit civil*, t.I. *L'acte juridique*, n° 316) EMMANUEL GAILLARD. *La jurisprudence du CIRDI. Op. cit.* p.48. n° 7.

207. L'article 196 du décret 1818 de 1998 dispose que « l'arbitrage est international si les parties l'ont stipulé ainsi, et lorsque l'une des conditions suivantes est remplie : 1. Que les parties, au moment de la stipulation de la convention d'arbitrage, ont établi leur domicile dans des Etats différents. 2. Que le lieu d'accomplissement de la partie substantielle des obligations liées au litige soit situé hors de l'Etat où les parties ont leur domicile principal. 3. Si les parties stipulent expressément dans la convention d'arbitrage que le siège de l'arbitrage est à l'étranger. 4. Si le litige concerne les intérêts de plus d'un Etat. 5. Si le litige affecte directement les intérêts du commerce international. [...] [Article 1, loi 315 de 1996] »

208. La Convention de Washington,³⁸⁷ la Convention de New York³⁸⁸ et la Convention interaméricaine³⁸⁹ stipulent que les parties à l'arbitrage doivent exprimer leur consentement par écrit.

209. En résumé, la réglementation nationale sur l'arbitrage international est silencieuse quant à la nécessité d'une convention d'arbitrage écrite. Cependant, les

³⁸⁷ L'article 25 de la loi 267 de 1996 – article 25 de la Convention de Washington établit que « la compétence du Centre [CIRDI] s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant [...] et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elle ne peut le retirer unilatéralement [article 199 du décret 1818 de 1998] ». Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire. [Art. 25.3]

³⁸⁸ L'article II, de la Convention de New York [article 2 de la loi 30 de 1990] dispose que « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. 2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. [...] »

³⁸⁹ L'article I de la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des sentences arbitrales étrangères [Loi 16 du 22 janvier 1981] dispose qu'« est valide l'accord par lequel les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends qui pourront s'élever ou qui se sont élevés entre elles à propos d'une affaire commerciale. L'accord susvisé sera constaté par écrit et signé par les parties ; il peut être aussi constaté par échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex. »

conventions internationales ratifiées par la Colombie et introduites par les lois de la République exigent le caractère écrit. Il est douteux que les juges n'exigent pas un écrit comme preuve de la volonté des personnes publiques de se soumettre à l'arbitrage international. C'est pourquoi le Conseil d'Etat considère qu'en raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage celle-ci doit être également stipulée par écrit, tant dans les arbitrages internes³⁹⁰ qu'internationaux.³⁹¹

210. **Les règles d'interprétation du consentement.** Les arbitres doivent interpréter la volonté des parties et apprécier les conditions de formation de l'acte qui contient l'offre d'arbitrage, afin de vérifier si le consentement a été exprimé dans la forme imposée par le droit applicable. Plusieurs principes,³⁹² qui ne sont pas substantiellement différents de ceux qui régissent le droit commun des contrats, sont utilisés couramment pour interpréter la volonté des parties dans la convention d'arbitrage. Le principe de *bonne foi* permet de faire prévaloir, en cas de divergence, la volonté réelle sur la volonté déclarée.³⁹³ Cette volonté doit être appréciée dans son contexte, c'est à dire au regard des conséquences que les parties ont raisonnablement et légitimement envisagées.³⁹⁴ Elle peut tenir compte de l'« attitude ultérieure » des parties et de leur conduite jusqu'à la naissance du litige. Le principe de *l'effet utile* s'inspire de l'article 1157 du Code civil français selon lequel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec

³⁹⁰ *Consorcio LAR vs. IDU*, 32871.

³⁹¹ Conseil d'Etat, *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041, (01-09-2002).

³⁹² Voir sur cet aspect : PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. SÉBASTIEN BESSON. JEAN FRANÇOIS POUDRET. Droit comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, Paris, Zurich-Bâle-Genève, Bruylant, L.G.D.J., Schulthess. (2002). SÉBASTIEN MANTIAUX. Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI, Bourgogne, Litec. (2004).

³⁹³ CIRDI - ARB/81/1, *Amco Asia Corporation et consorts c. République d'Indonésie*, (25-09-1983 (compétence)) ; *Amco c. Indonésie*, ARB/81/1; CIADI - ARB/82/1, *SOABI c. Sénégal*, (01-08-1984) ; *SOABI c. Sénégal*. CIRDI - ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, (29-12-2004) ; CIRDI - ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume de l'Espagne*, (25-01-2000 (compétence)) ; *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume de l'Espagne*.

³⁹⁴ *Amco Asia Corporation et consorts c. République d'Indonésie*. n° 14.

lequel elle n'en pourrait produire aucun. »³⁹⁵ Le principe *contra proferentem* s'inspire de l'article 1162 du Code civil français : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». C'est-à-dire que la convention d'arbitrage doit être interprétée contre celui qui l'a rédigée de façon obscure ou ambiguë.³⁹⁶

211. Dans la pratique de l'arbitrage international, l'utilisation de ces principes d'interprétation a conduit au *rejet du principe d'interprétation stricte* car « [la convention d'arbitrage] doit être interprétée de manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties. »³⁹⁷ La *jurisprudence* arbitrale internationale l'a considéré ainsi de manière constante dans les affaires *Holiday Inns v. Morocco*,³⁹⁸ *Amco Asia c. Indonésie*,³⁹⁹ *Corporation et consorts c. République d'Indonésie*,⁴⁰⁰ *SOABI c. Sénégal*,⁴⁰¹ *SPP c. Egypte*,⁴⁰² alors que les Etats affirmaient que la convention d'arbitrage devait être interprétée strictement car elle était une limitation de leur souveraineté.⁴⁰³ En conséquence, « *la règle de l'exigence du caractère certain du consentement et son corollaire selon lequel un tel consentement ne se présume pas, doivent se concilier avec les principes d'interprétation destinés à guider les arbitres dans leur recherche de la volonté des parties.* »⁴⁰⁴

³⁹⁵ CCI n° 1434 (1975), *JDI*, 1976.978. Obs. Y. Derains. CCI n° 3380 (1980), *JDI*, 1981.927. Obs. Y. Derains. CCI n° 3460 (1980), *JDI*, 1981.939. CIRDI - ARB/72/1, *Holiday Inns v. Morocco*, (12-05-1978 (Compétence)). *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*.

³⁹⁶ Voir à ce propos SÉBASTIAN MANTIAUX. Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI Bourgogne Litec. (2004). p.201. Spéc. n° 218.

³⁹⁷ *Amco Asia Corporation et consorts c. République d'Indonésie*.

³⁹⁸ *Holiday Inns v. Morocco*.

³⁹⁹ *Amco Asia Corporation et consorts c. République d'Indonésie*. « Une convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée *restrictivement*, ni du reste *extensivement* ou de *manière libérale*. Elle doit être interprétée de manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties »

⁴⁰⁰ *Amco c. Indonésie*, *ARB/81/1*

⁴⁰¹ *SOABI c. Sénégal*.

⁴⁰² CIRDI - ARB/84/3, *SPP c. Egypte*, (20-05-1992).

⁴⁰³ Les principes d'interprétation décrits ci-dessus sont utilisés aussi bien par la jurisprudence CIRDI que par la jurisprudence de l'arbitrage international.

⁴⁰⁴ EMMANUEL GAILLARD. *La jurisprudence du CIRDI*. p.49. n° 8.

212. **L'autorisation des entités publiques à se soumettre à l'arbitrage international.** L'Etat colombien présente des offres d'arbitrage international aux investisseurs étrangers à travers des Traités d'investissements et il autorise la stipulation de cet arbitrage dans les contrats conclus avec des partenaires étrangers. L'attitude des pouvoirs exécutif et législatif colombiens est donc tout à fait cohérente à l'égard de l'arbitrage international. Il faut se demander quelle est l'attitude du pouvoir judiciaire colombien à l'égard du consentement des personnes publiques à l'arbitrage international.

213. **L'interprétation juridictionnelle sur le consentement des entités publiques dans l'arbitrage international.** Le Conseil d'Etat, juge de l'annulation des sentences arbitrales, a eu l'occasion d'exposer sa position dans deux importantes décisions de 1998 et de 2004.

En 1998, le Conseil d'Etat valide une convention d'arbitrage international en dépit de la prohibition expresse de l'arbitrage international prévue par le droit des contrats publics applicable au contrat en question. Il se fonde sur la loi 39 de 1990 (loi d'approbation de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères), qui ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit public et de droit privé. Il considère ensuite que le droit colombien de l'arbitrage en vigueur n'interdit pas à l'Etat de compromettre (décret de 2279 de 1989 et loi 315 de 1996). Enfin, il se fonde sur l'article 38 de la loi 153 de 1887 selon lequel « le régime juridique applicable aux contrats est celui qui est en vigueur au moment de la passation du contrat, sauf en ce qui concerne les règles relatives aux modalités de réclamation juridictionnelle des droits découlant des contrats. »⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Conseil d'Etat, ETMVA vs. Consorcio Hispano Aleman, 11477, (06-02-1998). En 1985 l'Entreprise de transport massif del Valle de Aburra a conclu un contrat avec le Consortium Hispano Aleman pour le dessin, la construction, la fourniture, la livraison et la formation du personnel du métro. Les parties stipulent un arbitrage national en cas de litige. Le 29 novembre 1991, l'Entreprise a déclaré la résiliation-sanction du contrat en raison de l'inaccomplissement de l'objet contractuel. L'administration a cependant décidé le retrait de cette décision administrative en 1992. Les parties au contrat ont stipulé un avenant au premier contrat le 13 février 1992 et ont prévu un délai majeur pour son exécution. Elles prévoient dans la clause 8 de soumettre à l'amiable composition les différends existant entre les parties,

Ainsi, le Conseil d'Etat, dans une interprétation favorable à l'arbitrage international des contrats publics, juge que la loi 39 de 1990 et les autres normes de l'arbitrage font partie des modalités de réclamation juridictionnelle applicables aux contrats publics, dès leur entrée en vigueur.

En 2004, une entité publique a demandé l'annulation d'une sentence arbitrale internationale en affirmant que la convention d'arbitrage était nulle car le contrat avait été conclu sous le régime juridique du décret-loi 222 de 1983 qui interdisait à l'administration de se soumettre à l'arbitrage international. Le Conseil d'Etat rappelle alors le précédent de 1998 et affirme que « si les parties sont convenues dans la convention d'arbitrage que les litiges seraient soumis aux règles de la Chambre Internationale de Commerce de Paris, et que les arbitres ont déclaré que la *lex arbitri* était le droit français, le recours en annulation de la décision arbitrale n'est pas de la compétence du Conseil d'Etat colombien. »⁴⁰⁶

214. Pour d'aucuns, l'annulation de la sentence arbitrale *Termorio c. Electranta* de 2002⁴⁰⁷ est une décision défavorable à l'arbitrage international.⁴⁰⁸ Or, pour le

et, en cas d'échec, un arbitrage international fondé sur la loi 39 de 1990 (Convention de New York) et soumis au droit colombien. Pour le développement de cette clause, les parties passent un accord pour l'intégration et le fonctionnement de l'arbitrage amiable et prévoient également qu'en cas d'arbitrage, le siège sera Panama et le règlement applicable sera le règlement de la CNUDMI. L'Entreprise demande l'annulation juridictionnelle de cet accord pour inarbitrabilité subjective. Le Tribunal administratif déclare la nullité de l'accord. Il considère que l'entreprise n'avait pas de capacité pour compromettre. Pour le Tribunal, le régime juridique applicable au contrat était celui du décret 222 de 1983. Il prévoit dans son article 74 la soumission des contrats publics à la loi et à la juridiction des Tribunaux colombiens. La question de droit que se pose le Conseil d'Etat est donc celle de savoir si même en absence d'autorisation expresse, les entités publiques peuvent passer des conventions d'arbitrage international. Il estime qu'en 1992 (date de stipulation de la convention d'arbitrage), la règle qui octroie la capacité à l'administration pour compromettre est le décret 2279 de 1989 et la loi 39 de 1990. Il affirme ainsi que « la loi 39 de 1990 (loi d'approbation de la Convention de New York) est applicable aux sentences arbitrales internationales en matière de contrats publics car cette Convention ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit public et de droit privé. En conséquence, même si la Convention porte sur l'arbitrage commercial international, les contrats publics ne peuvent pas être écartés du domaine d'application de la Convention car l'Etat peut aussi passer cette sorte de contrats. »

⁴⁰⁶ Conseil d'Etat, *Ferrovias vs. Drummond*, 25261, (22-04-2004).

⁴⁰⁷ *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041.

⁴⁰⁸ Sur cette décision voir n° 223, 607, 661 et s. et 942 et s.

Tribunal arbitral et pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'un arbitrage domestique : les arbitres étaient de nationalité colombienne, le siège de l'arbitrage était Barranquilla, le droit applicable était le droit colombien.⁴⁰⁹

Dans la procédure, Termorio (partie demanderesse) fait valoir qu'il s'agit d'un arbitrage indépendant⁴¹⁰ tandis qu'Electranta (partie défenderesse) demande que l'arbitrage soit qualifié d'international, afin d'invoquer l'inarbitrabilité subjective.

Le Tribunal arbitral rejette les arguments d'Electranta et décide que « *la référence aux règles de la CCI n'implique pas l'internationalité de l'arbitrage.* » Il juge que « *les règlements d'arbitrage n'ont pas de « nationalité ». Aucune règle juridique ne permet d'attribuer au règlement d'arbitrage la nationalité du siège de l'institution qui l'a adopté. D'ailleurs, l'article 1.1 du règlement de la CCI [1998] dispose que « la Cour pourvoit également à la solution, conformément au présent Règlement, de différends intervenant dans le domaine des affaires n'ayant pas un caractère international s'il existe une convention d'arbitrage lui attribuant compétence. »*

Ainsi, s'il est incontestable que l'arrêt Termorio a eu des répercussions internationales,⁴¹¹ il ne traduit pas, à notre avis, la position du Conseil d'Etat en matière d'arbitrage international. L'interprétation réalisée par le Conseil d'Etat en 1998 et 2004 permet de conclure dans le sens suivant : à partir de la constitution de 1991, l'attitude des pouvoirs exécutifs, législatifs et juridictionnels est cohérente et ouverte à l'arbitrage international en matière de contrats publics. Il

⁴⁰⁹ Cahier 3 du procès arbitral (p. 29 et 39), cité par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Electrificadora del Atlántico vs. Termorio*, 21041.

⁴¹⁰ Dans l'arbitrage indépendant les parties s'accordent de manière autonome sur les règles de procédure applicables à la solution au litige [article 116 décret 1818 de 1998]. Sur ce type d'arbitrage voir n° 599 et s.

⁴¹¹ Voir à ce propos : JAN PAULSON. *Note jurisprudence étrangère : United State Cour of Appeals for the Distric of Columbia circuit, "Termorio S.A. E.S.P and LeaseCo Group, LLC. vs. Electranta S.P. " Judge Edwards, 25-05-2007.* , Revue de l'arbitrage, 3, 553 - 565 (2007) ; ALEXIS MOURRE. *A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissances des sentences annulées dans leurs pays d'origine: où va-t-on après les arrêts Termorio et Putrabali?*, op. Cit., 2, 263-298 (2008) ; XIMENA BURITICA LOAIZA. VESGA GAVIRIA, INES ELVIRA. *Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral en el caso Termorio para el arbitraje internacional en Colombia*, Universidad Javeriana, (2003) ; FERNANDO MANTILLA SERRANO. *Termorio: un duro golpe al arbitraje*, Revista internacional de Arbitraje, junio - diciembre 2004, 190-205 (2004). Eduardo SILVA ROMERO. Texte corrigé et augmenté de la conférence qui a eu lieu le 23 octobre 2003 pour la célébration des 20 ans de la création du Centre d'arbitrage et de Conciliation de la Chambre de commerce de Bogotá.

reste alors à préciser quels sont les critères de qualification de l'arbitrage international et leur application par la jurisprudence colombienne.

Deuxième sous-section. Les critères de qualification de l'arbitrage international

215. Nous avons vu tout au long de notre étude que l'arbitrage est un instrument qui permet de résoudre un conflit hors des structures juridictionnelles étatiques. Cependant, « *Il y a une vingtaine d'années, l'arbitrage international a revendiqué hautement sa spécificité par la voix d'éminents internationalistes, tels Berthold Goldman,⁴¹² Pierre Lalive⁴¹³ et Philippe Fouchard.⁴¹⁴ Invoquant notamment le fait, incontestable, que l'arbitrage était devenu un mode ordinaire de règlement des litiges du commerce international, et non seulement une dérogation exceptionnelle à la juridiction étatique.* »⁴¹⁵

216. L'adjectif *international* fait référence à ce « qui a lieu de nation à nation, entre plusieurs nations, qui concerne les rapports entre les nations. »⁴¹⁶ L'arbitrage a un caractère interne lorsqu'il se développe dans le cadre d'un seul ordre juridique⁴¹⁷ national.⁴¹⁸ Mais, en présence d'un facteur d'« extranéité »,⁴¹⁹

⁴¹² Voir : BERTHOLD GOLDMAN. *Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 323-340 (1980) ;

⁴¹³ PIERRE LALIVE. *Problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, *op. cit.*, 341-372.

⁴¹⁴ PHILIPPE FOUCHARD. *La spécificité de l'arbitrage international*, *op. cit.*, 467-499 (1981).

⁴¹⁵ SÉBASTIEN BESSON. JEAN FRANÇOIS POUURET. *Droit comparé de l'arbitrage international*. *Op. cit.* p.24, n° 22.

⁴¹⁶ Dictionnaire de l'Académie Française consulté le 14-12-2009. <http://portail.atilf.fr/cgi-bin/dico1look.pl?strippedhw=international&headword=&docyear=ALL&dicoid=ALL&articletype=1>

⁴¹⁷ Pour Santi Romano, la conception du droit selon laquelle il est conçu comme le droit objectif est largement insuffisante. Le concept du droit n'est donc pas clair, l'évolution constante des principes du droit public et du droit privé, l'élaboration constante de définitions courantes du droit, en sont des exemples. La conception du droit est composée alors par d'autres éléments : « *le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose* [ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, I, Rome, 1912, p. 27]. *Le processus d'objectivation d'où résulte le phénomène juridique ne commence pas au moment de la production d'une règle, mais à un stade antérieur [...]. Le caractère de l'objectivité est celui qui se rattache à ce qu'il y a d'impersonnel dans le pouvoir qui fixe la règle.* » Le juge, « *en même temps qu'il tranche le litige dont il est saisi, pose la norme sur quoi se règle son jugement. La vérité est bien plutôt que ce dernier peut se fonder sur ce qu'on appelle la justice du cas d'espèce, sur l'équité ou sur d'autres éléments qui sont tout autre chose qu'une authentique norme juridique.* » SANTI ROMANO. *L'ordre juridique*. *Op. cit.* p.13 et 14.

l'arbitrage se déroule dans l'ordre juridique international⁴²⁰ et peut, en conséquence, avoir un caractère international.⁴²¹ Ces éléments d'extranéité permettent de le rattacher à un ordre juridique étranger ou international.⁴²²

Le concept d'ordre juridique comporte donc le concept de société en tant qu'« *entité distincte des individus qui la composent et constituant de façon concrète une unité même d'un point de vue formel et extrinsèque* » et d'ordre social entendu comme « *toute manifestation sociale ordonnée au moins à l'égard des membres de la société* ». Ainsi, « *le droit avant d'être une norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soit-même* ». En conséquence, l'ordre juridique est une institution. Le droit international, comme le droit interne, s'affirme comme institution, comme produit nécessaire de l'organisation interétatique, et donc comme ordre juridique. Voir à ce propos : *Ibidem*. p.18 et 19.

⁴¹⁸ « *A propos de l'ordre juridique, on parle en général de « droit national » ou de « droit interne », ce dernier adjectif signifiant qu'il est produit par des modes internes, ceux de la constitution, de la loi, etc. ; il est donc formellement interne mais rien dans sa nature n'exclut qu'il régit des relations internationales et qu'il soit ainsi matériellement international* » COMBACAU, JEAN. SERGE SUR. *Droit international public*. *Op cit*. p.2.

⁴¹⁹ « *Dès lors qu'un 'élément étranger' intervient dans une situation, une relation, une activité, plus d'un ordre juridique a, au moins potentiellement, vocation à s'y intéresser. On appelle 'extranéité' cette qualité qui affecte une question de droit, et dont il s'agit de savoir si elle conduit à l'intervention, à la place du droit interne de l'Etat ou combiné avec lui, d'un ordre juridique étranger au sien, de quelque origine qu'il puisse être et quelque forme que prenne cette intervention.* » *Ibidem*. p.5

⁴²⁰ « *L'ordre juridique international' suggère, de façon équivoque certes, mais économique aussi car non discursive, et la juridicité et la systématité [...] Comme l'avait souligné Auguste Comte, éminent penseur de l'ordre, l'ordre a deux acceptions : agencement (nécessaire) et commandement (arbitraire). La confusion de ces deux sens est le propre, disait-il, des sociétés non positives, de ces sociétés juridiques et métaphysiques où, les affaires sociales n'étant pas régies par les lois de la nécessité, l'on procède par décrets juridiques volontaires et arbitraires. L'ordre juridique international peut, selon cette perspective, jouer sur cette ambiguïté : renvoyer à la mise en place toute humaine des règles juridiques, ou bien suggérer un agencement spontané des matières juridiques.* DENIS ALLAN. *De l'ordre juridique international*, *Droits*, 35, 79 - 101 (2002). Spéc. p. 86.

⁴²¹ « *Deux ordres de raisons sont susceptibles de justifier un particularisme du droit de l'arbitrage international. Le premier est radical : l'arbitrage international devrait être placé sous le signe de l'autonomie, en ce sens qu'il n'aurait pas besoin de règles imposées ou même proposées par l'Etat ; seul un accord exprès des parties, ou à défaut et pour certaines questions, une décision de l'arbitre, entraînerait l'application de règles préétablies. Une telle considération ne vaudrait pas pour l'arbitrage interne, d'où la différence radicale de régime [...] Une autre approche accepte la nécessité de règles, mais insiste sur le fait qu'elles doivent refléter la spécificité de l'arbitrage international ; si cette spécificité est très grande, il faudra deux corps de règles distincts ; si elle est limitée, on pourra adopter un corps principal de règles communes, assorties de quelques exceptions ponctuelles.* » PIERRE MAYER. *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?*, *Revue de l'arbitrage*, 2, 361-375 (2005). p.364.

⁴²² « *La différence essentielle entre le droit international privé et le droit interne se résume en la présence d'un élément étranger, d'un 'facteur d'extranéité', propre à une branche du droit dont les objets – les 'situations de vie' – sont en contact avec plusieurs pays, plusieurs systèmes juridiques différents.* » ERIC WILER. ALAIN PAPAUX. *Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public*, in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* Pedone, (1999), p.242.

L'internationalité⁴²³ de l'arbitrage tient donc à l'application de règles matérielles spécifiques concernant la convention d'arbitrage, la procédure, ou le fond du litige. « *Leur origine est très diverse. On rencontre aussi bien dans les droits des Etats que dans les conventions internationales et dans les sources non étatiques (règlements d'arbitrage, sentences).* »⁴²⁴

217. L'arbitrage qui nous intéresse est celui qui est soumis au droit international privé.⁴²⁵ Il convient de remarquer que « *le droit international 'privé' ne peut l'être qu'au sens matériel [...]; le droit international privé est donc le droit, entièrement public et principalement interne par son origine, qui régit les relations transétatiques privées des particuliers les uns avec les autres (droit des 'conflits') et leurs relations transétatiques publiques avec l'Etat à l'ordre duquel ce droit appartient (droit de la nationalité et de la condition des étrangers).* »⁴²⁶ En effet, « *il indique l'ordre juridique selon le droit matériel duquel la solution devra être recherchée.* »⁴²⁷ Cependant, « *deux Etats peuvent se trouver impliqués dans une relation soustraite au droit international privé, parce qu'ils se sont comportés comme des personnes privées, l'un ayant par exemple prêté de l'argent à l'autre. C'est alors, selon une opinion, le droit international privé qui doit régir la relation et déterminer, en particulier, la loi étatique applicable [...]. Parmi les contrats qui se concluent entre une personne privée et un Etat étranger, certains ne soumettent pas l'individu au droit public de l'Etat. Les affinités qu'ils présentent alors avec des contrats entre personnes privées invitent à les faire entrer dans le*

⁴²³ « *L'arbitrage international possède – nous en sommes fermement convaincus – des aspects très différents de l'arbitrage interne [...] et cette spécificité exige qu'il soit conduit, tant par les arbitres que sur le plan de l'administration de l'arbitrage, dans un esprit international. Or cet esprit, international et comparatiste (c'est-à-dire largement ouvert aux diverses traditions juridiques et à la diversité des civilisations et des sensibilités), cet esprit que nous croyons indispensable à la solution des litiges du commerce international (ou de la plupart d'entre eux) fait souvent défaut, surtout s'il entend administrer ou régir des arbitrages aussi bien internes qu'internationaux.* » PIERRE LALIVE. *codification et arbitrage international*, in Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, (1982), 151 - 166. Spéc. p.153.

⁴²⁴ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. p.54 n° 98.

⁴²⁵ « *Au-delà des divergences sur la définition du droit international privé, la doctrine s'accorde généralement à lui dénier tout qualité d'ordre juridique autonome car, bien qu'international par son objet, il est de source interne et emprunte à cet ordre-ci tant ses catégories juridiques (certes élargies) que les procédures nécessaires à la réalisation de sa fonction* » ERIC WILER. ALAIN PAPAUX. *Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public*, in L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique Pedone, (1999), Sous la direction de ERIC WILER. ALAIN PAPAUX. 239-312. Op. cit. p.269.

⁴²⁶ JEAN COMBACAU. SERGE SUR. *Droit international public*. Op. cit. p. 16.

champ du droit international privé (sous réserve de la tendance qui les rattache au droit international public ou à un prétendu droit 'transnational'). » Dans ce contexte, le droit international privé est applicable à l'Etat et à ses entités publiques.⁴²⁸ La Cour suprême de justice colombienne affirme en 1986 que :

« Le droit international privé ne distingue pas le traitement d'un cocontractant particulier et celui de l'Etat ; il présuppose l'égalité juridique de ceux qui s'engagent par un contrat. Ainsi, l'Etat ne peut arguer d'aucune prérogative pour faire prévaloir la loi et la juridiction colombienne. En cas de conflit sur le régime applicable, l'application des principes du droit international privé s'impose. »⁴²⁹

L'arbitrage du droit international public échappe donc au champ de notre étude.

218. Nous avons vu qu'en Colombie, la participation d'une entité publique à un rapport contractuel détermine le caractère public du contrat.⁴³⁰ Celui-ci aura aussi un caractère international lorsqu'il est conclu avec un cocontractant étranger et lorsque d'autres éléments d'extranéité sont présents dans le rapport contractuel.⁴³¹ Cependant, ce n'est pas parce que le contrat public a un caractère international qu'il peut être soumis à l'arbitrage international : la loi qui régit les contrats de stabilisation prévoit la stipulation de l'arbitrage national même si le cocontractant

⁴²⁷ Voir HEUZE, VINCENT. MAYER, PIERRE. Droit international privé, *op. cit.* p.10.

⁴²⁸ *Ibidem.* p. 5.

⁴²⁹ Cour suprême de justice - chambre constitutionnelle, (30-10-1986).

⁴³⁰ La nature publique du contrat dépend du critère objectif énoncé par l'article 2 de la loi 80 de 1993 même si le régime juridique applicable au contrat n'est pas celui de la loi 80 de 1993. Nous avons vu que même si l'application de loi 80 de 1993 est préférentielle dans les relations contractuelles de l'administration, cette loi connaît plusieurs exceptions provenant de normes qui étaient déjà en vigueur à la date de son entrée en vigueur ainsi que de règles spéciales postérieures et qui sont soumises à un régime juridique de droit privé.

⁴³¹ « *Est international le contrat qui présente des points de contact avec le droit de plusieurs Etats ou avec le droit international.* ». STÉPHANE CHATILLON. Droit des affaires internationales, Paris, Vuibert, 3 éd. (2002), p. 5.

de l'Etat est un investisseur étranger.⁴³² La Cour constitutionnelle a déclaré la conformité de cette règle à la constitution.⁴³³

219. Les conditions qui accompagnent la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage désignent son caractère international. Les critères de qualification de l'internationalité de l'arbitrage se fondent donc sur la détermination de points de contact (établis par les normes internes matériellement internationales) de l'arbitrage avec d'autres Etats. Ils peuvent résulter d'une part, de différentes notions juridiques telles que la nationalité (des parties et des arbitres) du rattachement territorial (le domicile des parties, l'endroit où doit être exécutée une partie substantielle des obligations, l'endroit où se déroule la procédure arbitrale, le siège du centre d'arbitrage, l'endroit où la sentence doit être exécutée) et, du droit applicable (la loi choisie pour régir le fond du litige ou la procédure arbitrale) (§1). Ils peuvent résulter, encore de notions économiques tels que l'affectation des intérêts du commerce international ou le rapport direct du conflit avec l'investissement international (§2).

§1. Les critères juridiques

220. Le droit colombien de l'arbitrage international est composé de trois normes qui permettent de déterminer les critères juridiques pour que l'arbitrage conclu dans un contrat public puisse être qualifié d'international :

Le dernier paragraphe de l'article 70 de la loi 80 de 1993 dispose que « dans les contrats passés avec des cocontractants étrangers ainsi que *ceux passés avec une personne nationale* (expression déclarée inconstitutionnelle)⁴³⁴ et dans ceux qui incluent un financement à longue durée, des systèmes de paiement à travers l'exploitation de l'ouvrage construit ou l'opération de biens pour la prestation

⁴³² *Loi 969 de 2005. Article 7.*

⁴³³ *C-961/06.*

⁴³⁴ Cour constitutionnelle, C-347/97, (23-07-1997).

d'un service public, il sera possible de prévoir que les différends contractuels soient soumis à la décision d'un Tribunal d'arbitrage international. »

L'article 196 du décret 1818 de 1998 (article 25 de la convention de Washington) dispose que « l'arbitrage est international si les parties l'ont stipulé ainsi, pourvu que l'une de ces conditions soit remplie : 1. Que les parties, au moment de la stipulation de la convention d'arbitrage, aient leur *domicile* dans des Etats différents ; 2. Que l'endroit où doit être *exécutée* une partie substantielle des obligations, liées étroitement avec le litige, soit hors de l'Etat où les parties ont leur domicile principal ; 3. Si les parties stipulent expressément dans la convention d'arbitrage que le *siège de l'arbitrage* est à l'étranger ; 4. Si l'objet de la convention d'arbitrage lie clairement les *intérêts de plus d'un Etat* et les parties en sont convenues expressément ; 5. S'il affecte les intérêts du commerce international ». (Nous soulignons). Il faut qu'une des cinq conditions énoncées par la loi se réalise pour que l'arbitrage soit international à la lumière du droit colombien.

Enfin, l'article 199 du décret 1818 de 1998 dispose que la compétence des Tribunaux organisés sous l'égide du CIRDI « s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et *le ressortissant d'un autre Etat contractant*, qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre [...] » (Nous soulignons).

221. Les entités publiques colombiennes ont la capacité de compromettre.⁴³⁵ Cependant, la loi des contrats publics et l'article 25 de la Convention de Washington établissent une condition spécifique en disposant que les entités publiques peuvent stipuler l'arbitrage dans les contrats conclus avec des cocontractants étrangers, alors que les critères posés par le décret 1818 de 1998 ne font aucune référence à la nationalité des parties.

Le décret 1818 fait référence au rattachement territorial à un ou plusieurs ordres internes (le domicile, le lieu d'accomplissement de la partie substantielle des obligations) conjugué avec l'expression de la volonté des parties (pour la

⁴³⁵ Articles 70 de la loi 80 de 1993.

détermination du siège de l'arbitrage ou lorsque l'objet du litige met en cause les intérêts de plus d'un Etat). Cette règle (alinéas 1 à 4) reprend la définition du caractère international d'un conflit donnée à l'article 1 (3) de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après CNUDCI).⁴³⁶ Ces conditions ont un dénominateur commun : la présence d'au moins un élément étranger : « *Nationalité et territoire*⁴³⁷ *déterminent l'extranéité d'une situation juridique en tant que modes du critère général du 'lien étroit'. Or, ces éléments entrent également en jeu dans la construction du caractère 'international' d'une situation en droit international, ceci s'expliquant par le fait que territoire et nation constituent les ingrédients essentiels de l'Etat.* »⁴³⁸

222. L'expression *avec une personne nationale* au dernier alinéa de l'article 71 de la loi 80 de 1993 a été déclarée contraire à la constitution. Il faut se demander quelle est la portée de cette décision par rapport à l'application des autres critères juridiques de qualification de l'internationalité de l'arbitrage. La Cour juge dans la décision C-347/97 qu'« *il est clair que même si les parties au conflit ont leur domicile en Colombie, il peut encore exister un élément étranger dans leur rapport. [...] Nonobstant, si le contrat est conclu avec une personne 'nationale', il n'y aurait pas, ni dans le rapport contractuel, ni dans le litige qui peut en découler, un élément étranger. Ainsi, sous prétexte de reconnaître l'autonomie de la volonté, les parties à un contrat public ne peuvent pas écarter la législation nationale pour se soumettre à une législation étrangère sans que le conflit présente des éléments*

⁴³⁶ La loi type CNUDCI dresse une liste d'hypothèses selon lesquelles le conflit est qualifié d'international parce que la loi le détermine ainsi. Voir à ce propos : PHILIPPE FOUCHARD. *La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Journal de droit international, 872 et s. (1987). Eduardo Silva explique que « *selon cette méthode juridique, il suffit que les éléments énoncés par la loi se réalisent pour que la controverse soit juridiquement 'internationale', sans qu'il soit nécessaire de considérer si la situation peut être nationale d'un point de vue commercial ou économique.* Eduardo SILVA ROMERO. *Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje "internacional"*, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario. Legis (2005), Sous la direction de Eduardo SILVA ROMERO. 41 - 52. Spéc. p.42.

⁴³⁷ Le territoire est l'espace délimité par des frontières sur lequel la population de l'Etat s'établit. Il ne peut y avoir d'Etat sans territoire ou sans population. La population est l'ensemble des individus qui s'établissent dans le territoire de l'Etat qui leur donne à son tour la nationalité.

⁴³⁸ ERIC WILER. ALAIN PAPAUX. *Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public* Op. cit. p. 272.

étrangers. La norme attaquée n'est constitutionnelle que si l'une des parties du litige est étrangère ».

Il est possible que la Cour ait voulu éviter « l'internationalité fictive » de l'arbitrage en matière de contrats publics. Cependant, la nationalité des cocontractants n'est qu'un des éléments d'extranéité du contrat. Fouchard rappelle à propos des critères de la loi type d'arbitrage international de la CNUDCI (repris par le décret 1818 de 1998) que « 23[...] L'arbitrage sera international, d'abord, si les parties ont leur établissement dans des Etats différents (a). Ce cas est le plus simple, et le moins discutable. Mais dans l'hypothèse où l'établissement des parties est situé sur le territoire d'un seul Etat, l'arbitrage n'en sera pas moins international dans l'un ou l'autre des trois cas suivants : b) le lieu de l'arbitrage est situé dans un autre pays ; le lieu d'exécution d'une partie substantielle du contrat ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit est situé dans un autre pays ; c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un Etat. [...] 24. [...] la fixation du lieu de l'arbitrage dans un pays étranger, qui relève de la seule volonté des parties, ne devrait suffire à conférer à cet arbitrage un caractère international ; de même la stipulation de l'existence de liens avec plus d'un pays. On autorise par là une internationalité fictive : les restrictions légales visant des contrats ou des arbitrages purement internes pourront être déjouées par la seule volonté des parties, conférant artificiellement à un arbitrage interne un caractère international, et bénéficiant ainsi de règles plus libérales qui y seront applicables pour la procédure et le fond du litige. [...] »⁴³⁹ (Nous soulignons)

223. A part l'existence d'une personne étrangère dans le rapport litigieux, le Conseil d'Etat s'est prononcé à deux reprises sur les critères établis par l'article 1818 de 1998 :

- 1) Dans l'affaire *Termorio*,⁴⁴⁰ le Conseil d'Etat colombien exige que les parties conviennent « explicitement » qu'elles soumettront le contrat à l'arbitrage

⁴³⁹ PHILIPPE FOUCHARD. *La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*. Op. cit. p. 872 et s.

⁴⁴⁰ *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041.

international.⁴⁴¹ Il exige ensuite, l'accomplissement d'au moins d'une des cinq hypothèses prévues à l'article 196 du décret 1818. Ainsi, en l'absence de mention expresse de la volonté des parties de se soumettre à « l'arbitrage international », le Conseil d'Etat juge que l'arbitrage est de nature interne, alors que le rapport contractuel affectait quand même les intérêts du commerce international.⁴⁴²

Aux termes de cette décision, les arbitres ne peuvent pas déduire de l'ensemble des éléments étrangers présents dans le contrat que l'arbitrage a une nature internationale. Le Conseil d'Etat fait une interprétation formelle et stricte des critères de qualification de l'internationalité de l'arbitrage en matière de contrats publics.

- 2) Dans la décision du Conseil d'Etat *Ferrovias vs. Drummond* de 2004 celui-ci considère que « l'élection du siège de l'arbitrage [...] détermine l'interaction des arbitres avec le juge local particulièrement en ce qui concerne l'annulation de la sentence arbitrale [...] En conclusion, si les parties stipulent un tribunal organisé selon les règles de la Chambre de commerce international de Paris, elles ont choisi Paris comme siège de l'arbitrage. D'ailleurs, comme les arbitres ont décidé que la *lex arbitrii* serait le droit français, la compétence sur le recours en annulation n'appartient pas au Conseil d'Etat colombien ». ⁴⁴³

La décision *Ferrovias* illustre la conséquence de la qualification d'un arbitrage comme « international » : l'application du régime juridique du siège de l'arbitrage à la procédure arbitrale.

Il faut remarquer que le Conseil d'Etat est resté silencieux à propos de l'exigence de l'arrêt précédent ; il semble donc qu'il y ait eu un revirement de la position défendue dans l'arrêt *Termorio*. Cependant, la valeur des décisions du Conseil d'Etat n'a pas la même portée : dans le premier cas le Conseil d'Etat était saisi

⁴⁴¹ La société Electranta prétend faire valoir la nature internationale de l'arbitrage afin de prouver l'inarbitrabilité subjective et en conséquence l'incompétence du Tribunal arbitral.

⁴⁴² La société Termorio avait une participation importante de capital étranger. Il convient cependant de rappeler que les arbitres ont jugé qu'il s'agissait d'un arbitrage national. La position de Termorio a été, au cours de l'instance arbitrale et au cours de la procédure d'annulation, de défendre le caractère interne de l'arbitrage. Voir à ce propos le n° 214.

⁴⁴³ Conseil d'Etat, *Ferrovias vs. Drummond*, 25261, (22-04-2004).

d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale définitive,⁴⁴⁴ tandis que dans le deuxième cas il était saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale partielle.⁴⁴⁵ Il faut donc attendre que le Conseil d'Etat ait l'occasion de fixer clairement sa position à cet égard.

224. Le dernier critère juridique est donc celui de l'article 25 de la Convention de Washington qui stipule que la compétence du Centre [CIRDI] s'étend aux « différends d'ordre juridique ». L'expression « différends d'ordre juridique » est utilisée pour montrer clairement que si les conflits de droit relèvent de la compétence du CIRDI, il n'en est pas de même des simples conflits d'intérêts. Le différend doit concerner, soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique.⁴⁴⁶

225. En résumé, les entités publiques ont la nationalité de l'Etat auquel elles appartiennent. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la présence d'une personne publique ainsi que celle d'un cocontractant étranger sont nécessaires pour que le contrat public ait un caractère international. Cependant, même s'il s'agit d'une condition nécessaire (article 70 de la loi 80 de 1993) pour la stipulation de l'arbitrage international, elle n'est pas suffisante. Il faut en effet que l'arbitrage soit « international » au regard des critères posés par le décret 1818 de 1998. Nous ne pouvons donc pas conclure que la loi 80 de 1993 doit être interprétée de manière isolée : elle doit s'appliquer en harmonie avec les règles définies par le décret 1818 de 1998. Ainsi, la nationalité du cocontractant de l'administration, l'existence d'un élément de rattachement territorial avec

⁴⁴⁴ Dans laquelle tant les arbitres que le juge administratif ont déclaré qu'il s'agissait d'un arbitrage interne.

⁴⁴⁵ Il se déclare alors incompétent car le juge compétent pour connaître ce recours est celui du siège de l'arbitrage.

⁴⁴⁶ Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, paragraphe 26. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/partB-section05.htm#03> consulté le 5.01.2010.

l'étranger, le siège de l'arbitrage ou la mise en cause les intérêts de plus d'un Etat, sont des éléments essentiels qui permettent de qualifier d'international l'arbitrage dans les contrats publics colombiens.

§2. Les critères économiques

226. Les critères économiques de détermination de l'« internationalité » de l'arbitrage ont un lien étroit avec le concept de globalisation économique. Pour le Fonds Monétaire international la globalisation est « *l'interdépendance économique croissante de l'ensemble des pays du monde, provoquée par l'augmentation du volume et de la variété des transactions transfrontières des biens et des services, ainsi que des flux internationaux de capitaux, en même temps que par la diffusion accélérée et généralisée de la technologie* ». ⁴⁴⁷ L'Etat et les entités publiques ne sont pas étrangers à ce phénomène ⁴⁴⁸ ; ils ont besoin de recourir dans certains domaines aux partenaires étrangers ou internationaux pour mener à bien leurs actions. Le commerce international est au cœur du phénomène de la globalisation ⁴⁴⁹ et de la recherche d'une harmonisation du droit international relatif à la promotion et à la protection des investissements étrangers.

L'alinéa 5 de l'article 196 du décret 1818 de 1998 dispose que l'arbitrage est international : « *si le litige affecte les intérêts du commerce international* ». Ce critère, issu du droit français et repris par le droit colombien de l'arbitrage, constitue une preuve de la volonté du législateur d'adapter le régime juridique de l'arbitrage aux exigences d'une économie globalisée. En outre, l'article 199 du même décret dispose que « la compétence du Centre [CIRDI] s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant [...] et le ressortissant d'un autre Etat

⁴⁴⁷ Fonds Monétaire International. Prospectives de l'économie mondiale, mai 1997.

⁴⁴⁸ JEAN BERNARD AUBY. La globalisation, le droit et l'Etat, Paris, Montchrestien. (2003). Spéc. p. 37.

⁴⁴⁹ *Ibidem*. p.49. « *pour les économistes, la globalisation apparaît comme le stade ultime du processus de l'internationalisation de l'entreprise multinationale et suppose l'intégration de ses activités face à l'universalité des besoins des consommateurs et la mondialisation des marchés nationaux* » C.A. Michalet, « *Globalisation et Gouvernance : les rapports des Etats-Nations et des transnationales* ». Mondes en développement 1994, n° 88, tome 22, cité par FERHAT HORCHANI. *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, Journal du droit international, 2, 367 - 417 (2004.); p. 371.

contractant qui sont en relation directe avec un *investissement* ». Cependant, comme nous avons pu le remarquer, l'autorisation de l'arbitrage international en Colombie est assez récente. Il faut donc s'interroger sur l'évolution et le contenu des notions d' « intérêts du commerce international » et d' « investissement » dans le droit international économique, afin de savoir quelle en est l'application pratique en Colombie. Il faut remarquer, d'abord, que ces notions viennent de la science économique. La définition juridique de ces notions se révèle donc très ardue. Les éléments qui les composent permettent cependant d'en cerner les contours.

227. **L'affectation des intérêts du commerce international.** Le législateur français retient (article 1504 du Code de procédure civile) un critère nettement économique pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage. Ce choix du législateur est le résultat d'une évolution jurisprudentielle qui différencie le régime juridique français de l'arbitrage international, d'autres régimes qui n'ont pas exclu les critères de qualification juridique.

En France, l'internationalité de l'arbitrage ne résulte que *de l'opération économique qui en est l'occasion. Sont dépourvus de toute incidence sur une telle qualification les éléments d'extranéité [...]*.⁴⁵⁰ La Cour d'appel de Paris juge à ce propos que : « *le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre : à cet égard, il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières ; la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche inopérants* ». ⁴⁵¹ Ainsi, une procédure arbitrale qui se déroule sur le sol français entre parties françaises peut-elle être internationale si le litige affecte les « intérêts » du commerce international. Par contre, un litige qui présente des éléments d'extranéité ne pourra être qualifié d'« international » s'il n'affecte pas les « intérêts » du commerce international. Lorsqu'on s'interroge sur le sens de la notion d' « intérêts du commerce international », « *on ne trouve nulle part, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, de véritable définition de la notion d'« intérêts » du commerce*

⁴⁵⁰ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n° 115, p.64.

⁴⁵¹ Paris, 14 mars 1989, Revue de l'arbitrage, 1991.355 observation Moitry et Vergne.

international [...] La notion apparaît donc rebelle à toute tentative de définition purement juridique, ce qui ne surprendra pas dès lors qu'il s'agit d'un concept essentiellement économique ». ⁴⁵² C'est pourquoi, Philippe Leboulanger essaie plutôt de cerner le sens et la portée de la notion que de la définir. Ainsi, le premier « intérêt » du commerce international est de développer un environnement favorable à l'échange de biens et de services. Du point de vue du juriste spécialiste du commerce international, les « intérêts » en question sont les « *moyens juridiques mis à leur disposition pour participer à ces échanges dans les meilleures conditions possibles et, en cas de difficulté, pour régler les litiges de façon rapide et efficace* ». ⁴⁵³

Cette notion s'applique aussi bien aux opérateurs du commerce international qu'aux Etats qui ont un rapport juridique avec ces opérateurs. La Cour de cassation française juge que l'interdiction de compromette adressée aux personnes publiques n'est pas applicable « *à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime.* » ⁴⁵⁴ Cette règle qui a été appliquée, d'abord, aux personnes publiques françaises, l'a été aux personnes publiques étrangères dans l'affaire *Gatoil*. ⁴⁵⁵

L'affectation des « intérêts » du commerce international est donc un critère légal exclusif en France pour la détermination de l'internationalité de l'arbitrage. Ce critère est considéré comme objectif parce que son appréciation ne dépend pas de la volonté des parties mais de la qualification *in concreto* réalisée par le juge. ⁴⁵⁶

En Colombie, nous n'avons pas connaissance de jurisprudence à ce sujet. La loi et la jurisprudence colombienne ont évolué dans un sens plutôt favorable au

⁴⁵² PHILIPPE LÉBOULANGER. *La notion d'« intérêts » du commerce international*, Revue de l'arbitrage, 2, 487 -506 (2005). Spéc. p. 488.

⁴⁵³ *Ibidem*. p. 489.

⁴⁵⁴ Cass. 1^{re} Civ., 2 mai 1966, *Galakis*.

⁴⁵⁵ Paris, 17 déc. 1991, *Gatoil*, Rev. Arb., 1993.281, note H. Synvet.

⁴⁵⁶ « *On fait remarquer que l'internationalité de l'arbitrage est une notion à la fois objective et impérative en ce sens qu'elle ne peut dépendre de la volonté des parties. Dans la mesure où le caractère international de l'arbitrage détermine, notamment, le régime des voies de recours, il ne peut être laissé à la discrétion des parties. Celles-ci ne pourraient donc valablement qualifier d'international un arbitrage qui serait en réalité purement interne [Cass. Civ. 1^{re}, 6 avril 1994, Buzzichelli, Bull. Civ. I. n° 135]. C'est au juge qu'il convient d'apprécier in concreto si les intérêts du commerce international sont concernés pour qualifier l'arbitrage. L'article 1492 est une loi de police [J.-P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international » Mélanges Pierre Drai, p. 161 et s.].* » PHILIPPE LÉBOULANGER. *La notion d'« intérêts » du commerce international*. *Op. cit.* p. 502.

développement de l'arbitrage international ; cependant la pratique colombienne de l'arbitrage international est encore récente et le juge reste très attaché aux critères juridiques.⁴⁵⁷

228. **La notion d' « investissement ».** L'article 199 du décret 1818 de 1998 (article 25 de la Convention du Washington) dispose que la compétence du Centre ne s'applique qu'aux différends d'ordre juridique en relation directe avec un investissement. Il existe donc un lien de dépendance entre le concept juridique de « différend d'ordre juridique » et le concept économique d'« investissement ».⁴⁵⁸ Pourtant, la Convention ne définit pas le terme « investissement ».⁴⁵⁸ Pour Dominique Carreau et Patrick Juillard « *ses rédacteurs ont esquivé les problèmes de définition, et les ont esquivés délibérément. Ils ont en effet estimé que donner une définition, c'était poser des limitations, et qu'il était plus judicieux de laisser les tribunaux arbitraux, cas par cas, libres de déterminer leur propre compétence, en leur permettant de qualifier l'opération litigieuse comme constitutive ou non constitutive d'un investissement* ».⁴⁵⁹ En conséquence, c'est dans les instruments internationaux et dans leur interprétation jurisprudentielle qu'on peut trouver les éléments essentiels de la notion. Cependant, ni les conventions multilatérales, ni les Traités bilatéraux d'investissement, ne sont uniformes à cet égard. C'est donc la *jurisprudence* arbitrale qui, dans la pratique, l'établit conformément aux conventions bilatérales applicables au litige.

L'état actuel de la jurisprudence ressort des cas *Fedax c. Venezuela*, *Salini c. Maroc* et *Mihay c. République démocratique et socialiste du Sri Lanka*. Dans l'affaire *Fedax c.*

⁴⁵⁷ Il faut observer que les arbitres en matière de contrats publics sont tenus de statuer en droit (voir n° 807 et s.). Les entités publiques ne peuvent pas se soumettre aux règlements des institutions d'arbitrage (voir n° 599 et s., spéc. n° 602 et 661 et s.).

⁴⁵⁸ « Rien n'interdit de considérer qu'il s'agit d'un renoncement d'ordre tactique. L'absence de définition n'est pas seulement un gage de souplesse aux fins d'application de la convention, le moyen d'étendre son champ d'application, ce qu'au demeurant les sentences arbitrales ont confirmé [Sébastien Manciaux, *ibidem*, p. 39] ». ALI BENCHENEB. *Sur l'évolution de la notion d'investissement*", in Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle, CNRS et Litec, (2000), Sous la direction de Charles LEBEN. Eric LOQUIN. Mahmoud SALEM. 177 - 196. Spéc. p. 186.

⁴⁵⁹ DOMINIQUE CARREAU. PATRICK JUILLARD. *Droit international économique*, Paris, Dalloz. (2005). n°1102, p.386.

Venezuela, le Tribunal arbitral s'est demandé d'abord si les billets à ordre pouvaient être constitutifs « d'investissement » dans le cadre de l'accord conclu entre les Pays Bas et le Venezuela ; il s'est demandé, ensuite, s'ils pouvaient être considérés comme des « investissements » au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. Pour le Tribunal, l'opération est un investissement car elle se caractérise par *une certaine durée, une régularité en matière de profits et de revenus, une certaine prise de risques, un engagement substantiel et d'un intérêt certain pour le développement du pays d'accueil*.⁴⁶⁰ Dans l'affaire *Salini c. Maroc*, le Tribunal contrôle également l'opération d'investissement au regard de l'accord conclu entre le Maroc et l'Italie et de la Convention de Washington. Il conclut qu'étant donné que le Traité inclut dans la notion d'investissement *tout droit à une prestation contractuelle ayant une valeur économique*, un marché de travaux publics constitue une opération d'investissement. D'autre part, il constate que l'opération suppose *des apports, une certaine durée d'exécution, une participation aux risques de l'opération, et une certaine contribution au développement de l'Etat d'accueil de l'investissement*.⁴⁶¹ Enfin, dans l'affaire *Mihay c. République démocratique et socialiste du Sri Lanka*, le Tribunal ne considère pas que les dépenses effectuées en vue d'arrangements précontractuels puissent être considérées comme des investissements, ni au sens du Traité conclu entre le Sri Lanka et les Etats-Unis, ni au sens de la Convention de Washington.⁴⁶²

Ainsi, les critères que prend en compte la *jurisprudence* pour qualifier une opération d'investissement sont : les apports, la durée de l'opération, la régularité en matière de profits et de revenus, la prise de risques, l'engagement substantiel, une contribution certaine au développement de l'Etat d'accueil de l'investissement.

La distinction entre une opération de commerce international et une opération d'investissement international n'est cependant pas évidente : dans les deux cas, il y a un transfert de biens ou de services à travers des frontières. Il s'agit dans un cas et dans l'autre de notions nettement économiques dont les arbitres doivent se servir pour déterminer leur propre compétence, que ce soit au sein du CIRDI,

⁴⁶⁰ CIRDI, *Fedax vs. Venezuela*, ARB/96/3, (09-03-1998). § 43.

⁴⁶¹ *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c/ Maroc*, ARB/00/4. § 52.

⁴⁶² CIRDI, *Mihay c. République démocratique et socialiste du Sri Lanka*, ARB/00/2, (15-03-2002). §48 et s.

d'une autre institution d'arbitrage international ou dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*.

*

* *

229. L'arbitrage international en Colombie est assez récent. Le contexte politique et économique a poussé le législateur à autoriser l'arbitrage international. Préalablement à l'autorisation générale de l'arbitrage par la constitution, la Colombie avait déjà souscrit les deux principales conventions internationales en la matière : la Convention de New York de 1958 et la Convention de Washington de 1965. Nonobstant, la mise en place d'un cadre juridique approprié pour le développement de l'arbitrage international était impératif.

230. Il convient de rappeler que si la constitution de 1991 autorise l'arbitrage, elle contient également la première limite à son développement. Malgré la signature de Traités bilatéraux d'investissement, ceux-ci n'ont pas pu être ratifiés en raison de la possibilité constitutionnelle d'exproprier sans indemnisation. Une réforme constitutionnelle a été nécessaire pour lever cet obstacle. Désormais, les Traités d'investissement sont nombreux et plusieurs traités prévoyant l'arbitrage international des entités publiques sont déjà en vigueur.

231. Si l'Etat colombien ou ses entités publiques n'ont pas été jusqu'à présent, à notre connaissance, partie aux arbitrages CIRDI, la *jurisprudence* arbitrale sert de référence pour étudier les problèmes qui découlent de la participation des personnes publiques à l'arbitrage international.

232. Il n'y a donc plus d'obstacle en droit colombien pour que l'Etat ou les entités publiques stipulent l'arbitrage international dans les contrats publics. L'arbitrabilité subjective est donc illimitée, y compris en matière internationale.

Conclusion du premier titre

233. L'administration a l'habilitation légale de choisir de recourir au contrat, de définir son contenu en accord avec son partenaire et de déléguer à un arbitre la résolution des conflits en découlant. Ces conflits ne concernent pas les motifs qui ont conduit l'administration à choisir la technique contractuelle mais découlent du contrat lui-même. Il n'y a donc pas de raison théorique de restreindre la capacité de l'administration de se soumettre à l'arbitrage.

234. Le droit colombien autorise toute entité publique (représentée par le fonctionnaire compétent), quel que soit son niveau, à conclure des conventions d'arbitrage. La jurisprudence colombienne en a jugé ainsi en 1925 et 1936 en l'absence même de texte légal.⁴⁶³ Qu'il s'agisse de l'arbitrage interne ou de l'arbitrage international, l'arbitrabilité subjective des contrats publics est illimitée en droit colombien.

235. Il convient alors de se demander si l'autorisation illimitée de compromettre est extensible à toute sorte de litiges découlant des contrats publics.

⁴⁶³ Cour Suprême de justice, (05-11-1925) ; Cour Suprême de justice, Gaceta judicial n° 1917, (10-10-1936).

DEUXIÈME TITRE. UNE ARBITRABILITÉ OBJECTIVE

REELLEMENT LIMITÉE ?

236. La question de l'arbitrage en matière de contrats publics est particulièrement sensible dans la mesure où le domaine arbitral de ces contrats est difficile à cerner. En droit colombien, la complexité de l'arbitrabilité des contrats publics découle de la consécration constitutionnelle de l'arbitrage en 1991 (institutionnalisation de l'arbitrage) et de l'interprétation qu'en font la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat.⁴⁶⁴

237. Au regard du texte constitutionnel, l'arbitre est un particulier qui exerce une fonction publique juridictionnelle dans les limites fixées par la loi.⁴⁶⁵ L'arbitre, en tant que juge, est, par conséquent, tenu aux mêmes devoirs et soumis au même régime de responsabilité que les juges étatiques.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Conseil d'Etat, *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394, (23-02-2000) et Cour constitutionnelle, C-1436/00, (25-10-2000).

⁴⁶⁵ La sentence arbitrale rendue par les arbitres est revêtue de force exécutoire et de l'autorité de la force jugée. « *Les pays d'Amérique latine ont conservé cette particularité, que l'on retrouve dans la récente loi espagnole elle-même selon laquelle la sentence rendue sur le territoire national est exécutoire sans même que le juge doive l'homologuer. Il s'agit là d'une bizarrerie qui, apparemment, pourrait faire croire à une très large confiance de l'Etat à l'égard de l'arbitrage, alors qu'il n'en est rien. L'explication de cette disposition est une survivance d'une conception aujourd'hui dépassée et selon laquelle l'arbitrage est inséré dans le système étatique : dès lors, la sentence est considérée comme un jugement et « bénéficie » du même traitement. L'avantage n'est qu'apparent, car en contrepartie du traitement de faveur réservé à la sentence du point de vue de son caractère exécutoire, le régime juridique de la procédure arbitrale est calqué sur celui du procès étatique, ce qui revient à nier la spécificité de l'arbitrage.* » CHARLES JARROSSON. *La notion d'arbitrage Op. cit.* p. 9. Sur le caractère exécutoire de la sentence arbitrale voir n° 804, 815 et s. et 843 et s.

⁴⁶⁶ *Loi 270 de 1996 (estatutaria de l'administration de la justice) Article 65.* L'Etat colombien est responsable pour les dommages qui lui sont imputables à cause de l'action ou l'omission de ses agents juridictionnels [...] *Article 71.* Si l'Etat est condamné à cause d'une faute lourde ou d'une faute dolosive provenant d'un de ses agents juridictionnels, l'Etat disposera d'une action récursoire contre son agent juridictionnel. [...] *Article 74.* Les dispositions de ce chapitre seront appliquées à tous les agents du

238. Le titre V de la constitution colombienne organise la structure de l'Etat en distinguant trois branches au sein des pouvoirs publics. L'organisation de la branche juridictionnelle figure au titre VII. Si la constitution institue des juridictions permanentes, elle confère également la possibilité d'habiliter de manière transitoire des arbitres pour administrer la justice dans les conditions fixées par la loi.

239. Les arbitres exercent une fonction publique⁴⁶⁷ juridictionnelle⁴⁶⁸ lorsqu'ils tranchent un litige en droit interne. Nonobstant, cette fonction s'exerce en vertu de la loi,⁴⁶⁹ qui fixe les conditions dans lesquelles les arbitres peuvent juger les litiges qui leur sont soumis, et de la convention d'arbitrage. Les limites à l'arbitrabilité du litige résultent alors tant de la loi que de la volonté des parties.

240. En matière d'arbitrage international, la question doit être abordée autrement. Les arbitres internationaux ne sont soumis ni à la constitution ni à la loi colombienne. C'est en vertu de la seule volonté des parties qu'ils sont investis d'une mission juridictionnelle. Evidemment, une autorisation légale expresse est nécessaire pour qu'une entité publique colombienne puisse recourir à l'arbitrage international. Cette autorisation est nécessaire pour que la convention d'arbitrage soit valable. C'est une condition de capacité, ou, dit autrement, d'arbitrabilité subjective. L'arbitre ne tire donc pas ses pouvoirs de la loi mais seulement de la

pouvoir juridictionnel ainsi qu'aux particuliers qui exercent des fonctions juridictionnelles de manière transitoire [...]. Voir à ce propos n° 511 et s.

⁴⁶⁷ En France les arbitres exercent également une fonction juridictionnelle. Cependant, cette fonction n'est pas une fonction publique.

⁴⁶⁸ En France et en Colombie, même si « l'arbitre tient son pouvoir de juger de la volonté des parties, elles ne peuvent lui donner l'imperium dont elles ne disposent évidemment pas : seul l'Etat peut déléguer sa force [...] » CHARLES JARRONSSON. *Arbitrage et juridiction*, Droits, 9, 108 à 117 (1989). p. 111.

⁴⁶⁹ La jurisprudence constitutionnelle a déterminé que l'octroi des pouvoirs juridictionnels aux arbitres, malgré son origine privée (convention d'arbitrage) émane directement de la loi. C'est donc le droit objectif qui donne à la convention d'arbitrage non seulement des effets juridiques privés (entre les

volonté des parties. La mission juridictionnelle de l'arbitre procède donc de la convention d'arbitrage.

241. La loi 80 de 1993 autorise l'arbitrage sans établir de limites matérielles alors que les lois précédentes avaient clairement limité les compétences des arbitres en matière de contrats publics.⁴⁷⁰ L'interprétation qui est faite de ce changement législatif par les cocontractants de l'administration et par certains arbitres est la suivante : si la nouvelle loi n'établit pas de limites, c'est parce que le législateur a voulu expressément les écarter. Or, dès les premières sentences arbitrales rendues, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle ont interprété cette autorisation d'une façon différente, quoique complémentaire.⁴⁷¹

242. Selon le Code de procédure administrative, la juridiction administrative dispose d'une compétence générale pour connaître des litiges qui concernent l'administration publique, y compris ceux qui découlent des contrats publics.⁴⁷² Toutefois, le recours à l'arbitrage est autorisé pour résoudre les différends nés des contrats publics.⁴⁷³ Deux possibilités sont donc offertes aux parties : la juridiction étatique ou la justice arbitrale.

parties), mais également publics (entre l'Etat et les arbitres) qui se concrétisent dans l'attribution de fonctions juridictionnelles aux arbitres. *C-431/95*.

⁴⁷⁰ Le décret 222 de 1983 (ancien statut des contrats administratifs) permettait dans son article 76 de stipuler la clause compromissoire dans les contrats de l'administration. Cependant, il n'était pas possible de stipuler l'arbitrage en ce qui concerne l'application, l'interprétation et les effets des clauses exorbitantes (clause de résiliation – sanction, de modification et d'interprétation unilatérales).

⁴⁷¹ *C-1436/00. Consorcio Hispano Alemán vs. ETMVA, 16394*.

⁴⁷² *Code de procédure contentieuse administrative. Article 83*. La juridiction administrative juge les actes administratifs, les faits, les omissions, les opérations administratives et les contrats publics.

⁴⁷³ *Loi 80 de 1993. Article 70. Sur la clause d'arbitrage*. Les contrats publics peuvent inclure une clause compromissoire afin de soumettre à la décision des arbitres les différends possibles survenus dans la conclusion du contrat, dans son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte.

L'arbitrage doit être rendu en droit. Il doit y avoir trois (3) arbitres, sauf si les parties décident de soumettre les conflits à un seul arbitre. Dans les affaires impliquant un montant peu élevé, il y aura un seul arbitre.

La désignation, la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral est régie par les normes en vigueur en la matière.

243. La convention d'arbitrage est l'instrument juridique qui habilite les arbitres à trancher un litige résultant d'un contrat public en lieu et place du juge administratif. En conséquence, une fois les arbitres saisis, la juridiction étatique, normalement compétente pour connaître ce litige, devient incompétente. Il ne peut donc exister, en principe, aucune concurrence entre la juridiction administrative et l'arbitre quant à la détermination de leurs champs de compétence respectifs.⁴⁷⁴ Cependant, ce n'est pas pour cela que nous pourrions considérer que l'arbitre appartient temporairement à la juridiction administrative. En effet, le Conseil d'Etat affirme que l'« on ne peut soutenir que les tribunaux arbitraux sont des juges administratifs lorsqu'ils tranchent les litiges découlant des contrats publics parce que la juridiction administrative est parfaitement délimitée par la loi statutaire de l'administration de justice. Celle-ci signale de manière rigoureuse les organes qui font partie de cette juridiction, et dont les tribunaux arbitraux ne font

Loi 80 de 1993. Article 71. Sur le compromis. Si le contrat n'inclut pas une clause compromissoire, l'une des parties contractantes peut demander à l'autre la conclusion d'un compromis pour la convocation d'un tribunal d'arbitrage afin de résoudre les différends présentés à propos de la conclusion du contrat, son exécution, son développement, sa résiliation ou son décompte.

Le document de l'accord doit déterminer la matière objet de l'arbitrage, la désignation des arbitres, le lieu de fonctionnement du tribunal arbitral et la forme de paiement des coûts.

⁴⁷⁴ Le Conseil d'Etat affirme dans sa décision du 10 mai 1994 que « si dans un contrat administratif les parties ont stipulé l'arbitrage, le juge administratif saisi doit rejeter la requête car la compétence pour juger les litiges nés du contrat appartient aux arbitres ; si le juge ne le fait pas ainsi la procédure sera affectée de nullité absolue » Consejo de Estado, Sociedad Estruco SA vs. BCH, 8004, (10-05-1994). Dans le même sens, par une décision du 28 novembre 2002, le Conseil d'Etat a confirmé la décision du Tribunal Administratif du Risaralda dans laquelle ce tribunal avait déclaré son incompétence pour connaître d'un litige car les parties avaient stipulé une clause compromissoire. Conseil d'Etat, Municipio de Pereira vs. Fiduciaria de Occidente, (14-09-2003). Cependant, si dans la réponse à la demande, l'exception d'incompétence du juge étatique n'est pas soulevée, la jurisprudence estime qu'il y a renonciation tacite à la convention d'arbitrage et que les parties ont décidé de se soumettre à la justice étatique : Conseil d'Etat, Sociedad industrias Caper vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal 13070, (29-01-1998). Conseil d'Etat, Diskomatsu Ltda. vs. Departamento de Santander, 13573, (18-09-1997). Conseil d'Etat, Arcangel Clavijo Valencia vs. Invicali, 10439, (19-06-1998). La jurisprudence administrative n'est pas uniforme sur ce point. La Cour constitutionnelle, quant à elle, a protégé le droit fondamental d'accès à l'administration de la justice et a jugé dans la décision T-1224/08 que « le principe *Kompetenz-Kompetenz* détermine que les arbitres sont compétents pour décider sur leurs propres compétences avant toute instance juridictionnelle saisie par les parties » Cour

pas partie. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle a déterminé que l'existence d'une juridiction spécialisée dans la préservation du principe de légalité de l'action administrative, laquelle doit s'exercer dans les termes que signale la loi, est de rang constitutionnel. »⁴⁷⁵ En matière de droit administratif français, René Chapus estime qu'« *il [l'arbitre] aura la qualité d'une juridiction administrative, si le litige est de ceux qui entrent dans le domaine de compétence de l'ordre administratif et il se trouvera substitué à la juridiction (le tribunal administratif, normalement) qui aurait jugé le litige en premier ressort (et que, après le prononcé de la sentence arbitrale, les parties ne pourront plus saisir)* ». ⁴⁷⁶

244. Les notions d'arbitrabilité et de compétence sont étroitement liées : l'arbitre n'est compétent que si les parties sont capables de se soumettre à l'arbitrage et si le litige est susceptible d'être résolu par l'arbitrage. Nous avons vu que l'arbitrabilité subjective est illimitée dans le droit colombien. Nonobstant, si la constitution et la loi autorisent l'arbitrage des contrats publics sans établir de limites, nous ne pouvons pas affirmer d'emblée que l'arbitrabilité objective est illimitée. C'est justement sur ce point que plusieurs débats d'interprétation bousculent la pratique de l'arbitrage des contrats publics colombiens.

245. Il convient de se demander quelles sortes de litiges peuvent être soumis à l'arbitrage. Sont-ils les mêmes que ceux qui peuvent être soumis aux juges administratifs ? Dans le cas contraire, quelle est l'étendue réelle de la compétence arbitrale en matière de contrats publics (deuxième chapitre). Il faut, avant cela, déterminer les qualités que doit revêtir le litige administratif pour être arbitral (premier chapitre).

constitutionnelle, T-1224/08, (05-12-2008). Voir à ce propos n° voir n° 125, 645, 716 et s. 739 et s. et 972.

⁴⁷⁵ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

⁴⁷⁶ CHAPUS, RENE. *Droit du contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J. (2008). 13 ed., n° 299, p. 269.

Premier chapitre. L'ancrage légal des matières arbitrables

246. La séparation des compétences au sein d'un Etat est la conséquence du principe de séparation des pouvoirs.⁴⁷⁷ En conséquence, seules les lois impératives déterminent la distribution des compétences y compris en matière d'arbitrage. Le critère d'arbitrabilité objective est profondément ancré dans la loi car il détermine l'étendue de la compétence de l'arbitre. Or, la loi des contrats publics attribue la compétence sur les litiges contractuels au juge administratif et aux arbitres sans fixer de frontière. C'est donc aux juges constitutionnel et administratif qu'il revient de fixer les limites.

247. Si le Conseil d'Etat existe depuis 1815,⁴⁷⁸ il n'a de fonctions juridictionnelles que depuis la constitution de 1886. Les problèmes de distribution des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative n'apparaissent qu'avec l'attribution de compétences sur les contrats administratifs à cette dernière en 1964.⁴⁷⁹ Cette même année, le législateur autorise également de manière expresse l'arbitrage dans les contrats de travaux publics.⁴⁸⁰

A partir de l'attribution du contentieux des contrats administratifs au juge administratif, il fallait, comme en France, qualifier la nature administrative ou privée du contrat afin de déterminer le juge compétent. La complexité des critères utilisés pour effectuer cette qualification et les nombreux conflits de compétence ont conduit le législateur à établir en 1993 un critère unique. A partir de la loi 80 de 1993, le législateur adopte un critère subjectif de qualification des contrats publics. Il écarte la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges touchant aux contrats de l'administration régis par le droit privé.

⁴⁷⁷ *SU-174/07*. Voir également : YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif* § I, Paris, L.G.D.J., 16 ed. (2001), n° 824 p.385.

⁴⁷⁸ « Reforma del gobierno de las provincias unidas de la Nueva Granada » du 15 novembre 1815.

⁴⁷⁹ La Cour suprême de justice était jusqu'en 1964 le juge des contrats administratifs et de droit privé. Sur l'évolution de la compétence juridictionnelle sur les contrats publics colombiens.

⁴⁸⁰ La juridiction judiciaire a conservé désormais la compétence pour résoudre certains litiges relatifs aux intérêts privés de l'administration.

248. Si les conflits de compétence avec la juridiction judiciaire ont été surmontés, il en va autrement quant à l'arbitrage des contrats publics. La répartition entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire est fixée par la loi. Nonobstant, la loi des contrats publics est silencieuse quant aux limites à l'arbitrabilité des litiges. La distribution des compétences entre les arbitres et le juge administratif dépend de la convention d'arbitrage, c'est à dire de la volonté des parties. Ainsi, le critère subjectif est inopérant en la matière : c'est la seule volonté des parties (exprimée à travers une convention d'arbitrage valable), qui détermine les domaines respectifs de compétence des arbitres et du juge administratif car « l'arbitrage implique de déroger à la justice étatique. »⁴⁸¹

249. En conséquence, il convient d'étudier le critère d'arbitrabilité issu du droit commun de l'arbitrage (première section) au regard des règles spéciales de l'arbitrage fixées par le droit des contrats publics (deuxième section).

Première section. Le critère général : droit commun de l'arbitrage

250. L'arbitrabilité objective des litiges est déterminée en droit colombien par l'article 115 du décret 1818 de 1998. Cet article définit l'arbitrage comme le « mécanisme par lequel les *parties à un litige, susceptible d'être résolu par transaction*, habilent un tribunal arbitral à prononcer une sentence arbitrale en vertu de sa faculté transitoire d'administrer la justice. » (Nous soulignons). Or la loi ne fixe pas les critères nécessaires pour qualifier un litige de transigible ou d'intransigible. C'est donc par une interprétation déductive de la loi qu'il est possible de déterminer quelles sortes de litiges peuvent être résolus par voie de transaction (première sous-section) ; c'est au regard des interdictions expresses posées par le

⁴⁸¹ C-1436/00 ; Conseil d'Etat, Instituto de Casas Fiscales del Ejercito Nacional vs. Raul Hoyos Villegas, 8246, (22-06-1993) ; Conseil d'Etat, Sadeico vs. Emcali, 10468, (14-09-1995).

législateur qu'il est possible de déterminer, à l'inverse, quels litiges ne sont pas susceptibles de transaction (deuxième sous-section).

Première sous-section. Les litiges transigibles

251. Le principe de limitation de l'arbitrabilité des litiges aux matières susceptibles de transaction est une constante de l'arbitrage colombien. Ce principe était, déjà, posé par la loi 105 de 1931, par le Code de commerce de 1974 et par le décret 2279 de 1989. La loi *estatutaria* de l'administration de la justice⁴⁸² et la loi 446 de 1998 ne font que confirmer ce principe.

L'article 115 du décret 1818 du 1998 définit l'arbitrage dans les termes suivants : « l'arbitrage est un mécanisme par lequel les parties *à un conflit susceptible d'être résolu par voie de transaction*, le soumettent à la décision d'un Tribunal arbitral qui est investi transitoirement de la faculté d'administrer la justice au travers d'une sentence arbitrale [...] »⁴⁸³ Cet article pose le principe selon lequel on ne peut compromettre que sur une question contentieuse susceptible de transaction.

Il faut donc examiner les normes relatives au contrat de transaction afin de déterminer d'un point de vue légal quelles sont les matières arbitrables. *Pour y parvenir, nous n'analyserons pas le contrat de transaction lui-même, mais seuls les litiges qui peuvent être objet du contrat de transaction.*

252. L'article 2469 du Code civil dispose que « la transaction est un contrat par lequel les parties règlent extrajudiciairement un litige en cours ou se prémunissent d'un litige éventuel [...] La renonciation à un droit qui n'est pas l'objet d'un litige

⁴⁸² La loi 1285 du 22 janvier 2009 a modifié l'article 13 de la loi 270 de 1997 qui prévoyait que l'arbitrabilité dépendait de la possibilité de soumettre les litiges au contrat de transaction. Cependant, l'article 111 de la loi 446 de 1998 subsiste dans la compilation des normes sur l'arbitrage réalisée par le décret 1818 de 1998.

⁴⁸³ Cette définition implique, d'après le professeur Julio Benetti, que « le litige objet d'arbitrage réunisse quelques conditions : a) qu'il s'agisse d'un conflit déterminé ou déterminable ; b) qu'il s'agisse d'une question contentieuse ; c) que cette question soit susceptible de transaction ; d) que la question litigieuse ait un contenu patrimonial. Il faut également que la loi n'interdise pas l'arbitrabilité du litige. » JULIO BENETTI SALGAR. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. 2ème édition, *Op. cit.* p. 83.

ne constitue pas une transaction ». L'article 2470 du Code civil dispose ensuite que « seule la personne capable de *disposer* des objets compris dans la transaction peut transiger » (nous soulignons). La lecture de cet article nous renvoie à l'article 15 du même Code qui dispose, quant à lui, que « lorsque les droits conférés par les lois concernent seulement l'intérêt de celui qui renonce, ils peuvent faire l'objet d'une renonciation si la loi ne l'interdit pas ».

En résumé, l'article 2469 dispose que le contrat de transaction a pour objet un *litige* en cours ou éventuel qui doit être susceptible de *renonciation*, l'article 2470 exige la *capacité de disposition* de l'objet litigieux et l'article 15 établit que la *renonciation* d'un droit est possible si la loi ne l'interdit pas. L'objet du contrat de transaction est donc le droit litigieux dont les parties ont la libre disposition, c'est-à-dire celui auquel elles peuvent renoncer : « *un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer. La libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique [...] en droit substantiel interne, la libre disponibilité se rapporte aux biens ou aux droits subjectifs dont les parties peuvent disposer* ». ⁴⁸⁴ « *Patrimonialité et disponibilité se reconceptent généralement en ce sens qu'un droit patrimonial est généralement disponible et un droit extrapatrimonial indisponible, sauf quelques exceptions* » ⁴⁸⁵

253. L'arbitrabilité dépend alors de l'existence d'un droit litigieux dont les parties ont la libre disposition, c'est-à-dire auquel elles peuvent renoncer. ⁴⁸⁶ Or, il n'existe pas non plus de classification légale des droits disponibles. En conséquence, compte tenu de la difficulté d'établir une classification, celle-ci se dessine à partir des droits que le législateur qualifie d'indisponibles.

⁴⁸⁴ PATRICE LEVEL. *L'arbitrabilité. Op. cit.* p.219.

⁴⁸⁵ SÉBASTIEN BESSON. JEAN FRANÇOIS POUDRET. *Droit comparé de l'arbitrage international*, (2002), Bruxelles, Paris, Zurich-Bâle-Genève, Bruylant, L.G.D.J, SCHULTHESS, n° 93, p.39-40 cité par BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité Op. cit.* n° 150, p. 110.

⁴⁸⁶ *Unidad Administrativa Especial de la Aeronautica Civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la Costa*, 27946. Conseil d'Etat, Corantioquia Vs Inversiones Zapata Lotero y Cia Ltda., 32514, (27-09-2006).

Deuxième sous-section. Les litiges intransigibles

254. Le Code civil colombien fixe les matières qui ne peuvent pas être soumises au contrat de transaction dans un but d'intérêt public ou d'ordre public : l'Etat civil, les droits d'autrui et les droits inexistantes (articles 2473 et 2475).⁴⁸⁷ En outre, les parties à un litige ne peuvent pas renoncer aux droits qui leur sont conférés par les « lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». ⁴⁸⁸ « *la notion de libre disponibilité des droits, et son antonyme, la notion d'indisponibilité, sont les traits d'union qui relient l'arbitrabilité à l'ordre public. On ne peut faire économie du passage par l'ordre public. La raison en est vraisemblablement que la notion de libre disponibilité des droits n'est pas autonome, mais dépendante de l'ordre public* ». ⁴⁸⁹

255. Le législateur attache aux matières liées à l'ordre public une protection particulière et, compte tenu de leur importance, les déclare indisponibles. « *L'indisponibilité⁴⁹⁰ a pour effet de soustraire le droit ou la chose aux actes juridiques.*⁴⁹¹ *Si la notion de libre disposition des droits connaît un essor particulier, c'est en tant qu'on peut lui opposer le principe d'indisponibilité qui traduit une restriction à la liberté du sujet de droit, tant au plan substantiel que procédural.* »⁴⁹²

256. Les droits indisponibles ne peuvent donc pas être objet de renonciation de la part de leurs titulaires. En conséquence, les litiges qui en découlent ne sont pas susceptibles d'arbitrage. Dans ces domaines, la compétence est attribuée par le législateur aux juges étatiques. « *Le caractère inarbitrable de certaines matières rend compte*

⁴⁸⁷ La transaction sur des aliments futurs est soumise à des autorisations particulières (article 2474).

⁴⁸⁸ *Code civil. Article 16.* On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

⁴⁸⁹ CHARLES JARROSSON. *L'arbitrabilité : présentation méthodologique. Op. cit.* n° 11, p.3.

⁴⁹⁰ [« *Coïncide, au minimum, avec le domaine de droits extra-patrimoniaux* » P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », Rev. Arb. 1994, p.279, spéc. p.284]

⁴⁹¹ [Gr. Loiseau, le nom, objet d'un contrat, th. Paris I, 1995, Spéc. n° 17, p.21].

⁴⁹² BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON. *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J. (1996)., n° 92, p. 57 à 59.

du lien étroit qui existe entre celles-ci et les fondements de l'organisation économique et sociale de l'Etat que le juge a précisément pour mission de faire respecter. »⁴⁹³

257. La compétence exclusive pour déterminer la nature disponible des droits ou des biens appartient au législateur.⁴⁹⁴ La constitution en pose le principe lorsqu'elle dispose que les arbitres peuvent être investis temporairement de la fonction d'administrer la justice *dans les termes établis par la loi*.⁴⁹⁵ Les parties ne peuvent pas soumettre tous leurs litiges aux arbitres, mais seulement les litiges portant sur des droits dont les parties peuvent disposer librement.⁴⁹⁶ La jurisprudence reprend les éléments contenus dans le Code civil pour fixer les limites constitutionnelles de l'arbitrabilité.⁴⁹⁷ Elle fixe donc des limites matérielles à l'arbitrage et, en conséquence, à la liberté contractuelle des parties.

258. La Cour constitutionnelle colombienne juge que les arbitres sont incompétents en matière de « droits fondamentaux, de reconnaissance de facultés octroyées à une certaine catégorie de citoyens (les travailleurs),⁴⁹⁸ sur le contrôle exercé par l'Etat sur l'état civil, sur les décisions prises par les assemblées d'actionnaires des sociétés⁴⁹⁹ et « les affaires qui concernent l'ordre public, la souveraineté nationale, l'ordre constitutionnel ou qui sont réservées aux différents organes de l'Etat ». ⁵⁰⁰

⁴⁹³ DOMINIQUE HACHER. « Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence », *Competition and Arbitration Law*, dossier de l'Institut de la CCI, 1992, p. 151. Cité par BERNARD HANOTIAU. *L'arbitrabilité* p. 40.

⁴⁹⁴ Voir à ce propos la critique à la notion de libre disponibilité fait par MARTIN ENRIQUE BERMUDEZ. La limitación de las controversias *arbitrables* en el artículo primero del anteproyecto (Groupe de discussion *infosecretarial* et du comité colombien de l'arbitrage. Consulté le 27-07-2011).

⁴⁹⁵ Dernier alinéa de l'article 116 de la constitution.

⁴⁹⁶ Cour constitutionnelle, C-037/96, (05-02-1996). Cour constitutionnelle, C-098/01, (31-01-2001). *C-347/97. C-1436/00*.

⁴⁹⁷ Cour constitutionnelle, T-057/95, (20-02-1995). *C-330/00*.

⁴⁹⁸ *C-330/00*.

⁴⁹⁹ Cour constitutionnelle, C-378/08, (23-04-2008). L'article 197 de la loi 446 de 1998 attribue à la Surintendance de Sociétés la compétence pour résoudre les recours contre les décisions de l'assemblée d'associés ou des directives de la société.

⁵⁰⁰ *C-1436/00*.

259. Néanmoins, étant donné que le législateur n'est pas toujours explicite dans la détermination de la libre disponibilité des droits, seule l'interprétation du droit applicable, dans chaque cas d'espèce, permet de savoir avec certitude quelles sont les matières arbitrables.

260. Les limites matérielles de l'arbitrage sont déterminées par la loi, par la jurisprudence constitutionnelle et en dernier lieu par la volonté des parties. Ainsi, rien n'oblige les parties à un litige à soumettre l'intégralité de leurs désaccords à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage résulte toujours d'un choix de l'administration et conduit à l'incompétence de la juridiction administrative pour juger l'objet du litige soumis à l'arbitrage.

261. L'administration peut recourir à l'arbitrage lorsque cela lui semble le choix le plus approprié ; elle exerce, alors, ce choix dans le cadre de sa liberté contractuelle. Elle peut aussi bien décider de soumettre la totalité ou une partie seulement du litige contractuel à l'arbitrage.⁵⁰¹ Si les parties n'ont pas délimité le domaine arbitral, le juge administratif présume, alors, qu'il concerne tous les litiges découlant du contrat public.⁵⁰² Le Conseil d'Etat autorise dans ce cas une substitution de l'arbitrage à la juridiction administrative, en principe compétente.⁵⁰³

Deuxième section. Le critère spécial : droit des contrats publics

262. Le statut des contrats publics de 1993 réserve une place privilégiée aux mécanismes alternatifs de résolution des litiges, dont l'arbitrage. La loi 80 de 1993 pose le principe que les entités publiques ne peuvent interdire ni la stipulation de mécanismes de solution directe des litiges, ni la stipulation de la clause

⁵⁰¹ C-378/08.

⁵⁰² Conseil d'Etat, Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación, 33669, (27-08-2007).

⁵⁰³ Conseil d'Etat, Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care, 37004, (18-02-2010).

compromissoire ou la conclusion de compromis pour régler les litiges relatifs aux contrats publics.⁵⁰⁴ Les contrats publics peuvent en conséquence comporter une clause compromissoire et à défaut de cette clause les entités publiques peuvent conclure un compromis d'arbitrage.

Les entités publiques peuvent donc soumettre à l'arbitrage les différends surgis lors de *la conclusion* du contrat, de son *exécution*, de son *développement*, de sa *résiliation* ou de son *décompte*.⁵⁰⁵ La loi ne fixe *aucune limite* expresse à l'arbitrabilité des litiges, à l'inverse des statuts précédents.

263. L'arbitrage international des contrats publics est régi par la loi 80 de 1993, par la loi 267 de 1995 ratifiant la Convention de Washington ainsi que par les Traités d'investissement et de Libre commerce approuvés par la Colombie. L'article 70 de la loi 80 de 1993 dispose que « [...] dans les contrats passés avec des cocontractants étrangers, dans les contrats qui incluent un financement à longue durée ou à travers l'exploitation de l'ouvrage construit ainsi que dans les contrats ayant pour objet des biens nécessaires à la prestation d'un service public, il est possible de prévoir que les différends relatifs au contrat seront soumis à un tribunal arbitral international. » L'article 25-1 de la Convention de Washington (loi 267 de 1995), stipule que la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique⁵⁰⁶ entre un Etat contractant (ou une collectivité publique ou un organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant à propos d'un investissement.⁵⁰⁷ Plusieurs Traités bilatéraux et multilatéraux dont la Colombie fait partie, prévoient la possibilité de recourir à l'arbitrage pour les litiges relatifs à des contrats publics. La notion d'investissement y est aussi le critère clé de détermination de l'arbitrabilité objective du litige.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ *Loi 80 de 1993. Article 69.*

⁵⁰⁵ *Loi 80 de 1993. Articles 70 et 71.*

⁵⁰⁶ Voir n° 224.

⁵⁰⁷ Sur la notion d'investissement voir n° 228.

⁵⁰⁸ Voir sur ce point le n° 176 et 228.

264. Certes, ces articles déterminent les matières qui sont susceptibles d'être soumises à l'arbitrage. Cependant, il faut remarquer que l'article 70, en ce qui concerne l'arbitrage interne, et l'article 25 de la Convention de Washington, en matière d'investissement fixent un domaine arbitral assez étendu. Or, nous venons de voir que la condition essentielle pour qu'un litige soit arbitral est qu'il porte sur des droits disponibles. Pouvons-nous, dès lors, affirmer que lors de *la conclusion, l'exécution, le développement, la résiliation et le décompte* du contrat public, ou de la détermination de la nature juridique du litige et son rapport avec un investissement, aucun droit indisponible ne serait affecté ?

265. L'article 40 de la loi des contrats publics dispose que les stipulations contractuelles ne peuvent pas être contraires à la constitution, à l'ordre public, aux principes législatifs et au principe de bonne administration. L'arbitrabilité et les principes précédents peuvent donc entrer en conflit.

266. Si les normes spéciales qui déterminent le domaine arbitral ne fixent pas de limites, une lecture intégrale du statut des contrats publics s'impose néanmoins afin de déterminer quelle est l'étendue réelle du domaine arbitral en matière contractuelle administrative. En effet, la nature des obligations de l'administration ainsi que les prérogatives que la loi lui octroie dans le procédé contractuel, génèrent des difficultés importantes pour la détermination du domaine arbitral en matière de contrats publics. L'étude des conditions d'exercice des pouvoirs exorbitants de l'administration dans le procédé contractuel (première sous-section) est donc nécessaire afin d'établir quels sont les droits disponibles dans les contrats publics, c'est-à-dire l'étendue réelle du domaine arbitral (deuxième sous-section).

Première sous-section. L'exercice restreint des pouvoirs exceptionnels

267. L'administration, bien que placée sur un pied d'égalité avec son cocontractant d'un point de vue contractuel, assure la direction générale, le

contrôle et la surveillance de l'exécution du contrat : l'article 3 de la loi 80 de 1993 dispose que les fonctionnaires doivent tenir compte du fait que dans la conclusion et l'exécution du contrat, les entités publiques recherchent l'accomplissement de missions d'intérêt public, le fonctionnement continu et efficace des services publics et la protection des droits et intérêts des administrés. Il faut ajouter, par ailleurs, que la soumission de certains contrats à un régime de droit privé n'exclut pas, pour autant, la stipulation de clauses exorbitantes. Dans certains cas, les régimes spéciaux font même obligation à l'administration de stipuler certaines de ces clauses. Les instruments contractuels que l'administration utilise pour l'accomplissement des fonctions que lui assigne l'article 3 se manifestent non seulement à travers des clauses exceptionnelles au droit commun mais aussi à travers d'autres moyens.

268. Les clauses exceptionnelles au droit commun dans le statut des contrats publics. En 1993, le législateur remplace la terminologie traditionnelle de « clauses exorbitantes » par celle de « clauses exceptionnelles au droit commun ».

L'article 14 de la loi dispose que les entités publiques peuvent interpréter unilatéralement les documents contractuels et les stipulations conventionnelles, les modifier et, quand les conditions particulières l'exigent, résilier de manière unilatérale le contrat signé *dans le but de garantir la continuité du service public* (nous soulignons). Quelle est la portée de cette disposition ?

José Luis Benavides estime qu'« *en droit colombien, comme en droit français, la particularité des clauses exorbitantes ne réside pas dans son caractère juridiquement inégalitaire mais dans son rapport avec le service public. [...] Toutefois, la conception colombienne se détache de la tradition française dans la façon d'établir ce rapport. Le service public n'est pas seulement la toile de fond des prérogatives de puissance publique de l'administration contractante, mais sa seule justification. Selon cette conception, la Loi 80 renforce d'abord un principe traditionnel en droit colombien : pas de prérogatives de puissance publique sans texte légal. Ensuite, elle réaffirme la relation entre les clauses exceptionnelles et le service public. Deux conséquences s'en dégagent. Premièrement, la loi impose un système de dosage*

des clauses exceptionnelles *selon le lien plus au moins direct entre l'objet du contrat et le service public*. Deuxièmement, le juge administratif contrôle fermement l'exercice des prérogatives de puissance publique. [...] *Il ne s'agit pas d'un pouvoir général, il s'agit de pouvoirs ayant pour objectifs spécifiques et uniques « d'éviter l'interruption des services publics à leur charge ou d'importantes perturbations à ces services et d'assurer leur prestation de manière immédiate, continue et adéquate [article 14, alinéa 2.] »*.⁵⁰⁹ Le Conseil d'Etat juge que « les pouvoirs exorbitants sont une règle d'exception et que l'interprétation de ce pouvoir doit être stricte. »⁵¹⁰

269. Les conditions de stipulation des clauses exceptionnelles. L'article 14 impose l'insertion de *clauses exceptionnelles* de résiliation, d'interprétation et de modification unilatérales, d'application des lois nationales et de résiliation sanction dans les contrats ayant pour objet une activité publique monopolistique, une activité de service public, l'exploitation et la concession de biens publics ou de travaux publics. Dans les contrats d'exploitation et de concession de biens publics la loi impose en outre une clause de restitution. Ces clauses sont réputées stipulées même si elles ne le sont pas de manière expresse.

L'article 14 dispose par ailleurs la *faculté* de stipuler de telles clauses dans les contrats de fournitures et de prestation de services.

Enfin, il *exclut la stipulation de clauses exceptionnelles* dans les contrats conclus avec des organismes internationaux, dans les contrats de coopération, d'aide ou d'assistance, dans les contrats entre collectivités publiques, dans les contrats relatifs à des emprunts, donations et baux, dans les contrats ayant pour objet les activités commerciales ou industrielles des entités publiques autres que celles dans lesquelles la stipulation de clauses exceptionnelles est obligatoire, dans les contrats ayant pour objet le développement d'activités scientifiques ou technologiques et enfin dans les contrats d'assurance dans lesquels l'assuré est une personne morale de droit public.

⁵⁰⁹ JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, *Op. cit.* p. 298 et 304.

⁵¹⁰ Conseil d'Etat, *Colmotores vs. Instituto de Comercio Exterior*, 7879, (16-12-1994).

270. **La stipulation des clauses exceptionnelles selon les régimes spéciaux des contrats publics.** Le principe général quant à la stipulation de clauses exceptionnelles dans les contrats publics est fixé par le statut général des contrats publics. Cependant, des régimes spéciaux relatifs à certains contrats publics font aussi référence à la stipulation de telles clauses dans des termes quelques peu différents.

271. Les articles 38 et 76 de la loi 80 de 1993 relative au régime spécial des services de télécommunications et aux contrats d'exploitation des ressources naturelles, attribuent aux entités publiques compétentes la mission d'autoriser la stipulation de clauses exceptionnelles. La loi 142 de 1994 (article 31) sur les services publics domiciliaires (électricité, eau, gaz [...]) et la loi 143 de 1994 (article 8) sur le secteur électrique prévoient que les commissions de régulation sectorielles peuvent rendre obligatoire l'inclusion de clauses exceptionnelles ou en autoriser l'insertion. A titre d'exemple, une résolution de la Commission de télécommunications impose à tous les opérateurs de téléphonie publique basique commutée (TPBC), l'insertion de clauses exceptionnelles dans les contrats de travaux, de consulting et de fourniture de biens, lorsque l'objet de ces contrats est lié à la prestation du service et que son inexécution risquerait de conduire à l'interruption du service.⁵¹¹ La Commission d'eau potable et d'assainissement autorise, quant à elle, la stipulation de clauses exceptionnelles dans les contrats de prestation de services informatiques considérant notamment que « leur inexécution peut entraîner l'interruption du service. »⁵¹² Enfin, l'article 196.6 de la loi 100 de 1993, sur le système de sécurité sociale intégral prévoit que même si les contrats passés en matière de sécurité sociale sont régis par le droit privé, les entités publiques peuvent néanmoins y inclure de manière discrétionnaire des clauses exceptionnelles.

⁵¹¹ Résolution 575 du 9 décembre 2002, articles 2.6.1 et 2.6.2.

272. **Les autres manifestations des pouvoirs contractuels exceptionnels de l'administration.** Bien que la loi 80 de 1993 se veuille exhaustive quant à l'identification des prérogatives contractuelles exceptionnelles de l'administration, certaines lois spéciales et la jurisprudence administrative en ont consacré d'autres.

273. Le pouvoir de sanction de l'administration en est un exemple. L'article 91 de la loi 418 de 1998 consacre au profit de l'administration le pouvoir de résilier unilatéralement tout contrat public dès lors que le cocontractant de l'administration aide, de quelque façon, des groupes subversifs.⁵¹³ Par ailleurs, l'article 42 de la loi 143 de 1994 prévoit la possibilité de stipuler des clauses qui imposent des sanctions pour l'inexécution des contrats ainsi que l'établissement de compensations économiques correspondantes.

274. Cependant, le Conseil d'Etat juge que les pouvoirs exceptionnels de l'administration n'ont pas nécessairement une nature contractuelle ; *« certaines prérogatives s'appuient sur la nature publique de l'entité contractante, selon les règles générales de la fonction administrative, et non pas sur sa condition de partie contractante, selon le régime général des contrats publics. »* Ainsi, *« bien que le juge administratif n'abandonne pas le principe d'autorisation légale pour l'exercice de ces pouvoirs, il estime qu'ils sont la conséquence de la force exécutoire des actes administratifs. Il s'agit donc, d'après les termes du Haut tribunal, d'une expression du pouvoir 'd'auto-tutelle' des intérêts de l'administration⁵¹⁴ [...] Le pouvoir de direction et de contrôle dans l'exécution des contrats offre à l'entité contractante les prérogatives de donner des ordres au cocontractant et d'assurer leur accomplissement à travers l'imposition de sanctions. Ainsi, l'imposition de sanctions n'est pas la conséquence d'un pouvoir*

⁵¹² Résolution 382 du 26 juillet 2006, article premier.

⁵¹³ Cette loi a été prorogée par la loi 548 de 1999 puis par la loi 782 de 2002, et finalement par la loi 1106 du 22 décembre 2006.

⁵¹⁴ [C.E., auto du 4 juin 1998, Carlos Mario Hincapié Molina, Sección tercera, tomo compilador 373. Fols. 43-71].

*contractuel mais du 'pouvoir général d'auto-tutelle reconnu à l'administration par le droit à travers les actes administratifs'».*⁵¹⁵

La jurisprudence administrative a connu plusieurs étapes importantes dans la reconnaissance du pouvoir de sanction financière de l'administration. Dans un premier temps, après l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993, la jurisprudence a consacré en 1998 le pouvoir de l'administration d'imposer des sanctions financières par voie unilatérale.⁵¹⁶ Dans un second temps, le Conseil d'Etat juge en 2005 que : « le pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des sanctions financières a disparu avec la loi 80 de 1993.⁵¹⁷ L'administration ne dispose donc pas du pouvoir de sanctionner financièrement unilatéralement le cocontractant fautif. Elle doit saisir le juge du contrat pour obtenir réparation. »⁵¹⁸

Enfin, l'article 17 de la loi 1150 de 2007⁵¹⁹ modifie certains articles de la loi 80 de 1993 pour consacrer de manière expresse la *faculté* d'imposer de manière unilatérale des sanctions financières au cocontractant si cette faculté est stipulée dans le contrat. Le cocontractant a des garanties constitutionnelles que l'administration doit respecter dans tout état de choses. Dans les contrats soumis au régime de la loi 80 et de la loi 1150, la résiliation sanction, la terminaison unilatérale, la modification unilatérale, le décompte unilatéral, la déclaration sur la

⁵¹⁵ JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, *Op cit.* p.336.

⁵¹⁶ Conseil d'Etat, Carlos Mario Hincapie Molina vs. Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, 13988, (04-06-1998). Dans le même sens : *Consultoria Oscar Grimaux vs. Distrito Capital de Bogotá*, 19488.

⁵¹⁷ Conseil d'Etat, Sociedad Consorcio Nacional de ingenieros contratistas - Conic S.A. vs Fondo Rotatorio vial distrital de la Secretaría de Obras publicas del Distrito capital de Bogotá - Fosop, 14579, (20-10-2005).

⁵¹⁸ Cette interprétation a été réitérée avec l'arrêt : Conseil d'Etat, Granahorrar vs. Instituto de Seguros Sociales, 24639, (23-09-2009).

⁵¹⁹ « Le procès équitable est un principe directeur en matière de sanctions contractuelles. Dans ce sens, les entités soumises au statut des contrats publics, dans leur devoir de contrôle et de surveillance des contrats, ont la faculté d'imposer au cocontractant les sanctions financières stipulées afin d'exiger l'accomplissement des obligations contractuelles. [...] »

réalisation du sinistre, la loi détermine les hypothèses de fait qui autorisent l'administration à imposer la sanction découlant de la norme.⁵²⁰

La faculté d'imposer des sanctions financières n'apparaît donc pas véritablement comme une prérogative exceptionnelle de l'administration puisqu'elle prend sa source dans le contrat lui-même, c'est à dire en vertu de la volonté des parties au contrat. La jurisprudence administrative précise que « si le régime juridique applicable au contrat est de droit privé, aucune norme n'autorise les entités publiques à exercer des prérogatives de droit public [...] C'est-à-dire que dans les contrats passés par les entités publiques et dont le régime juridique est de droit privé, les parties agissent dans des conditions d'égalité. En conséquence, même si les parties ont stipulé l'imposition de sanctions financières, elles ne peuvent pas exercer cette prérogative puisque la loi ne les y a pas autorisées. Ces prérogatives procèdent de la loi, et non pas du contrat public. Le même raisonnement est applicable aux contrats inter-administratifs, l'acte administratif pris dans ce sens est entaché de nullité pour incompétence. »⁵²¹

Deuxième sous-section. La libre disponibilité dans le respect du principe de légalité

275. L'administration publique accomplit des missions d'intérêt public. Toutes les missions de l'administration n'impliquent cependant pas le même degré d'intérêt public. L'administration a, à sa disposition, des instruments publics, privés ou mixtes. Lorsque l'administration recourt à la technique contractuelle, elle décide d'agir comme sujet de droits et d'obligations. Le contrat crée des droits subjectifs pour les parties contractantes et le droit sanctionne la partie qui se soustrait à ses obligations.

276. En conséquence, il faut savoir si la mission d'intérêt public de l'administration est, en elle-même, contradictoire avec la notion de libre

⁵²⁰ Conseil d'Etat, Jaime Hernandez Torres vs. Ferrovias (Hoy Ministerio de Transporte), 16367, (23-06-2010) ; Conseil d'Etat, Scanografía neurológica Ltda. vs. Instituto de Seguros Sociales, (17-03-2010).

disponibilité des droits ou si l'administration n'est limitée que par le respect du principe de légalité et peut disposer librement de ses droits. Quel est le rapport qu'entretiennent les notions de libre disponibilité et d'intérêt public ?

277. **La notion de libre disponibilité et l'intérêt public.** Les entités publiques agissent en conformité avec l'intérêt public lorsqu'elles recherchent les solutions les plus appropriées pour l'accomplissement de leurs différentes missions. La notion d'intérêt public englobe aussi bien l'ensemble des missions publiques traditionnelles que l'intérêt économique de l'administration. L'administration agit également selon l'intérêt public lorsqu'elle décide d'utiliser la technique contractuelle. Ce choix discrétionnaire de l'administration n'est pas contestable. Cette décision de contracter transforme le rôle de l'administration : elle se place sur un plan d'égalité avec son partenaire pour définir les règles contractuelles.

La Cour constitutionnelle juge que la gestion des biens publics est soumise aux garanties découlant des principes constitutionnels. Néanmoins, parmi les différentes activités de l'Etat, il existe des degrés différents d'intérêt général. Les paramètres de gestion des entreprises économiques de l'Etat⁵²² ne sont donc pas les mêmes qu'il s'agisse d'entreprises concurrentielles ou de monopoles, d'entités publiques qui assurent la prestation de services publics ou d'entités clairement administratives, même si l'utilisation des deniers publics doit être assurée, dans tous les cas, avec la plus grande transparence.⁵²³

Susana Montes explique qu'« *en ce qui concerne les entités publiques, la capacité de disposition fait référence à [...] la définition des matières sur lesquelles la transaction est possible [...] Ainsi, de manière générale seuls peuvent faire l'objet de transaction les droits ou prétentions dont les parties peuvent disposer ou renoncer selon la libre volonté de leur titulaire. A contrario sensu, les droits ou prétentions inaliénables, indisponibles ou sujets à des normes impératives ou d'ordre public ne peuvent pas faire objet de transaction [...] Ainsi les matières*

⁵²¹ *Granaborrar vs. Instituto de Seguros Sociales*, 24639.

⁵²² D'efficacité, économie, équité et évaluation de coûts environnementaux (article 267 constitution). Le respect de ces principes est assuré à travers des contrôles financiers, de gestion et de résultats.

⁵²³ Cour constitutionnelle, C-629/03, (29-07-2003).

liées à l'exercice des pouvoirs publics, les compétences des autorités publiques, l'exercice des pouvoirs exorbitants du droit commun et l'application des normes qui y sont relatives, l'exercice de facultés correctionnelles, les décisions d'ordre électoral, etc., ne peuvent pas être objet de transaction car leur nature est incompatible avec leur libre disposition. Ces matières sont liées à l'intérêt public et échappent en conséquence à la capacité de disposition du fonctionnaire administratif, elles transcendent l'orbite privée de l'administration et constituent son fondement. »⁵²⁴

278. **L'autonomie de la volonté dans les contrats publics.** L'article 40 du statut des contrats publics énonce que « les stipulations des contrats sont celles qui, selon les normes civiles, commerciales et celles prévues par la présente loi, correspondent à leur essence et à leur nature. Les entités publiques peuvent passer les contrats et accords permis par l'autonomie de la volonté et tous ceux qui sont nécessaires à la réalisation de l'intérêt public. Les contrats passés par les entités publiques peuvent inclure toutes les modalités, conditions, clauses ou stipulations nécessaires et acceptées par les parties si elles ne sont pas contraires à la constitution, à la loi, à l'ordre public et aux principes et objectifs de la présente loi ainsi qu'à ceux de la bonne administration. [...] »

279. Il faut distinguer les règles qui déterminent les conditions dans lesquelles les autorités publiques doivent agir et les obligations découlant des stipulations contractuelles. En effet, même si les entités publiques agissent par la voie contractuelle, l'exercice de leur activité est toujours réglé par la loi. Les conditions de mise en œuvre des activités administratives n'est pas réductible à la seule volonté de l'administration mais est soumise à la constitution et à la loi, au point que l'administration ne peut faire que ce qui est autorisé.⁵²⁵

L'administration trouve néanmoins la marge de liberté nécessaire à l'accomplissement de ses missions. Une première décision libre de l'administration consiste à recourir à la technique contractuelle (elle agit donc sur un pied d'égalité

⁵²⁴ SUSANA MONTES DE ECHEVERI. *Transacción y conciliación en el derecho administrativo*, Revista de derecho público, 2, 141 - 157 (1992). p. 49-50.

⁵²⁵ Article 6 de la constitution.

avec son cocontractant, c'est-à-dire en dehors de tout rapport hiérarchique) ; une seconde décision libre de l'administration réside dans la stipulation des conditions contractuelles nécessaires à l'accomplissement de ses missions publiques.

280. *Ainsi, les contrats publics n'apparaissent pas substantiellement différents d'autres types de contrats.* La loi fixe les règles de passation, d'exécution et de décompte du contrat : celles-ci sont composées aussi bien de normes impératives que de dispositions supplétives. S'il existe dans le statut des contrats publics un certain nombre de normes impératives, ce n'est pas une particularité du régime des contrats publics ; le législateur protège certains biens juridiques à travers des dispositions impératives, aussi bien en droit public qu'en droit privé. Le type de régime juridique est donc indifférent. *Ansi, on ne peut invoquer « l'autonomie » du droit administratif pour affirmer que la théorie générale du contrat administratif écarterait, par principe, la théorie civiliste [...] il faut rappeler que la notion même de « contrat » est une notion juridique générale et n'est pas, en tant que telle, davantage une notion « civiliste » qu'une notion « administrativiste».*⁵²⁶

281. La définition des contrats publics est extrêmement large. Elle englobe tous les actes juridiques générateurs d'obligations qui engagent les entités auxquelles fait référence le statut des contrats publics, prévus par le droit privé ou par des dispositions spéciales et dérivés de l'exercice de l'autonomie de la volonté.⁵²⁷

282. La règle est donc celle de l'autonomie de la volonté qui implique le principe de *liberté contractuelle*. C'est-à-dire la liberté de passer un contrat, de choisir son cocontractant, de déterminer librement les clauses du contrat, de la *force obligatoire du contrat* qui s'impose aussi bien aux parties qu'au juge et de *l'effet relatif* du contrat dont les stipulations ne s'imposent qu'aux parties. L'autonomie de la volonté s'exprime à travers l'offre et l'acceptation et vaut autant pour l'administration que

⁵²⁶ JEAN WALINE. *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, (2001), 959-981. p. 967.

⁵²⁷ Article 32 loi 80 de 1993.

pour son cocontractant. Le consentement aux stipulations contractuelles est la concrétisation de l'autonomie de la volonté des parties au contrat public ; il correspond à la marge de liberté dont dispose l'administration pour mettre en œuvre ses missions.

283. Le Conseil d'Etat affirme l'importance du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats publics : *« l'autonomie de la volonté constitue un « principe directeur » des contrats publics⁵²⁸ à partir duquel les entités contractantes ont un espace de liberté pour choisir différents types contractuels⁵²⁹ ou inclure des stipulations, et en même temps, l'exercice de ce principe entraîne certaines obligations ou 'charges' et des responsabilités. [...] La règle générale est la liberté contractuelle de la Loi 80, sauf les exceptions expressément imposées par les normes spéciales ».*⁵³⁰

284. **Le choix de l'arbitrage et l'intérêt général.** Le choix de soumettre un contrat public à l'arbitrage est une manifestation de l'autonomie de la volonté de l'administration. Il n'est pas contraire à l'intérêt général puisque la loi consacre l'arbitrage comme un des modes de règlement des conflits auxquels l'administration peut recourir. L'autorisation de l'arbitrage touche, en conséquence, aux considérations d'intérêt général implicitement contenues dans les contrats publics. Néanmoins, le statut des contrats publics encadre le domaine arbitral des contrats publics : les articles 70 et 71 posent le principe que les différends arbitraux sont ceux qui découlent de *la conclusion du contrat, de son exécution, de son développement, de sa résiliation ou de son décompte*. Or, c'est cette même

⁵²⁸ Conseil d'Etat, auto du 23 septembre 1997, *Diego Giraldo Londoño*. Exp. 701. Sala plena. Cité par JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Op. cit.* p. 75.

⁵²⁹ « Par l'exercice de l'autonomie de la volonté les parties peuvent passer des contrats de transaction pour éviter un litige futur » Conseil d'Etat, auto du 13 août 1998, *Empresa Antioqueña de Energía EADE*, section 3, tomo copiado 377, Fols. 387-392. Cité par JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, *Op. cit.* p. 77.

⁵³⁰ *Ibidem*. p.84 n° 130. Dans le même sens : Cour constitutionnelle, C-154/97, (19-03-1997) ; Cour constitutionnelle, C-230/95, (25-05-1995). Cour constitutionnelle, C-949/01, (05-09-2001).

loi qui prévoit l'utilisation des pouvoirs exceptionnels, principalement à travers les clauses exceptionnelles.⁵³¹

285. **Les droits disponibles dans le procédé contractuel** sont ceux qui relèvent de la seule autonomie de la volonté de l'administration, dans le respect du principe de légalité, lorsqu'elle n'est pas tenue d'exercer des prérogatives de puissance publique.⁵³²

286. Lors de la passation du contrat, les principes de libre négociation du contrat et de libre choix du cocontractant sont garantis sous réserve du respect des procédures de passation objective des contrats. Ces règles ont une nature impérative et leur non-respect met en péril la validité du contrat.⁵³³ Les décisions d'ouverture d'une procédure de mise en concurrence et d'attribution du contrat ont la forme d'actes administratifs motivés.⁵³⁴ Même si l'entité publique dispose d'une marge de manœuvre appréciable, l'application de procédures de passation objective des contrats comme le choix du cocontractant excluent toute négociation avec les candidats. Ces procédures ne sont donc pas disponibles et demeurent, en conséquence, hors du domaine de compétence des arbitres.

287. **Les prérogatives découlant des clauses exceptionnelles.** Dans la phase *d'exécution, de développement, de résiliation ou de décompte du contrat*, que la loi impose la stipulation de clauses exceptionnelles ou qu'elle ne fasse que les autoriser, l'exercice de ces prérogatives prend la forme d'actes administratifs unilatéraux dont la motivation doit être en rapport direct avec les besoins du service public.

⁵³¹ *Loi 80 de 1993. Article 14.*

⁵³² *Ibidem.*

⁵³³ « *Le choix objectif est appliqué non seulement aux contrats précédés d'appels d'offres, mais aussi aux contrats négociés. De même n'échappent pas au principe les contrats prévus par des régimes spéciaux, tels que les contrats en matière de télécommunications (art. 38 de la Loi), les contrats d'exploitation des ressources naturelles (art. 76 de la Loi), les contrats financés par les organismes internationaux (article 13 de la Loi) ou bien encore les contrats des entreprises industrielles et commerciales publiques ou mixtes (art. 24.1 m.)* » JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration?*, *Op cit.* p.219.

⁵³⁴ Le premier acte est objet d'un recours administratif de révision devant le fonctionnaire qui l'a édicté puis de l'action contentieuse contractuelle selon les règles du Code contentieux administratif (article 77 loi 80 de 1993). Le deuxième acte est objet seulement d'un recours pour excès de pouvoir selon les règles du Code du contentieux administratif (Paragraphe 1 du même article).

Ces prérogatives sont indisponibles, elles procèdent de la loi et non du contrat. La résolution du litige découlant de l'exercice des pouvoirs exceptionnels appartient, en conséquence, à la seule juridiction administrative. A l'inverse, tout ce qui ne procède pas de l'exercice de prérogatives publiques exercées par un acte administratif motivé et édicté selon les formes imposées à l'administration par la loi, peut être soumis à l'arbitrage.

288. **En absence des clauses exceptionnelles.** La question se pose de manière différente lorsque la loi exclut la stipulation de clauses exceptionnelles. Le dernier alinéa de l'article 14 de la loi 80 de 1993 exclut la stipulation de clauses exceptionnelles en raison de la qualité du cocontractant et de la nature de certains types de contrats ou d'activités.

Le législateur a d'abord prévu l'hypothèse dans laquelle les parties au contrat public sont placées sur un pied d'égalité, tel que c'est le cas dans les contrats conclus avec les organismes internationaux ou les contrats conclus entre collectivités publiques ; il distingue ensuite « des cas où l'activité du cocontractant de l'administration n'a pas pour objet une prestation d'utilité publique. Autrement dit, *lorsque les activités ne procèdent pas des fonctions étatiques stricto sensu*, les missions de l'Etat ne sont ni civiles, ni commerciales, ni industrielles, ni scientifiques ou technologiques. Ces missions sont assurées en principe par les particuliers et n'ont pas d'incidence particulière sur la bonne exécution des services publics »⁵³⁵ (nous soulignons). Dans ces hypothèses, les arbitres ont compétence sur les litiges relatifs à la conclusion, l'exécution, le développement, la résiliation et le décompte de tels contrats publics.

En droit administratif allemand les matières arbitrables se limitent aux *Parteistreitigkeiten*, c'est à dire aux matières dans lesquelles il n'y a pas une relation de subordination entre l'administration et les particuliers : « les clauses de soumission

⁵³⁵ Exposé de motifs de la loi 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.

à l'arbitrage à propos d'un *Parteistraigkeiten* entre sujets de droit qui sont sur un pied d'égalité ne présentent aucun obstacle juridique. »⁵³⁶

289. En résumé, si l'autonomie de la volonté est largement consacrée par le statut des contrats publics, des pouvoirs exceptionnels sont aussi reconnus à l'administration pour des considérations d'intérêt général. Si l'administration peut exercer ses pouvoirs exceptionnels, elle le fait par un acte administratif unilatéral motivé susceptible de recours administratif et dont l'annulation est de la compétence de la seule juridiction administrative. La motivation de tels actes doit être justifiée par les besoins impératifs du service public : l'administration n'agit, alors, pas en tant que cocontractante mais en tant que puissance publique garante de certaines prestations aux citoyens. Elle agit dans le cadre d'un rapport hiérarchique et peut imposer à son cocontractant l'interprétation, la modification ou la résiliation du contrat public. Il en ressort que les arbitres sont alors incompétents puisque même si les prérogatives s'exercent dans le cadre du procédé contractuel, elles procèdent de normes impératives : l'égalité des parties au contrat public est levée lorsqu'il s'agit d'éviter l'interruption ou la perturbation du fonctionnement des services publics.

290. **Les difficultés pour cerner le domaine arbitral.** Les arbitres sont compétents pour résoudre les seuls litiges découlant de l'exécution, du développement, de la résiliation ou du décompte du contrat public, dès lors que l'administration n'agit pas en tant que puissance publique.

La difficulté principale pour déterminer l'arbitrabilité objective du litige contractuel administratif tient, d'un point de vue formel, à la qualification de certains actes contractuels d'« actes administratifs » alors que, eu égard à leur contenu ils ne constituent pas de vrais « actes administratifs » : ils n'affectent pas l'ordre juridique, et ne manifestent pas l'exercice de prérogatives exorbitantes.

⁵³⁶ Arrêt du 11 mars 1958 du VGH (Tribunal administratif d'appel) de Stuttgart, publié dans le DÖV, 11(1958), pages 951-953, cité par ALEJANDRO HUERGO LORA. La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España - Bolonia. (2000). p. 179.

291. L'administration agit sur un pied d'égalité avec son cocontractant sauf lorsqu'elle édicte des actes administratifs unilatéraux. Peut-on affirmer, dès lors, que le contenu des autres « actes administratifs » est de libre disposition, et en conséquence, arbitrable? Cette question est au centre des débats qui agitent la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence administrative. En effet, la juridiction administrative entend protéger son domaine de compétence quant aux « actes administratifs contractuels », alors qu'aucune norme ne lui attribue une compétence exclusive pour résoudre les litiges découlant de tels actes. L'étude de la jurisprudence s'impose pour déterminer l'étendue réelle de la compétence arbitrale en matière de contrats publics. En effet, c'est le juge administratif, en tant que juge de l'annulation, qui détermine, *in fine*, les matières arbitrables.

*

* *

292. Même si la loi des contrats publics ne fixe pas de limites expresses à l'arbitrabilité objective des litiges, le droit commun de l'arbitrage restreint cette arbitrabilité aux litiges de nature disponible. Il est donc essentiel de puiser dans le régime des contrats publics les matières qui ont cette nature et qui peuvent, en conséquence, être soumises à l'arbitrage.

Si les rapports de l'administration avec son cocontractant ont un caractère égalitaire découlant de la nature subjective des droits et des obligations qui résultent du contrat, l'administration possède des pouvoirs exceptionnels qui lui permettent de contrôler son exécution. Ainsi, lorsque la continuité du service public est en cause, l'administration peut utiliser ses pouvoirs exceptionnels. L'expression de ces pouvoirs est une manifestation hiérarchique sur le rapport contractuel qui répond à des motifs d'intérêt public. Elle reste, en conséquence, hors du domaine de compétence des arbitres.

293. L'articulation entre le critère général d'arbitrabilité (la disponibilité du droit litigieux) et le critère spécial (les droits disponibles en matière de contrats publics) permet de déterminer si le litige soumis à l'arbitrage est arbitrable ou non.

294. Nous ne pouvons pas affirmer que l'arbitrabilité objective est illimitée en matière de contrats publics. Cependant, il faut remarquer que cette limitation n'est pas spécifique aux contrats publics : le législateur protège certains intérêts dans tous les domaines juridiques, lorsqu'ils sont étroitement liés aux fondements de l'organisation économique et sociale de l'Etat ou aux droits qui ne peuvent être garantis que par la justice étatique. Les limites à l'arbitrabilité des contrats publics sont alors les mêmes que pour les autres matières soumises à l'arbitrage : la libre disponibilité du litige. Si l'on tire toutes les conséquences de notre raisonnement : l'arbitrabilité des contrats publics n'est pas plus limitée que l'arbitrabilité des autres contrats ; si l'on admet que l'arbitrabilité des autres contrats est par nature limitée, ce n'est pas en raison de la spécificité du droit public que nous affirmerions que l'arbitrabilité des contrats publics est limitée.

La disponibilité des litiges est fixée par le législateur. Il est libre de déterminer les questions qui ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage. L'arbitrabilité du litige reste alors profondément ancrée dans les critères légaux d'arbitrabilité.

Deuxième chapitre. Les fluctuations de la jurisprudence

295. Même si les règles de compétence du statut des contrats publics semblent claires, les juges colombiens ont défini leur propre interprétation des limites de l'arbitrabilité des litiges consacrant l'existence d'un domaine de « *compétence exclusive* » du juge administratif. Or, aucune norme ne confère de « *compétence exclusive* » au juge administratif pour connaître les litiges découlant des contrats administratifs : il n'y a pas dans le droit colombien de dispositions impératives ou d'ordre public qui déterminent la « non arbitrabilité » des litiges contractuels administratifs.

296. **Existe-t-il des compétences implicites ?** Compte tenu de l'interprétation jurisprudentielle, on pourrait envisager l'hypothèse d'une lacune technique à cet égard : « *il y aurait une lacune technique lorsque le législateur omettrait de poser une règle sur un point qu'il aurait dû régler, pour qu'il soit seulement possible, techniquement parlant, d'appliquer la loi* ». ⁵³⁷

297. Dans le cadre de la loi relative aux contrats publics, nous ne pouvons pas affirmer qu'il serait impossible d'appliquer la loi sans l'attribution de compétences exclusives au juge administratif puisque la loi n'établit pas de limites à la compétence des arbitres. Quant aux modalités du recours à l'arbitrage, la loi pose le principe d'application du droit commun de l'arbitrage. L'ordre juridique colombien s'y intègre donc excluant toute lacune en ce domaine.

298. Cependant, compte tenu de l'existence de pouvoirs exceptionnels de l'administration dans le procédé contractuel, le juge constitutionnel (première section) et le juge administratif (deuxième section) ont chacun livré leur propre interprétation sur cette question. Il est nécessaire de présenter la position des

⁵³⁷ HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit. Op. cit.* p. 248

juridictions constitutionnelles et administratives afin de pouvoir procéder à une analyse critique sur l'état actuel de la matière.

Première section. L'interprétation constitutionnelle

299. La constitution de 1991 introduit de nombreux bouleversements dans l'ordre juridique colombien.⁵³⁸ L'arbitrage, parmi d'autres institutions, acquiert un rang constitutionnel qu'il n'avait pas dans la constitution de 1886 même si la constitutionnalité de l'arbitrage avait été reconnue par la section constitutionnelle de la Cour suprême de justice en 1969.

300. Le contrôle de constitutionnalité est renforcé par la constitution de 1991 avec la création de la Cour constitutionnelle et d'un système complet de protection des droits fondamentaux.

L'article 241 de la constitution confie à la Cour constitutionnelle la sauvegarde de l'intégrité et de la primauté de la constitution. A cette fin, la Cour se prononce sur les requêtes de constitutionnalité présentées par les citoyens contre les actes de révision de la constitution,⁵³⁹ les lois⁵⁴⁰ et les décisions juridictionnelles relatives à l'action de *tutela*.⁵⁴¹

301. L'article 86 de la constitution consacre l'action de *tutela*. Cette action a pour finalité la protection immédiate des droits fondamentaux. C'est un mécanisme transitoire pour éviter des préjudices irrémédiables lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens d'action juridictionnelle. Le juge saisi doit décider dans un délai maximal de 10 jours et peut ordonner à celui qui est en train de violer les droits fondamentaux de s'abstenir de le faire ou, encore, de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher la violation de ces droits.

⁵³⁸ Vor n° 41 et s. 945 et s.

⁵³⁹ *Constitution. Article 241-1.*

⁵⁴⁰ *Constitution. Article 241-4.*

⁵⁴¹ *Constitution. Article 241-9.*

302. La question de la validité de l'action de *tutela* sur les actes juridictionnels, y compris ceux des arbitres, s'est rapidement posée.⁵⁴² La Cour constitutionnelle a rendu une première décision sur le sujet (T-006/92) le 12 mai 1992. Même en l'absence d'unanimité des magistrats de la Cour, cette décision constitue le premier précédent en la matière. Dans une seconde décision C-543 de 1992 du 1 octobre 1992, la Cour dispose que la *tutela* ne peut mettre en cause des décisions juridictionnelles que lorsque celles-ci constituent des *voies de fait juridictionnelles*, c'est-à-dire des décisions arbitraires prises par un agent juridictionnel de l'État et qui violent les droits fondamentaux du destinataire de la décision. Un acte juridictionnel est arbitraire selon la jurisprudence constitutionnelle lorsqu'il est entaché d'un défaut organique,⁵⁴³ substantiel,⁵⁴⁴ procédural⁵⁴⁵ ou factuel.⁵⁴⁶ La Cour constitutionnelle juge que la sentence arbitrale constituant un acte juridictionnel,⁵⁴⁷ l'action de *tutela* est possible à son encontre.⁵⁴⁸

303. La constitutionnalisation de l'arbitrage a modifié plusieurs aspects de l'arbitrage en Colombie. D'une part, l'arbitre cesse d'être un juge privé pour obtenir, avec la constitution de 1991, le statut de juge transitoire qui exerce des fonctions publiques. D'autre part, en tant que juge, l'arbitre rend des décisions juridictionnelles qui peuvent être contrôlées par le juge constitutionnel lorsqu'elles constituent une voie de fait juridictionnelle.

⁵⁴² Voir n° 948 et s.

⁵⁴³ Lorsque l'autorité juridictionnelle n'a pas la compétence pour décider sur le litige qui lui est soumis.

⁵⁴⁴ Lorsque le juge utilise un pouvoir dans un but différent de celui prévu par l'ordre juridique. La voie de fait est établie lorsque la décision se fonde sur une norme clairement inapplicable au cas d'espèce.

⁵⁴⁵ Lorsque le juge ne respecte pas la procédure légale applicable au cas qui lui est soumis.

⁵⁴⁶ Lorsque le juge applique le droit sans avoir les preuves nécessaires pour le faire. L'erreur commise par le juge doit être ostensible et flagrante.

⁵⁴⁷ C-242/97 ; Cour constitutionnelle, C-294/95, (06-07-1995) ; C-431/95 ; SU-174/07.

⁵⁴⁸ Cour constitutionnelle, SU-058/03, (30-01-2003). Cour constitutionnelle, SU-837/02, (09-10-2002). Cour constitutionnelle, T-608/98, (27-10-1998). Cour constitutionnelle, T-1228/03, (05-12-2003). Cour constitutionnelle, T-192/04, (04-03-2004). Cour Constitutionnelle, T-920/04, (23-09-2004). SU-174/07. Cour constitutionnelle, T-1201/05, (24-11-2007). Cour constitutionnelle, T-800/04, (26-08-2004). Cour constitutionnelle, T-1017/06, (30-11-2006). Cour constitutionnelle, T-104/07, (15-02-2007). Cour constitutionnelle, T-244/07, (30-03-07). Cour constitutionnelle, T-972/07, (15-11-2007). Cour constitutionnelle, T-1031/07, (03-12-07).

304. Par ailleurs, il appartient au juge constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité des lois,⁵⁴⁹ y compris celles relatives à l'arbitrage afin de vérifier leur conformité à la constitution (première sous-section) et, plus spécifiquement, de garantir la protection des droits fondamentaux face aux voies de fait juridictionnelles des arbitres (deuxième sous-section).

Première sous-section. Le contrôle de la loi

305. La citoyenne Bertha Suarez Giraldo a saisi la Cour constitutionnelle⁵⁵⁰ afin d'obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité des articles 70⁵⁵¹ et 71⁵⁵² de la loi 80 de 1993. Madame Suarez Giraldo estime que ces normes violent les articles 29,⁵⁵³ 116,⁵⁵⁴ 236,⁵⁵⁵ 237,⁵⁵⁶ et 238⁵⁵⁷ de la constitution. Elle reprend la motivation d'un arrêt du Conseil d'Etat qui juge que « le juge administratif a la compétence exclusive pour juger les actes administratifs »⁵⁵⁸ afin de conclure que le juge naturel des actes administratifs est le juge administratif, au regard des articles 236 à 238 de la constitution.

⁵⁴⁹ *Constitution. Article 229.*

⁵⁵⁰ En vertu de l'action publique d'inconstitutionnalité.

⁵⁵¹ Sur la clause compromissoire.

⁵⁵² Sur le compromis.

⁵⁵³ Sur le procès équitable.

⁵⁵⁴ Sur l'organisation juridictionnelle et sur l'autorisation de l'arbitrage.

⁵⁵⁵ Sur le nombre de magistrats, la composition et l'organisation du Conseil d'Etat.

⁵⁵⁶ «Les attributions du Conseil d'Etat sont: 1. Exercer les fonctions de Tribunal suprême contentieux administratif, selon les règles déterminées par la loi. 2. Décider sur les actions de nullité par inconstitutionnalité des décrets édictés par le gouvernement national, et dont la compétence n'est pas attribuée à la Cour constitutionnelle. 3. Agir comme corps consultatif du gouvernement par rapport à l'administration publique. Il doit être entendu de manière préalable dans tous les cas où la constitution et les lois le disposent ainsi, et particulièrement, lors du transit de troupes étrangères sur le territoire national, lorsque les avions ou navires de guerre échouent ou transitent sur le territoire maritime ou aérien de la nation. 4. Présenter les projets d'actes de révision de la constitution et les projets de lois. 5. Régler les cas de perte d'investiture des parlementaires en conformité avec la constitution et la loi. 6. Edicter son propre règlement »

⁵⁵⁷ « La juridiction administrative pourra suspendre de manière provisoire, selon les motifs et les conditions déterminés par la loi, les effets des actes administratifs susceptibles d'être jugés par voie juridictionnelle. »

306. Les articles 70 et 71 ne disposent pas que les arbitres sont compétents pour juger les actes administratifs ! Le représentant du Ministère des finances est intervenu pour faire observer qu'« au regard des arguments de Madame Suarez Giraldo, l'inconstitutionnalité provient de *l'interprétation* que quelques opérateurs juridiques ont fait de cette norme, pas du contenu réel de celle-ci » (nous soulignons). Or, au terme de l'article 229 de la constitution, la Cour constitutionnelle a la compétence de « juger les requêtes d'inconstitutionnalité que présentent les citoyens contre les lois, tant sur leur contenu matériel que sur les vices de procédure qui affectent leur élaboration ».

La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour interpréter les articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993. La Cour juge dans la décision *C-1436/00* que « lorsque l'interprétation d'une norme touche à une question de constitutionnalité, la Cour a compétence pour se prononcer en tant que gardienne de la constitution ».

Dans la décision *C-1436/00*, la Cour juge la conformité des articles 70 et 71 à la constitution. Non seulement, elle définit les limites de la compétence des arbitres face au juge administratif (§1), mais elle pose également une réserve de constitutionnalité sur l'interprétation de ces articles, laquelle aboutit à préserver un domaine de compétence exclusif au profit de la juridiction administrative (§2).

§1. Les limites au domaine de compétence arbitrale

307. Le problème juridique soumis à la Cour constitutionnelle est de savoir si les arbitres peuvent juger les litiges relatifs aux actes administratifs édictés par l'administration dans le cadre du procédé contractuel alors que cette compétence ne ressort pas expressément des textes. La Cour réaffirme, d'abord, sa compétence pour définir la portée interprétative de telles normes, avant de fixer les limites constitutionnelles à la compétence des arbitres en matière de contrats publics.

⁵⁵⁸ *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394.

308. **La constitutionnalité de la portée interprétative des normes de compétence.** La première question que nous devons nous poser est de savoir si le problème juridique présenté à la Cour est de nature constitutionnelle. L'article 116 de la constitution dispose que les arbitres exercent leurs compétences dans les limites fixées par la loi. En ce sens, la Cour précise que « le pouvoir constituant a octroyé au législateur la faculté de développer la conciliation et l'arbitrage, mais celui-ci doit respecter l'orientation, les principes et les valeurs constitutionnels ». ⁵⁵⁹ La Cour juge que « le pouvoir constituant de 1991 n'a pas défini l'objet de la juridiction administrative (Conseil d'Etat, Tribunaux administratifs et juges administratifs), en conséquence, il est nécessaire de reconnaître que c'est au législateur de le faire. Il le fait dans le Code contentieux administratif (article 82). » ⁵⁶⁰

309. **Les problèmes interprétatifs.** S'il revient au législateur de définir les domaines de compétence de la juridiction administrative et des arbitres, il est tenu, selon la Cour, de respecter les principes et valeurs constitutionnels. ⁵⁶¹ C'est sur ce point que des conflits interprétatifs constitutionnels sont susceptibles de survenir.

310. Nonobstant, ces principes et valeurs n'apparaissent pas toujours de manière expresse dans le texte constitutionnel, c'est la jurisprudence constitutionnelle qui les dégage au fur et à mesure. ⁵⁶² Le domaine de compétence de la Cour constitutionnelle est donc illimité vis-à-vis de l'activité législative, y compris lorsqu'il s'agit de déterminer l'organisation et la distribution des compétences juridictionnelles.

311. La définition du domaine arbitrable pose un problème d'interprétation constitutionnelle des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993. Le Haut tribunal

⁵⁵⁹ C-1436/00.

⁵⁶⁰ Cour constitutionnelle, C-111-00, (09-02-2000).

⁵⁶¹ C-574/92. Cour constitutionnelle, C-690/96, (05-12-1996). Cour constitutionnelle, T-406/92, (05-06-1992). Cour constitutionnelle, C-1287/2001, (05-12-2001).

constitutionnel juge que si le texte des articles en question n'attribue pas expressément aux arbitres la compétence spécifique pour juger des actes administratifs, une telle interprétation serait contraire à la constitution parce qu'elle méconnaîtrait la nature même de l'arbitrage et les pouvoirs de l'Etat.

312. Le principe constitutionnel en matière d'arbitrabilité. « Les particuliers investis de la faculté d'administrer la justice ne peuvent pas se prononcer sur des questions qui concernent l'ordre public, la souveraineté nationale ou l'ordre constitutionnel car ces questions, en raison de leur nature, sont réservées à l'Etat. Cela justifie que toutes les questions de la compétence des juges étatiques ne peuvent pas être soumises à la justice arbitrale ». ⁵⁶³

Les limites constitutionnelles à l'activité des arbitres sont donc fixées par le respect de ce principe. En matière de contrats publics, ces limites s'apprécient au regard des compétences exclusives de la juridiction administrative.

313. La défense de la constitutionnalité des articles 70 et 71. Les représentants du Ministère de la justice⁵⁶⁴ et du budget,⁵⁶⁵ le procureur de la République et le citoyen Jorge Hernan Gil Echeverry⁵⁶⁶ ont demandé à la Cour constitutionnelle de déclarer la constitutionnalité des articles 70 et 71. Ils arguent du fait que les limites à l'arbitrabilité des litiges administratifs se trouvent dans la loi : la loi 80 de 1993 autorise l'arbitrage en matière contractuelle et la loi 446 de 1998 limite l'arbitrage aux litiges susceptibles d'être résolus par transaction. Ils considèrent que les arbitres n'ont pas la compétence pour juger la validité de quelque norme juridique qui soit. Il en découle, qu'ils ne sont pas compétents pour juger des actes administratifs. Les normes en question ne sont donc pas

⁵⁶² Cour constitutionnelle, C-479/92, (13-09-1992). C-1287/01.

⁵⁶³ C-1436/00.

⁵⁶⁴ José Camilo Guzmán Santos.

⁵⁶⁵ Manuel Ávila Olarte.

⁵⁶⁶ La Cour constitutionnelle ne prend pas en compte les arguments de Monsieur Gil Echeverry car sa requête a été présentée hors du délai légal.

contraires à la constitution car le contrôle de légalité est exclu de la compétence des arbitres en raison de son indisponibilité.

314. **Les considérations de la Cour.** La Cour juge dans la décision *C-1436/00* que les actes administratifs sont soumis à l'ordre juridique en tant qu'expression du pouvoir de l'Etat. Le principe de légalité garantit aux administrés que l'administration, dans l'exercice de ses prérogatives, respecte les règles fixées par le pouvoir constituant et par le législateur. La présomption de légalité trouve ainsi un contrepois dans le contrôle qu'exerce la juridiction administrative. L'administration est soumise à un ordre public normatif [...] Le législateur a prévu l'action de simple nullité et l'action de plein contentieux afin de garantir le respect du principe de légalité et d'engager la responsabilité de l'administration en cas de violation de ce principe.

315. La Cour réitère ces considérations dans la décision *C-186/11* : le contrôle de légalité des actes administratifs est exercé par l'Etat, à travers la juridiction administrative. Cette dernière a l'autonomie et l'indépendance nécessaires pour révoquer la présomption de légalité de l'acte administratif. Le contrôle de légalité est une faculté exclusive de l'Etat qui ne peut pas lui être retirée par les particuliers au travers de la convention d'arbitrage. Les arbitres ne sont compétents que pour résoudre des litiges liés aux droits disponibles. Ces litiges ne peuvent pas toucher à l'ordre public normatif. La loi peut imposer des limitations à l'autonomie de la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage.⁵⁶⁷

316. Pour la Cour, le contrôle de légalité des actes administratifs est de la compétence exclusive de la juridiction administrative. La compétence arbitrale est donc exclue. L'Etat se soumet, à travers la loi 80 de 1993, aux règles du droit privé des contrats. Nonobstant, il est soumis aussi aux dispositions spéciales des contrats publics dont l'objectif est le maintien des garanties, de la primauté de l'intérêt général et la satisfaction des besoins collectifs. Ces principes sont

⁵⁶⁷ Cour constitutionnelle, C-186/11, (16-03-2011).

implicites dans les contrats publics. Ces intérêts sont garantis par les clauses exceptionnelles qui traduisent l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'administration.

§2. La création d'un domaine de compétence exclusif au profit du juge administratif

317. L'article 238 de la constitution dispose que le juge administratif est compétent pour prononcer la suspension provisoire des actes administratifs. Si la constitution attribue une telle compétence au juge administratif, il est évident pour la Cour « que la légalité des actes administratifs ne peut pas être exclue de son domaine de compétences. [...] C'est pourquoi *la compétence des arbitres est d'interprétation stricte*. [...] Ainsi, si les articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993 n'attribuent pas de manière expresse compétence aux arbitres pour se prononcer sur les *actes administratifs unilatéraux* édictés par l'administration, il n'est pas possible d'élargir l'interprétation de ces articles car cela irait à l'encontre des pouvoirs que l'Etat exerce à travers sa juridiction [...] C'est pourquoi le contrôle des actes découlant des clauses exceptionnelles n'est réservé qu'à la juridiction administrative. Cette juridiction est compétente pour connaître l'intégralité du litige, c'est-à-dire aussi bien celui qui met en cause la légalité de l'acte que celui qui prétend aux dédommagements causés par l'illégalité de cet acte. » (Nous soulignons).

318. **L'unité de juridiction.** La Cour garantit la primauté de l'unité de juridiction au profit de la juridiction administrative en vue de garantir la sécurité juridique des administrés. Il convient de s'interroger sur le domaine de compétence des arbitres vis-à-vis des actes administratifs unilatéraux afin de déterminer le domaine réel de leurs compétences.

319. **L'incompétence des arbitres pour contrôler la légalité des actes administratifs.** Pour la Cour « les particuliers investis de la faculté transitoire d'administrer la justice, en tant qu'arbitres, n'ont pas compétence pour contrôler

la légalité de l'activité de l'administration car il revient à l'Etat à travers les juges étatiques de contrôler l'activité de ses organes. [...] Lorsque l'administration édicte un acte administratif, elle le fait en raison des prérogatives octroyées par la constitution et la loi ; c'est pourquoi les arbitres n'ont pas compétence pour juger de ces actes. La Cour constitutionnelle cite, en appui de son argumentation, la jurisprudence de la Cour suprême de justice, qui, en tant que juge constitutionnel sous l'empire de la constitution de 1886, a jugé qu'« il est du ressort de la juridiction étatique de déterminer la validité des actes administratifs dans les conditions fixées par la loi ».

320. Il apparaît que la Cour constitutionnelle entend consacrer la compétence exclusive de la juridiction administrative pour juger de la légalité des actes administratifs. Cependant, il convient de se demander quels sont les actes que la Cour constitutionnelle qualifie d'administratifs.

321. La Cour définit l'acte administratif comme « la manifestation de la volonté de l'administration, qui produit des effets juridiques parce qu'elle crée, modifie ou éteint des droits pour les administrés ou contre ceux-ci. L'acte administratif est donc soumis à l'ordre juridique et au respect des garanties et droits des administrés ». Elle ne circonscrit donc pas cette définition au cadre contractuel.

322. La Cour fait appel à la notion de clauses exorbitantes du droit commun dans les termes suivants : « à travers ces clauses, la loi reconnaît à l'entité publique contractante une série de prérogatives dont ne disposent pas les particuliers, lesquelles sont fondées sur la primauté de l'intérêt général et des missions de l'Etat. [...] Sa mission est celle de garantir la prestation adéquate des services publics ainsi que d'éviter leur interruption [...] Lorsque l'administration adopte des mesures sur le fondement des clauses exceptionnelles des contrats publics, lesquelles sont une manifestation du pouvoir de l'administration, celles-ci ne peuvent être soumises qu'à la juridiction administrative. »

323. **Réserve d'interprétation constitutionnelle de l'arbitrage en matière de contrats publics.** La Haute juridiction constitutionnelle juge qu'« il n'existe aucun fondement constitutionnel qui permettrait d'affirmer la compétence des arbitres pour se prononcer sur la légalité des actes administratifs et particulièrement sur ceux qu'édictent l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels ». Elle juge ensuite que la conformité des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993 à la constitution est conditionnée par l'interprétation suivante: « *les arbitres nommés pour résoudre un litige découlant de la passation, du développement, de la résiliation et du décompte du contrat public n'ont pas compétence pour se prononcer sur les actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels.*» (Nous soulignons). La Cour constitutionnelle ne fait donc pas référence, dans le dispositif de sa décision, à tous les actes administratifs contractuels mais *seulement* aux actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels.

324. La Cour constitutionnelle rappelle dans la décision C-1436/00 que « la règle générale est celle de la compétence de la juridiction administrative pour résoudre les litiges de l'administration [...] Les arbitres ont une compétence exceptionnelle en vertu de l'article 116 de la constitution. C'est pourquoi *la compétence des arbitres est d'interprétation stricte* [...] Ainsi, si les articles 70 et 71 ne déterminent pas de manière expresse que les arbitres sont compétents pour résoudre des litiges relatifs aux actes administratifs unilatéraux, ces dispositions ne peuvent en aucun cas être interprétées dans ce sens car cela méconnaîtrait la nature même de l'institution arbitrale et les prérogatives de l'Etat ». (Nous soulignons)

325. Ainsi, « lorsque le litige soumis aux arbitres concerne *exclusivement des droits patrimoniaux nés d'un acte administratif*, les arbitres sont compétents pour le juger. Mais, ils ne peuvent pas mettre en cause la légalité des actes qui déclarent la résiliation-sanction, la terminaison, la modification ou l'interprétation unilatérale : l'Etat agit alors en vertu de ses fonctions publiques, lesquelles ne sont pas disponibles. Le juge administratif est donc le *juge naturel de la légalité* des actes administratifs en vertu des articles 236, 237 et 238 de la constitution ». (Nous soulignons).

326. Le domaine de compétence arbitrale selon la Cour constitutionnelle.

Ce n'est pas parce que le litige concerne un acte administratif que les arbitres ne sont pas compétents. *C'est seulement lorsque la validité des actes administratifs édictés par l'administration sur le fondement de ses pouvoirs exceptionnels est en cause que les arbitres sont incompétents car ils ne peuvent pas contrôler la légalité de ces actes.* Les arbitres sont donc compétents, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, pour résoudre tous les litiges contractuels susceptibles d'être résolus par transaction ainsi que les litiges patrimoniaux nés d'un acte administratif contractuel.

327. Si la constitution permet l'arbitrage, c'est la loi qui fixe les conditions selon lesquelles il peut être mis en œuvre. Les règles de compétence sont d'interprétation stricte. La juridiction constitutionnelle censure pour voie de fait constitutionnelle la violation de ces règles.

Deuxième sous-section. La voie de fait juridictionnelle

328. Nous avons vu que la *tutela* ne peut mettre en cause des décisions juridictionnelles que lorsque celles-ci constituent des *voies de fait juridictionnelles*, c'est-à-dire des décisions arbitraires prises par un agent juridictionnel de l'Etat et qui violent les droits fondamentaux du destinataire de la décision.⁵⁶⁸

La Cour constitutionnelle, unifie sa jurisprudence sur la voie de fait juridictionnelle appliquée aux actes juridictionnels arbitraux en 2007.⁵⁶⁹ Elle rappelle les principes communs à ses cinq décisions précédentes⁵⁷⁰ : 1. le respect de la marge de décision autonome des arbitres, laquelle ne peut pas être méconnue par le juge de *tutela*. 2. bien qu'il soit possible d'appliquer la voie de fait juridictionnelle à une sentence arbitrale, elle doit s'appliquer en respectant les caractères propres à l'arbitrage. 3. le caractère exceptionnel de l'action de *tutela* à

⁵⁶⁸ Voir n° 301 et s. et 946 et s.

⁵⁶⁹ *SU-174/07*.

l'encontre des actes juridictionnels implique la violation directe des droits fondamentaux. 4. le caractère subsidiaire de l'action de *tutela* implique qu'elle ne peut être exercée que lorsque, malgré l'utilisation des recours prévus par la loi, la violation du droit fondamental du destinataire de l'acte juridictionnel persiste.⁵⁷¹

329. La Cour juge, cependant, que « même lorsque les arbitres jugent des litiges économiques en équité, ils sont soumis à l'Etat de droit. En conséquence, le respect du droit à un procès équitable et du contradictoire est une garantie des citoyens face au pouvoir. L'irrespect flagrant du droit à un procès équitable est une voie de fait. C'est pourquoi, il est nécessaire qu'une procédure constitutionnelle puisse empêcher la violation des droits fondamentaux [...] Mais, compte tenu de la nature spéciale de l'arbitrage, l'action de *tutela* n'est possible que dans des circonstances vraiment exceptionnelles.⁵⁷²

330. Il faut remarquer que dans le cas d'espèce soumis à la Cour constitutionnelle les deux parties ont présenté une action de *tutela* à l'encontre de la sentence arbitrale et de l'arrêt du Conseil d'Etat qui rejette leurs prétentions d'annulation de la sentence arbitrale. Les parties invoquent, toutes deux, que le tribunal arbitral, en contrôlant la validité de l'acte administratif unilatéral du décompte du contrat public, a empiété sur les compétences constitutionnelles exclusives de la juridiction administrative (défaut organique).⁵⁷³ En rejetant leur recours en annulation, le Conseil d'Etat aurait également commis, selon les requérants, une voie de fait juridictionnelle.

⁵⁷⁰ Cour constitutionnelle, T-608/98, (27-10-1998). SU-SU-837/02. T-1228/03. Et, T-920/04. T-920/04. La Cour constitutionnelle a rejeté les prétentions des parties dans ces décisions.

⁵⁷¹ La Cour réaffirme alors que l'action de *tutela* pour voie de fait juridictionnelle sur les actes juridictionnels des arbitres est exceptionnelle parce que : a. les sentences arbitrales jouissent d'une certaine stabilité juridique, b. l'arbitrage a une nature exceptionnelle et transitoire, c. la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage doit être respectée, et, d. il y a des voies juridictionnelles restrictives pour contrôler les décisions des arbitres. SU-174/07.

⁵⁷² SU-837/02.

⁵⁷³ Le contrôle de l'arbitrage à travers la voie de fait juridictionnelle sera traité dans le dernier chapitre de la thèse. Voir n° 944 et s.

331. Le problème se présente alors dans les termes suivants : une fois que l'arbitre est saisi et qu'il s'est prononcé sur sa compétence, il dispose des mêmes compétences que le juge administratif pour juger le fond du litige.⁵⁷⁴ Cependant, les arbitres ne sont pas, pour autant, compétents pour contrôler la légalité des actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels.⁵⁷⁵

332. La notification de la recevabilité de la demande d'arbitrage génère d'importants enjeux quant à la perte de compétence de l'administration pour édicter des actes administratifs unilatéraux qui pourraient entrer en concurrence avec l'objet du litige déjà soumis à l'arbitre. Ainsi, lorsque l'acte administratif est édicté après la notification au défendeur (§1), la décision arbitrale ne peut pas être entachée d'un défaut organique susceptible de constituer une voie de fait juridictionnelle (§2).

§1. La compétence arbitrale face aux pouvoirs exceptionnels de l'administration

333. **Les faits.** L'affaire *Concesiones de infraestructuras S.A. (CISA) vs. le Département du Cauca* a donné lieu à plusieurs décisions juridictionnelles⁵⁷⁶ dont nous nous servirons pour étudier les questions que nous venons de poser.

Le Département a passé un contrat avec CISA, le 4 octobre 1995, ayant pour objet les études, le design, la construction, la réparation, la gestion et le maintien de la route Cali – Candelaria – Florida. Le contrat, soumis au droit colombien, inclut une clause compromissoire. Le 21 décembre 1999 les parties au contrat

⁵⁷⁴ Conseil d'Etat, Hospital el Tunal, 37004, (18-02-2010). *Consortio LAR vs. IDU*, 32871 ; *Consortio LAR vs. IDU*, 32871. Voir n° 575 et s.

⁵⁷⁵ Cour constitutionnelle, C-1436/2000, (25-10-2000).

⁵⁷⁶ La sentence arbitrale qui a résolu le litige. Un avis du Conseil d'Etat, un arrêt du Conseil d'Etat et quatre décisions de *tutela* : en première instance, en appel, en révision devant la Cour constitutionnelle (annulant la sentence arbitrale), et finalement, une décision d'unification prise à l'unanimité des magistrats de la Cour par laquelle elle annule la décision constitutionnelle précédente.

signent un accord d'arrêt préalable à l'exécution du contrat. Dans cet accord, ils fixent un délai de 4 mois pour s'accorder sur le décompte de la partie du contrat exécutée. A défaut de s'être accordés, ils souscrivent un compromis d'arbitrage le 22 décembre 2000 de façon que le tribunal arbitral réalise le décompte du contrat. CISA présente une demande devant le tribunal le 27 avril 2001, laquelle est notifiée au Département le 24 mai 2001.

334. **L'acte administratif unilatéral.** Alors que le règlement du litige est déjà en cours devant le tribunal arbitral, le gouverneur du Département édicte un acte administratif unilatéral du décompte du contrat objet du litige. Celui-ci est notifié le 28 septembre 2001 à la société CISA, qui l'attaque le 23 octobre 2001.

Dans cet acte administratif, le Département reconnaît avoir passé un accord d'arbitrage avec CISA. Cependant, il fait valoir, d'une part, que la loi lui octroie la compétence pour procéder au décompte unilatéral du contrat lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord pour le faire et, d'autre part, que le délai légal pour le faire n'est pas encore écoulé.

335. **La position du Conseil d'Etat.** Alors que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent,⁵⁷⁷ le Département demande au Garde des Sceaux de consulter le Conseil d'Etat⁵⁷⁸ afin d'obtenir un avis sur la question suivante : « est-il possible que le Département procède au décompte unilatéral d'un contrat, alors qu'un tribunal arbitral est, d'ores et déjà, saisi pour y procéder ? » Le Conseil d'Etat dans l'avis n° 1417, affirme qu' « il n'est pas possible que le Département procède au décompte du contrat car, d'une part, le Département a signé un accord pour demander au juge du contrat (tribunal arbitral) le décompte de celui-ci et, d'autre part, le gouverneur du Département n'a plus compétence pour y procéder depuis le moment où il est informé de la recevabilité de la demande présentée par CISA au tribunal arbitral. »⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Le 15 mars 2002.

⁵⁷⁸ Le 25 avril 2002.

⁵⁷⁹ Conseil d'Etat - Avis, Ministro del Interior, 1417, (25-04-2002).

Cette position de la formation consultative du Conseil d'Etat a été confirmée par la troisième section contentieuse du Conseil⁵⁸⁰ lors de la demande d'annulation de la sentence arbitrale *CISA vs. Département del Valle del Cauca*.⁵⁸¹ La section juge que « lorsque le tribunal arbitral s'est prononcé sur le décompte du contrat, il n'a pas méconnu l'acte administratif unilatéral car la compétence appartenait au tribunal arbitral au regard de la convention d'arbitrage passée entre le Département et CISA. L'administration n'avait donc pas compétence pour édicter l'acte administratif du décompte du contrat ».

336. En résumé, le Conseil d'Etat juge que l'administration et le juge du contrat ne peuvent avoir simultanément les mêmes compétences sur le contrat. Ainsi, lorsque le juge du contrat est saisi afin de procéder au décompte et même s'il s'agit d'un tribunal arbitral, l'administration perd compétence pour se prononcer sur les aspects du litige soumis au juge. Le Conseil d'Etat maintient cette position dans le cas « Instituto Nacional de Vias (Invias) vs. Consorcio Nigrinis Sanchez ». ⁵⁸²

337. **La position du Département.** En raison du montant élevé de la condamnation décidée par le tribunal arbitral, le Département refuse d'accomplir le dispositif de la sentence arbitrale. Il invoque dans la requête de *tutela* que le Département doit faire face à des dépenses importantes dans des secteurs prioritaires et que ses ressources ne peuvent pas être destinées à accomplir une condamnation imposée par des juges privés qui n'avaient, au demeurant, pas compétence pour en décider.

⁵⁸⁰ Formation du contentieux spécialisée en matière de contrats publics.

⁵⁸¹ Conseil d'Etat, Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa, 25021, (11-03-2004).

⁵⁸² Même si l'acte administratif a été édicté avant la présentation de la demande devant les arbitres, le moment de la notification de la demande est décisif pour établir la compétence du juge arbitral par rapport à un litige qui peut concerner éventuellement un acte administratif *édicte par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels*. Conseil d'Etat, Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias, 25561, (15-04-2004).

§2. Le défaut organique en matière d'arbitrage

338. **Les conditions pour la saisine du juge constitutionnel.** Même si l'action de *tutela* contre les voies de fait juridictionnelles peut être ouverte pour des défauts substantiels, organiques, procéduraux et factuels, nous nous concentrerons, dans cette partie de notre travail, uniquement sur les défauts organiques.

Pour la Cour, « la voie de fait par défaut organique est établie en cas de défaut absolu de compétence du fonctionnaire juridictionnel pour résoudre le litige qui lui a été soumis ». ⁵⁸³ Elle juge dans la décision SU-174/07 qu'« en matière d'arbitrage, la voie de fait par défaut organique est soumise à des conditions particulièrement exigeantes en vertu de la règle *Kompetenz-Kompetenz*. Les tribunaux arbitraux possèdent, en effet, une marge autonome d'interprétation pour déterminer la portée de leur propre compétence. En conséquence, pour que la voie de fait par défaut organique soit retenue, il faut que les arbitres agissent hors du domaine de compétence fixé par les parties au litige, qu'ils excèdent les limites posées par la convention d'arbitrage, ou qu'ils agissent à l'encontre de la constitution et de la loi, en réglant des litiges portant sur des droits indisponibles. C'est pourquoi, étant donné que la loi prévoit des causes d'annulation en raison de l'incompétence du tribunal arbitral, il est nécessaire que les parties aient demandé auparavant l'annulation de la sentence arbitrale dans les délais légaux, et seulement si le défaut organique subsiste, elles peuvent saisir le juge de *tutela*.

339. **Le problème juridique.** Le problème juridique posé à la Cour constitutionnelle est de déterminer si dans l'application du principe *kompetenz – Kompetenz*, le tribunal arbitral a agi hors de son domaine de compétence (dimension négative de sa compétence) de manière à commettre une voie de fait par défaut organique.

⁵⁸³ Cour constitutionnelle, SU-047/99, (29-01-1999). Réitéré par la décision Cour constitutionnelle, SU-014/01, (17-01-2001).

340. **L'analyse de la Cour.** La Cour cite le texte de la clause compromissoire : « *les différends concernant le contrat seront soumis aux arbitres colombiens. Les arbitres seront désignés selon la forme prévue par le Code de commerce et sa sentence sera rendue en droit. Les parties ont d'ailleurs rédigé un acte de convocation du Tribunal arbitral dans lequel elles décident de soumettre à un tribunal arbitral le décompte du contrat de concession GM-95-04-017. En conséquence, les parties entendent qu'une des prétentions soumises aux arbitres est le décompte du contrat de concession.* »

341. Une fois étudiées les pièces de la procédure arbitrale, la Cour constitutionnelle considère que : 1. Les prétentions soumises aux arbitres avaient une nature nettement économique. 2. Que CISA n'a présenté aucune prétention relative au contrôle de validité d'un acte administratif. 3. Que le Tribunal arbitral ne s'est pas déclaré compétent pour juger la légalité de quelque acte administratif que ce soit. 4. Que le Tribunal arbitral n'a tranché que des différends exclusivement économiques.

342. **La décision de la Cour.** Pour rejeter les prétentions des parties, la Cour fait valoir que « selon le contenu de l'article 116 de la constitution, il faut conclure qu'une fois les arbitres investis par les parties de la faculté d'administrer la justice, les parties sont soumises à la juridiction du tribunal arbitral. En conséquence, si l'administration s'est soumise à l'arbitrage, elle ne pourra pas se soustraire unilatéralement de la compétence du tribunal et méconnaître ainsi la convention d'arbitrage [...] La méconnaissance unilatérale des compétences du tribunal viole les articles 112 de la constitution qui reconnaît le principe de séparation des pouvoirs et l'article 116 qui désigne les organes qui peuvent administrer la justice de manière permanente et transitoire ».

343. **Une approche critique de la décision.** Bien que le contrôle de la voie de fait juridictionnelle soit rigoureux en matière d'arbitrage nous ne croyons pas qu'une instance constitutionnelle soit nécessaire. La constitution dispose clairement que l'action de *tutela* peut être engagée lorsqu'il n'y a pas de recours

juridictionnel disponible pour arrêter ou empêcher la violation des droits fondamentaux ou lorsque le préjudice risque de devenir irrémédiable. Or, en matière d'arbitrage, la loi prévoit l'existence du recours en annulation qui permet de vérifier que l'arbitre a agi dans le cadre de ses compétences légales et de celles que les parties lui ont assignées.

344. Le contrôle exercé par le juge constitutionnel dépasse, à notre avis, le cadre fixé par la constitution. Le préjudice causé par la prétendue violation des droits fondamentaux n'est ni imminent ni irrémédiable dans la mesure où il existe une juridiction, en l'occurrence, le Conseil d'État, qui détient la compétence nécessaire pour empêcher cette violation.⁵⁸⁴ D'ailleurs, dans la mesure où l'entité publique n'a pas encore payé la condamnation imposée par les arbitres, le caractère « irrémédiable » du préjudice semble également faire défaut.

345. L'ouverture d'un recours constitutionnel qui révisé non seulement les considérations des arbitres mais aussi l'évaluation faite par le Conseil d'État n'est pas nécessaire. Au contraire, la possibilité de présenter des actions de *tutela* contre les sentences arbitrales génère une prolifération de recours abusifs de la part des parties qui ne veulent pas accomplir les sentences rendues en leur défaveur.

346. La célérité de l'arbitrage est « dénaturisé » dans la mesure où l'action de *tutela* n'est pas présentée directement devant la cour constitutionnelle mais devant le juge choisi par le plaignant, lequel ne maîtrise pas forcément les spécificités de la justice arbitrale. La Cour constitutionnelle sélectionne les décisions de *tutela* à réviser, parmi celles qui ont été rendues par l'ensemble des juges colombiens et concernant l'ensemble des droits fondamentaux. En conséquence, l'espoir d'obtenir une décision rapide et efficace grâce l'arbitrage est fortement affaibli par la possibilité de mettre en œuvre une telle action constitutionnelle.

⁵⁸⁴ Le Conseil d'État, comme tous les juges, est soumis à la constitution et à la loi, et prend bien soin de protéger son domaine de compétence. Il n'a donc pas hésité à annuler des sentences arbitrales qui empiètent sur ses compétences. Voir par exemple : *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973. *Consortio Hispano Alemán vs. ETMVA*, 16394.

Le cas CISA contre le Département *del Cauca* en est un bon exemple : la sentence arbitrale a été rendue le 24 avril 2003. Un recours en annulation et une demande de *tutela* ont été présentés à l'encontre de la sentence arbitrale. La procédure ne s'est conclue par une décision d'unification de jurisprudence de la Cour constitutionnelle (SU-174/07) que le 14 mars 2007.⁵⁸⁵ Il a ainsi fallu quatre années supplémentaires pour que la sentence arbitrale soit effective, alors que dans le cadre de ses compétences légales, le Conseil d'État est le juge compétent pour l'annulation des sentences arbitrales.⁵⁸⁶

Deuxième section. L'interprétation administrative

347. L'évolution de la jurisprudence administrative colombienne illustre une position ferme à l'égard des limites à l'arbitrabilité objective des contrats publics. Cette jurisprudence s'est construite lentement, d'abord en l'absence de textes, avant de s'étoffer ensuite à l'appui de textes législatifs.

348. **Les origines.** La Cour suprême de justice pose dès 1957 le principe de l'incompatibilité entre la clause de résiliation-sanction et la clause compromissoire : « la clause de résiliation-sanction n'est pas susceptible d'arbitrage car la déclaration qui découle de l'exécution de cette clause est une

⁵⁸⁵ La sentence arbitrale a été rendue le 24 mai 2003, l'arrêt du Conseil d'Etat qui rejette la demande d'annulation de la sentence arbitrale, le 14 mars 2004. La décision qui rejette l'action de *tutela* en première instance contre la sentence arbitrale, le 24 juin 2004. La décision qui rejette la même action en deuxième instance, le 5 août 2004 ; La Cour constitutionnelle révoque la décision de deuxième instance et annule la sentence arbitrale le 11 mai 2005 avec la décision T-481/05, l'assemblée plénière de la cour constitutionnelle annule la décision de chambre de révision constitutionnelle le 22 mars 2006 avec la décision A-100/06. L'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle décide donc d'unifier sa jurisprudence sur la voie de fait juridictionnelle par défaut organique à travers la décision SU-174/07 du 14 mars 2007 par laquelle la Cour constitutionnelle rejette l'action de *tutela* présentée contre la sentence du Tribunal arbitral et contre l'arrêt du Conseil d'Etat qui rejette la demande d'annulation.

⁵⁸⁶ La durée de cette affaire représente les instruments qui sont à la portée d'une partie réticente à l'accomplissement de la sentence arbitrale. Cependant, il convient de remarquer que la durée moyenne de l'arbitrage en Colombie est inférieure à deux ans dans 85% des cas. Voir à ce propos l'annexe n° 2,3, et 4 et particulièrement les tableaux n° 5, 11 et 15.

faculté indéclinable de l'État ». ⁵⁸⁷ Le Conseil d'État fixe alors sa position dans les mêmes termes que la Cour suprême de justice en 1968, ⁵⁸⁸ laquelle réaffirme sa position en 1969 : « si les problèmes juridiques découlant des contrats publics, impliquent des privilèges de l'État, la déclaration de résiliation-sanction du contrat ou l'imposition de sanctions ne peuvent pas être arbitrables ». ⁵⁸⁹

349. **Les dispositions légales.** Le législateur suit l'interprétation jurisprudentielle en la matière pour fixer des limites à l'arbitrabilité objective des litiges contractuels administratifs : d'abord, dans l'article 66 du décret 150 de 1976, ⁵⁹⁰ en ce qui concerne la clause de résiliation-sanction, puis, dans l'article 76 du décret 222 de 1983 en élargissant de telles limites aux clauses d'interprétation, de modification et de résiliation unilatérales.

350. **Les changements postérieurs à la constitution de 1991.** L'introduction de l'arbitrage dans le texte constitutionnel a considérablement transformé le comportement des opérateurs juridiques de l'arbitrage. Si le nouveau texte constitutionnel autorise l'arbitrage dans les limites fixées par la loi, la loi 80 de 1993 n'établit pas de limites à l'arbitrabilité objective.

351. Les articles de la loi 80 de 1993 relatifs à l'arbitrage semblent, dans la mesure où ils n'établissent pas de limites, vouloir promouvoir le recours à l'arbitrage. Cependant, le juge administratif considère que dans l'ordre juridique colombien, aucune norme n'autorise les arbitres à juger *tous les types de litiges* qui surviennent lors de « la conclusion du contrat, son exécution, son déroulement, sa résiliation

⁵⁸⁷ *Gaceta judicial*, tome 137, n° 2338, p. 58 et s.

⁵⁸⁸ Conseil d'Etat, Puertos de Colombia, 273, (09-05-1968). Avec cette décision, le Conseil d'Etat révoque la décision de rejet prise par le rapporteur en raison de l'existence d'une clause compromissoire. Le Haut tribunal administratif détermine que la stipulation d'une clause de résolution-sanction répond à une exigence d'ordre public et qu'en conséquence de l'existence d'une telle clause découle la compétence de la juridiction administrative. Pour le Conseil d'Etat, la stipulation de la clause compromissoire ne peut aller à l'encontre de la clause de résiliation sanction. Voir également: *Anales del Consejo de Estado*, deuxième semestre de 1972, n° 435, 436, T.83 p. 7 et s.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 69.

⁵⁹⁰ Article 66.

ou son décompte ». Dans sa démonstration, le Conseil d'Etat a recours, dans un premier temps, aux « principes généraux du droit » (PGD) (première sous-section), lesquels ont été nuancés par l'évolution postérieure de la jurisprudence administrative (deuxième sous-section).

Première sous-section. Les PGD en matière d'arbitrabilité objective des contrats publics

352. Il convient de remarquer que la portée des « principes généraux du droit » est différente en France et en Colombie. En France, ils ont une valeur supra-décrétale mais infra-législative,⁵⁹¹ tandis qu'en Colombie, ils constituent des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle : « les juges dans leurs décisions ne sont soumis qu'à l'empire de la loi. [...] L'équité, la jurisprudence, les principes généraux du droit et la doctrine sont des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle. »⁵⁹² Cependant, les notions de « principes généraux du droit » et de « critère auxiliaire de l'activité juridictionnelle » ne sont pas évidentes à cerner.

353. Afin de comprendre la valeur des PGD relatifs à l'arbitrage des contrats publics (§2), il convient d'étudier la signification de la notion de « principes généraux du droit » dans le système juridique colombien (§1).

⁵⁹¹ « [...] les règles jurisprudentielles comme les lois et les actes administratifs peuvent avoir, soit une portée impérative, soit une portée supplétive. [...] Quant à la détermination de la portée de ces normes jurisprudentielles [...] l'attitude la plus fréquente du juge est de garder le silence sur la portée de la règle édictée. C'est notamment celle qu'il observe concernant les principes généraux du droit ; mais à leur égard ce silence ne présente aucun inconvénient. En effet, une jurisprudence constante décide qu'aucun acte administratif ne peut, sauf autorisation législative, déroger à ces principes [...] Ce qui revient à dire que la qualification de principe général du droit suffit à conférer à une norme jurisprudentielle une portée impérative [...] Les normes que le juge édicte dans l'exercice de son pouvoir normatif [...] se situent au niveau que son rang lui assigne : un niveau qui est à la fois infralégislatif et supradécrétal » CHAPUS, René. *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*. Paris, Dalloz, 1966, p. 99. Voir également : JEAN-MARC MAILLOT. *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Nouvelle bibliothèque de thèses. Dalloz. (2003)

§1. *Le conflit interprétatif sur la valeur des PGD*

354. **Les PGD dans les textes.** La situation est rendue complexe par l'existence de deux normes en vigueur en la matière : d'un côté, une norme légale qui, en raison de son ancienneté, est très ancrée dans la tradition juridique colombienne, et de l'autre, une norme constitutionnelle donc supérieure à la première.

Article 8 de la loi 153 de 1887 : Lorsqu'il n'y a pas de loi exactement applicable au cas litigieux, il faut appliquer les normes qui règlent les matières semblables et à défaut de celles-ci la doctrine constitutionnelle et les règles générales du droit.⁵⁹³

Article 230 de la constitution de 1991 : Les juges ne sont soumis qu'à l'empire de la loi. [...] L'équité, la jurisprudence, les principes généraux du droit et la doctrine sont des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle.

355. Bien que la loi 153 de 1887 fasse partie de la tradition juridique colombienne, l'entrée en vigueur de l'article 230 de la nouvelle constitution a posé des problèmes pratiques dans l'interprétation des sources du droit colombien. Il est important de définir les conditions d'application de ces principes car si ce sont les juridictions suprêmes qui élaborent les PGD, ce sont les juridictions inférieures, y compris arbitrales, qui les appliquent.

⁵⁹² *Constitution. Article 230.*

⁵⁹³ Cette norme centenaire a été interprétée de manière différente au cours des années. Diego López étudie la réception théorique et l'évolution interprétative de la loi 153 de 1887. Il montre comment, dans une première étape, l'interprétation civiliste de cette norme érige les règles générales du droit en « principes » ou « concepts » de droit privé qui s'appliquent par *analogie legis*. Dans une deuxième étape, l'interprétation de cette norme est plutôt pandectiste et elle sert surtout comme un outil politique d'interprétation. Ensuite, il mène une interprétation « anti-formaliste » selon laquelle les règles générales du droit ont un but moralisateur et suit en cela la méthode de la *libre recherche scientifique* de Gény. Actuellement, la Cour constitutionnelle considère que ces règles doivent être en conformité avec la doctrine constitutionnelle, ce qui est le point de départ d'un processus de constitutionnalisation du droit privé. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *Hacia la reconstrucción de la teoría del derecho privado en Colombia. Reflexiones sobre la ley 153 de 1887*, Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Facultad de derecho, n° 27, 107 (1995).

356. **La valeur des PGD dans la constitution de 1991.** La Cour constitutionnelle a été saisie à de multiples occasions afin de régler cette question. Tout d'abord, relativement à l'article 230 de la constitution, la Cour considère que le terme « loi » doit être interprété dans un sens large :

« La soumission de l'activité juridictionnelle à la loi ne peut être réduite à l'observation minutieuse d'un texte légal spécifique ; en revanche, cette soumission fait référence à l'ordre juridique comme un ensemble harmonieux et intégré de normes. [...] La constitution et la loi sont les points de départ de l'activité juridictionnelle ; elles se complètent et s'intègrent au travers de *principes juridiques plus ou moins spécifiques*, construits par le juge, afin d'atteindre la justice matérielle. Les juges sont soumis à ces sources du droit et sont tenus de respecter les fondements juridiques qui ont servi à résoudre les situations analogues précédentes. »⁵⁹⁴ (Nous soulignons)

357. **La portée de l'interprétation de la Cour.** Que la Cour constitutionnelle interprète de manière large le mot loi dans la décision C-836/2001 n'a rien d'extraordinaire. Cependant, lorsqu'elle énonce que la constitution et la loi s'intègrent au travers de « principes juridiques » afin d'atteindre la justice matérielle, elle pose un véritable problème aux juges, car d'un domaine déterminé qui oblige le juge à interpréter la loi au sens formel, la Cour passe à un domaine indéterminé qui inclut des principes juridiques « plus ou moins spécifiques ». Cette qualification est fortement critiquable car la Cour n'explique pas ce que l'on doit entendre par « *principes juridiques plus ou moins spécifiques* ».

358. Par ailleurs, le conflit interprétatif entre l'article 230 de la constitution et l'article 8 de la loi 153 de 1887 a conduit la Cour à analyser l'articulation entre ces normes dans une décision où elle examine la constitutionnalité de l'article 8 de la même loi. Ainsi : « juger est un devoir ontologique du juge [...] En conséquence, il

⁵⁹⁴ Cour constitutionnelle, C-836/2001, (09-09-2001).

n'y a pas de lacunes dans le droit.⁵⁹⁵ Aucune conduite ne peut échapper à la qualification juridique par le juge.⁵⁹⁶ [...] C'est pourquoi la loi 157 de 1887 est logique : une fois épuisée la source principale du droit, le juge peut recourir à la source secondaire. »⁵⁹⁷

359. **La solution constitutionnelle en cas de lacunes dans le droit.** Dans une deuxième décision, la Cour ajoute que :

« Dans un Etat de droit, la décision juridictionnelle doit être fondée sur les normes juridiques en vigueur. Mais, quelle position doit assumer le juge lorsqu'il n'existe aucune disposition de droit positif pour fonder sa décision ? Cette situation est sans doute exceptionnelle, mais l'ordre juridique doit prévoir une solution le cas échéant. [...] C'est pourquoi l'article 230 de la charte dispose que l'équité, la jurisprudence, les principes généraux du droit et la doctrine sont des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle. Ainsi, si par exemple le juge utilise l'équité pour fonder sa décision, il ne fait qu'appliquer, selon sa conviction juridique, un principe qui, même s'il ne fait pas partie du droit positif, a son fondement dans le droit positif. [...] Cette fonction s'exécute à deux moments différents : d'abord, le juge sélectionne les normes juridiques qui pourraient s'appliquer au cas spécifique, parmi lesquelles aucune ne correspond exactement au cas *sub judice*. Ensuite, *après avoir analysé le droit existant, le juge dégage des dispositions étudiées, une règle juridique implicite grâce à laquelle il peut résoudre le cas soumis à son jugement.* [...] »⁵⁹⁸ (Nous soulignons)

⁵⁹⁵ Il y aurait lacune technique lorsque le législateur omettrait de poser une règle sur un point qu'il aurait dû régler, pour qu'il soit seulement possible, techniquement parlant, d'appliquer la loi. Mais en vérité, ce qu'on appelle ainsi "lacune technique" est soit une lacune au sens originnaire du terme, c'est-à-dire une discordance entre un droit positif et un droit idéal ou souhaité, soit cette indétermination qui résulte de ce que les normes présentent le caractère de cadres. HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit*. *Op. cit.* p. 251

⁵⁹⁶ L'article 48 de la loi 153 de 1887 dispose que : le juge qui refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi sera poursuivi comme coupable de déni de justice»

⁵⁹⁷ Cour constitutionnelle, C-479/1992, (13-09-1992).

⁵⁹⁸ Cour constitutionnelle, C-083/1995, (01-03-1995).

360. Dans ces décisions, la Cour rappelle que le juge a le devoir de juger. Ainsi, à défaut d'une source principale du droit applicable, il peut recourir à une source secondaire, c'est-à-dire aux critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle : l'équité, la jurisprudence et « les principes généraux du droit. »⁵⁹⁹ En conséquence, si les juges décident de respecter les critères interprétatifs formulés par les juridictions suprêmes, ces principes acquièrent-ils un degré d'impérativité en l'absence de norme de droit positif applicable ? Les juges et les arbitres sont-ils tenus d'observer ces principes ?

361. **La doctrine probable.** Depuis 1896, l'article 4 de la loi 169 prévoit que « trois décisions de la Cour suprême dans un même sens relatives à une même question de droit constituent une doctrine probable. Les juges pourront l'appliquer aux cas analogues. La Cour pourra changer sa doctrine lorsqu'elle jugera que ses décisions précédentes sont erronées. »

362. La Cour constitutionnelle considère qu'il peut y avoir des revirements de jurisprudence quand une doctrine juridictionnelle est considérée comme erronée par la juridiction qui l'a rendue.

« Trois circonstances différentes permettent de qualifier cette jurisprudence d'erronée : en premier lieu, celle-ci a pu être adéquate dans une situation sociale déterminée mais n'être plus valable au moment de son application. En deuxième lieu, la Cour peut considérer que sa doctrine est erronée parce qu'elle est contraire aux fondements de l'ordre juridique [...] En dernier lieu, elle peut en changer en raison de modifications du droit positif. C'est dans ce

⁵⁹⁹ Entre les deux types idéaux d'une juridiction (ou jurisprudence) liée par des lois étatiques et d'une juridiction (ou jurisprudence) libre de lois étatiques, prennent place ceux qui, sans doute, instituent un organe législatif central, mais où les tribunaux reçoivent le pouvoir de poser des normes individuelles, non pas seulement dans le cadre des normes générales posées par l'organe législatif, mais également - sous certaines conditions que l'on a indiquées précédemment-, en dehors de ce cadre ; et enfin ce système dans lequel les tribunaux reçoivent le pouvoir de créer des normes générales sous forme de précédents. -Ces différents systèmes représentent des degrés différents de centralisation ou de décentralisation de la fonction de création du droit, et par là même des degrés différents de réalisation du principe de la flexibilité du droit, qui varie en raison inverse de la sécurité du droit. HANS KELSEN. *Théorie pure du Droit*. Op. cit. p.252.

cadre que les juges peuvent justifier un changement de jurisprudence. Cependant, les juridictions inférieures ne peuvent pas s'écarter de la doctrine de la Cour sans motiver leurs décisions à l'aide de fondements explicites. »⁶⁰⁰

363. L'élaboration de la doctrine probable et la construction de PGD par le Conseil d'Etat. Saisie de la constitutionnalité de la loi 169 de 1896, la Cour constitutionnelle estime que cette loi est également applicable au Conseil d'Etat, même si celui-ci n'a reçu le statut d'autorité juridictionnelle qu'à partir de 1914 : le Conseil d'Etat se trouve, en effet, au sommet de la juridiction administrative.⁶⁰¹

« La mission de création des juges⁶⁰² se concrétise par la construction et la pondération des principes juridiques. Cette mission donne sens aux institutions juridiques lorsque les juges intègrent et interprètent l'ordre positif. Cela suppose que le juge recoure à l'abstraction des normes particulières afin d'attribuer au texte une signification cohérente et utile. Par cette voie, il intègre l'ordre juridique et réalise les objectifs constitutionnels. [...] Le sens de l'expression « probable » de l'article 4 de la loi 169 de 1896 n'annule donc pas le sens normatif de la jurisprudence de la Cour suprême [...] Les principes, en tant que sources matérielles, sont un produit social d'origine juridictionnelle qui est nécessaire pour que l'ordre juridique soit l'élément régulateur et transformateur de la réalité sociale [...] La *ratio decidendi* des jugements détermine dans quels cas ces principes sont obligatoires, tandis que les *obiter dicta* sont des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle. »⁶⁰³

⁶⁰⁰ C-836/2001.

⁶⁰¹ Sur les techniques d'unification de la jurisprudence au sein du Conseil d'Etat colombien voir : Marc DURAND-VIEL. Héctor J. ROMERO DIAZ. *El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia*, in Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa Consejo de Estado, (2008), Sous la direction du Consejo de Estado, p. 115-142.

⁶⁰² Voir à ce propos : La création du droit par le juge, sous la direction de Pierre AVRIL, *Revue Archives de philosophie du droit*, 2007, Vol.50.

⁶⁰³ C-836/2001.

364. La Cour constitutionnelle s'efforce de hiérarchiser les principes. Ainsi, ceux qui apparaissent expressément dans *la ratio decidendi*, sont d'application obligatoire. Ceux qui, en revanche, font partie de la motivation d'une décision ou d'un *obiter dictum*, sont considérés comme des critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle. En conséquence, nous pouvons identifier une règle, cette fois-ci de valeur constitutionnelle, apparemment claire, selon laquelle « les principes généraux du droit » sont des « critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle », mais auquel le juge confère une force supérieure s'ils sont placés dans la *ratio decidendi* de la décision.

Le législateur semble avoir repris les principes développés par le juge constitutionnel dans le nouveau Code de procédure administrative et contentieuse administrative (loi 1437 du 18 janvier 2011). En effet, l'article 102 du code dispose que : « les autorités sont tenues de tirer les conséquences d'une décision d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat et d'en appliquer la solution à tous les justiciables qui prouvent être dans les mêmes hypothèses de fait et de droit. [...] » La Cour constitutionnelle a déclaré cette norme conforme à la constitution. Elle précise toutefois que les autorités doivent respecter et appliquer de manière prioritaire les précédents d'interprétation du texte constitutionnel que la Cour constitutionnelle a développé par rapport aux questions de sa compétence.⁶⁰⁴

§2. Le contenu des PGD édictés par le juge administratif

365. **La réception des PGD par les opérateurs juridiques.** Sans doute le juge « peut »-il appliquer la doctrine des juridictions suprêmes aux cas analogues, ou encore s'écarter de leur interprétation s'il dispose d'éléments significatifs pour le faire. Néanmoins, la pratique de la juridiction administrative montre que les juges, y compris les arbitres, sont respectueux de la « doctrine » du Conseil d'Etat, soit par respect, soit, plus prosaïquement, par crainte d'annulation de leurs décisions.

⁶⁰⁴ Cour constitutionnelle, C-816/11, (01-11-2011).

366. **Les Principes qui nient la compétence arbitrale pour juger les actes administratifs contractuels.** Les arrêts du Conseil d'État du 16 juin 1997,⁶⁰⁵ du 23 février 2000⁶⁰⁶ et du 8 juin 2000⁶⁰⁷ énoncent un certain nombre de principes généraux du droit qui déterminent l'étendue de la compétence arbitrale dans les litiges relatifs aux contrats publics.

367. *Dans l'arrêt du 8 juin 2000*, il apparaît clairement que les parties se sont accordées pour soumettre aux arbitres un litige relatif à un acte administratif. Il faut noter que le demandeur sollicite même du Tribunal arbitral l'annulation de l'acte administratif en question. Dans d'autres cas, bien que cette question n'apparaisse pas à titre principal, les arbitres ne peuvent pas se prononcer sur l'objet de la demande arbitrale sans se prononcer sur le contenu de l'acte administratif. Ils sont, alors, aux yeux du Conseil d'État, incompétents pour résoudre le litige.

368. Le juge administratif affirme que le *principe de non négociabilité des pouvoirs publics* « permet de déduire que, dans un État de droit, ni les pouvoirs publics, ni les compétences ne peuvent être exercés par analogie. Les compétences d'une autorité publique ne peuvent être ni déléguées ni transférées sauf norme légale qui l'autorise. »⁶⁰⁸

369. Le *principe de non arbitrabilité des actes administratifs* est le corollaire du *principe de non négociabilité des pouvoirs publics*. En effet, l'État ne peut renoncer à l'exercice de ses compétences. Par conséquent, il ne peut ni négocier, ni transiger sur la légalité des actes administratifs sans affaiblir la souveraineté de l'État, son autorité, l'ordre public et le principe de légalité. »⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Conseil d'Etat, Pinski Vs. Carbocol, 10882, (16-06-1997).

⁶⁰⁶ *Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394.

⁶⁰⁷ Conseil d'Etat, Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973, (08-06-2000).

⁶⁰⁸ *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

370. *La compétence exclusive* de la juridiction administrative sur les actes administratifs édictés en raison du contrat a pour conséquence directe le *principe de plénitude de la juridiction et de la compétence*.⁶¹⁰ En effet, comme la juridiction administrative est le juge naturel de l'administration, elle conserve la compétence pour juger intégralement tout litige concernant les actes administratifs.⁶¹¹ Le Conseil d'État juge en 1997 que :

« Selon le principe de plénitude de la juridiction et la compétence de la juridiction, 1. Il n'est pas possible de scinder les compétences assignées aux autorités publiques par la loi. 2. Il n'est pas admissible que la juridiction administrative déclare la nullité d'un acte sans résoudre le problème des conséquences naturelles de l'action de nullité, sous prétexte qu'une institution contractuelle de nature et de caractère exceptionnels possède la compétence. 3. Une des prérogatives principales de l'État moderne est d'exercer le pouvoir d'administrer la justice de façon continue et permanente, par des organes juridictionnels. En vertu d'un mandat constitutionnel, la règle générale est celle du plein exercice de la fonction publique. Les autres modes autorisés par la constitution, notamment l'arbitrage, constituent l'exception. Si l'on admettait un fractionnement de la fonction juridictionnelle, on prendrait alors le risque de rendre des décisions contradictoires et, par là même, d'aboutir à un déni de justice et à la violation de la garantie constitutionnelle d'accès à l'administration de la justice (article 229 de la constitution) [...] 4. Il est fondé et raisonnable que la juridiction administrative soit saisie pour juger le litige en tant qu'unité insusceptible d'être fractionnée. »⁶¹²

⁶⁰⁹ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

⁶¹⁰ En France ainsi qu'en Colombie, « ce principe est fondé sur une préoccupation de bonne administration de la justice : permettre au tribunal saisi d'une affaire d'en connaître les différents aspects et de la juger dans son ensemble, de telle sorte que ce qui constitue un tout soit aussi peu dissocié que possible et que l'obligation de surseoir à statuer, en raison de certaines difficultés, soit aussi restreinte que possible » RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, *Op cit.* n° 308, p. 279.

⁶¹¹ En contre de cette position: Conseil d'Etat, *Carbocol vs. Consortio Domi-Prodeco-Auxini*, 5326, (15-05-1992). Conseil d'Etat, *IDU vs. Consortio Jorge A Torres - Alvaro Rivera*, 7215, (04-06-1993).

⁶¹² *Pinski Vs. Carbocol*, 10882.

Cette position est confirmée par le Conseil d'État en 2000 :

« Il est juridiquement impossible d'admettre que la juridiction administrative et le tribunal arbitral aient simultanément la compétence pour que le premier contrôle la légalité des actes administratifs et le deuxième les effets des actes administratifs qui sont susceptibles de transaction ». ⁶¹³

371. *L'unité de juridiction* doit prévaloir non seulement en raison de l'impossibilité pour la juridiction de déléguer ses compétences, mais encore parce que la sécurité juridique l'exige. Si la résolution du litige dépend d'un acte administratif unilatéral, la juridiction administrative a compétence pour juger l'acte administratif et les conséquences qui en découlent. Autrement dit, les arbitres et les juges administratifs ne peuvent être compétents simultanément.

Deuxième sous-section. L'évolution de la jurisprudence administrative

372. **La compétence du juge administratif sur les actes administratifs édictés au cours de l'opération contractuelle.** L'arbitrabilité objective des litiges contractuels de l'administration est un sujet de débat constant dans la jurisprudence administrative. En effet, si le contrat public est un « contrat », la loi octroie à l'administration, la faculté d'exercer ses prérogatives de puissance publique à travers des actes administratifs unilatéraux dans le cadre du procédé contractuel. La compétence pour contrôler la légalité des dits actes appartient à la juridiction administrative.

373. Cependant, la juridiction administrative n'a pas toujours été juge des contrats publics. Cette compétence appartenait jusqu'en 1964 à la juridiction judiciaire. ⁶¹⁴

⁶¹³ Conseil d'Etat, Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA, (23-02-2000). Voir dans le même sens : Conseil d'Etat, Medardo Serna Vallejo vs. Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional, 10875, (21-04-2004).

⁶¹⁴ La Cour suprême de justice avait la compétence pour juger les contrats passés par l'Etat et les Départements.

La juridiction administrative a été créée par la loi 130 de 1913. Elle est instituée pour exercer le contrôle de légalité des actes administratifs sur requête du Ministère public ou des citoyens affectés par ces actes.⁶¹⁵ C'est en 1964, avec le décret -loi 528, que la juridiction administrative commence à disposer de la compétence sur les contrats administratifs et sur la responsabilité de l'administration. Le décret -loi 222 de 1983 lui confère aussi la compétence sur les contrats de droit privé de l'administration qui contiennent une clause de résiliation-sanction.

374. **L'évolution de l'arbitrabilité objective des contrats publics avant la loi 80 de 1993.** Nous avons vu que, même en l'absence de fondement légal, la Cour suprême de justice a, en 1925 et en 1936, admis l'arbitrage des contrats dont une des parties est une personne publique.⁶¹⁶ La Cour veille alors au respect des exigences légales et à l'autorisation des autorités locales pour la passation des contrats qui contiennent une clause compromissoire ; elle vérifie que le litige soumis à l'arbitrage est susceptible de transaction, et tenant compte que les entités territoriales sont autorisées à conclure des contrats de transaction, elle conclut que rien ne les empêche de se soumettre à l'arbitrage.⁶¹⁷

375. La limitation à l'arbitrabilité objective des litiges n'est établie qu'avec la loi 105 de 1931, puis le Code de commerce de 1974, le décret 2279 de 1989 et la loi 446 de 1998 et ne concerne alors que les matières susceptibles de transaction.

376. En 1964, est promulguée la première loi relative aux contrats publics, qui encadre les contrats de travaux publics. Cette loi autorise l'Etat, les établissements publics et les entités officielles et semi-officielles à compromettre sans fixer d'autres limites. Cependant, le Conseil d'Etat, par un avis du 14 mars 1977, estime que « même si la Loi 4 de 1964 admet l'arbitrage, [...] le législateur a permis aux

⁶¹⁵ Le Conseil d'Etat a été instauré par un décret édicté par le Général Simon Bolivar le 30 octobre 1817. La Loi 60 de 1914 rétablit le Conseil d'Etat qui avait été supprimé en 1905. En 1914, le Conseil d'Etat reprend alors ses fonctions consultatives.

⁶¹⁶ Voir n° 30.

parties du contrat de choisir leur juge mais non le régime juridique de leurs activités. Les actes de l'administration doivent toujours avoir pour contenu les objectifs déterminés par la loi, condition de leur validité. Les arbitres sont tenus de résoudre les litiges qui leur sont soumis selon le droit en vigueur. Mais, comme l'administration ne peut renoncer au régime légal qui justifie son activité, les actes de l'administration ne peuvent pas être soumis au jugement des arbitres ».⁶¹⁸

377. La première limite légale à l'arbitrabilité objective des contrats administratifs apparaît avec le Décret 150 de 1976.⁶¹⁹ Cependant, l'autorisation de compromettre ne s'adresse alors qu'à l'Etat et l'article 66 interdit aux arbitres de se prononcer sur la clause de résiliation-sanction et sur ses effets. Un Tribunal arbitral n'a cependant pas hésité à juger en 1978 un litige dont la prétention d'indemnisation concernait un « acte de résiliation unilatérale » d'un contrat administratif. Ainsi, même si l'arbitre considère, dans la sentence, qu'il ne s'agit pas vraiment d'un acte de résiliation unilatérale, le tribunal se déclare bien compétent sur le litige estimant qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre l'existence d'un acte de résiliation-sanction et la convention d'arbitrage.⁶²⁰ Le décret -loi 222 de 1983 interdit aux arbitres de se prononcer sur l'application, l'interprétation et les effets des clauses exorbitantes (clauses de résiliation-sanction, de modification, d'interprétation et de résiliation unilatérale).

378. Le développement de la notion « acte administratif contractuel » dans la jurisprudence administrative antérieure à la loi 80 de 1993. On fait

⁶¹⁷ *Gaceta judicial* n° 1917.

⁶¹⁸ Le Conseil d'Etat cite l'avis 656 du 12 juillet 1972. Conseil d'Etat, Avis, Ministerio de Comunicaciones, (14-03-1977).

⁶¹⁹ *Décret 150 de 1976. Articles 64 et 66.* Elle élargit l'autorisation de l'arbitrage aux litiges découlant des contrats administratifs et des contrats d'emprunt.

⁶²⁰ Les arbitres déclarent leur compétence sur le litige et décident dans la sentence arbitrale qu'il n'y a pas une réelle déclaration de résiliation sanction de la part de l'administration car celle-ci ne peut pas être déduite de la cession du contrat. Le demandeur n'avait donc aucun intérêt juridique pour réclamer une indemnisation sur un contrat qu'il a cédé de lui-même et qui a été accepté par l'administration. Tribunal arbitral, *Ecopetrol vs. Antonio Jose Vera Nieto*, (31-05-1978)

référence aux actes contractuels, qui sont par essence bilatéraux, par opposition aux actes unilatéraux de l'administration.⁶²¹ En Colombie, « l'acte contractuel est un acte administratif »,⁶²² c'est-à-dire l'acte qui est produit par l'administration à l'occasion de son activité contractuelle.⁶²³

379. Cette expression a été élaborée par la jurisprudence administrative, en raison du type de recours que les parties ou les tiers peuvent exercer pour contester les actes administratifs issus du rapport contractuel.⁶²⁴ Pour Carlos Betancur Jaramillo cette position a créé un vrai chaos : les termes de caducité de l'action, les procédures et la portée des recours étaient différents. Dans la pratique, il était impossible de cumuler des prétentions litigieuses découlant d'un acte administratif et les prétentions découlant du contrat ou de son exécution. C'est pourquoi, la loi 446 de 1998 a tranché le débat en disposant que les actes précontractuels sont passibles du recours pour excès de pouvoir et les actes émis après la signature du contrat susceptibles du recours contractuel même s'il s'agit d'actes administratifs unilatéraux.⁶²⁵

⁶²¹ En France, « si l'acte administratif au point de vue formel se caractérise par l'application du droit administratif et la compétence contentieuse administrative, les contrats conclus par l'administration peuvent être considérés comme des actes administratifs lorsqu'ils relèvent de ce droit et de cette compétence. Lorsqu'il est ainsi, ces contrats reçoivent précisément le nom de contrats administratifs par opposition aux contrats de droit privé (ou du droit commun) conclus par l'administration. » YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif*. *Op. cit.* n° 1133 p.529.

⁶²² CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*. *Op. cit.* p.513

⁶²³ *Antonio José de Irisarri Restrepo vs. Ministerio de Comunicaciones*, 9118 ; Conseil d'Etat, Martha Cediél de Peña - Gilberto Peña Castrillón, 9807, (20-09-2001).

⁶²⁴ En effet, en 1964 la loi a attribué à la juridiction administrative la compétence de connaître les litiges contractuels et extracontractuels de l'administration qui ne sont pas attribués de manière expresse à la juridiction judiciaire. Cependant, elle ne distingue pas les recours relatifs aux litiges contractuels et aux actes administratifs. Pour résoudre ce problème la jurisprudence distingue les litiges découlant du contrat lui-même et ceux qui découlent des actes administratifs unilatéraux. Ainsi elle a déterminé que les premières font l'objet du recours contractuel (il équivaut au recours de plein contentieux en France, réduit au seul domaine contractuel), et les secondes du recours pour excès de pouvoir.

⁶²⁵ Voir toute cette évolution en : CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*. *Op. cit.* p.520 et s.

380. **L'expression « acte administratif contractuel » a cependant perduré sous l'empire de la loi 80 de 1993.** Parmi les « actes administratifs contractuels » (ceux qui sont édictés au cours de l'opération contractuelle) nous pouvons identifier, actuellement, trois types différents d'actes,⁶²⁶ lesquels sont énumérés dans la loi relative aux contrats publics: les actes détachables du contrat ou actes précontractuels,⁶²⁷ les actes contractuels unilatéraux⁶²⁸ ou bilatéraux,⁶²⁹ et les actes post-contractuels.⁶³⁰

381. **Approche critique de la notion d'« acte administratif contractuel »**
L'adjectif « contractuel » génère, à notre sens, des équivoques lorsqu'il qualifie l'expression acte administratif. L'acte administratif est une prérogative de l'administration. C'est une décision par laquelle l'administration modifie l'ordonnancement juridique. Elle est unilatérale tandis que ce qui est « contractuel » se rapporte à un contrat : *« toute obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel. »*⁶³¹

Nous démontrerons dans les développements qui suivent que la permanence de cette expression dans le langage courant de l'administration et dans la jurisprudence de la juridiction administrative postérieure à la loi 80 de 1993 est la plus importante source des problèmes au regard de l'arbitrabilité objective des litiges.

⁶²⁶ La loi 80 de 1993 exige à l'article 24-7 que l'administration motive de manière claire et précise les actes administratifs relatifs à la relation contractuelle ainsi que tous les rapports d'évaluation, comme l'acte de déclaration d'appel d'offre infructueux. La loi prévoit aussi la possibilité de contester les actes administratifs édictés à l'occasion de l'activité contractuelle. Ils peuvent faire l'objet d'un recours administratif gracieux et d'une action contentieuse contractuelle selon les règles du Code contentieux administratif (Article 77).

⁶²⁷ Acte de déclaration d'appel infructueux (art. 24 n° 7), acte d'ouverture de l'appel d'offre (art. 30), acte qui déclare l'urgence manifeste pour la passation du contrat (art. 42).

⁶²⁸ Les actes pour assurer l'accomplissement de l'objet contractuel (art.14) : acte d'interprétation unilatérale (art. 15), acte de modification unilatérale (art.16), acte de résiliation unilatérale (art.17), acte de résiliation sanction (art.18).

⁶²⁹ Acte de décompte bilatéral (art. 60). Conseil d'Etat, Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados SA vs. EAAB, 14582, (20-09-2001).

⁶³⁰ Celui qui déclare la responsabilité du constructeur. Il est édicté comme conséquence de l'exécution du contrat, mais après sa terminaison.

⁶³¹ EMILE DURKHEIM. De la division du travail social, Paris, PUF (2004). Collection les grands textes. (1893) p.189.

382. La constitution de 1991 attribue, comme nous l'avons vu, au législateur, la compétence de fixer les limites à l'arbitrage. L'absence de limites à l'arbitrabilité des clauses exceptionnelles dans la loi 80 de 1993 est donc particulièrement remarquable. Comment doit-on interpréter cette évolution ? procède-t-elle du statut des contrats publics ?

383. La loi 80 de 1993 consacre l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle comme les principes directeurs des contrats publics. Elle interdit également aux entités publiques de prohiber la stipulation de la convention d'arbitrage. La loi doit-elle, dès lors, être considérée comme une loi d'ouverture à l'arbitrage ? Ou, s'agit-il en réalité d'une simple omission du législateur ?

384. Si la loi 80 de 1993 autorise à déroger à la justice administrative, cette disposition, dans le contexte dessiné par la loi, touche aux fondements les plus essentiels du droit administratif : le principe de légalité, le contrôle de légalité et la notion même d'acte administratif. La question posée au juge administratif est la suivante : les pouvoirs conférés aux arbitres par les parties au litige intègrent-ils la possibilité de juger les « actes administratifs contractuels » ? Et si oui, cette possibilité met-elle en cause le principe de légalité et la compétence exclusive de la juridiction administrative sur les actes administratifs ?

385. Etant donné que le noyau dur du débat en droit colombien se concentre sur l'arbitrabilité des actes administratifs édictés au cours de l'opération contractuelle, nous tacherons de déterminer les contours de la notion « acte administratif contractuel » à la lumière de la jurisprudence administrative née des recours en annulation des sentences arbitrales (§1) afin de cerner le domaine d'arbitrabilité objective des litiges découlant des contrats publics (§2).

§1. L'interdiction de soumettre à l'arbitrage des litiges concernant des « actes administratifs contractuels »

386. **Les enjeux de l'utilisation de l'expression « acte administratif contractuel » en ce qui concerne l'arbitrabilité objective des litiges.** En vertu des PGD, les arbitres sont incompétents pour résoudre les litiges découlant des « actes administratifs contractuels ». En conséquence, la juridiction administrative dispose de la compétence exclusive en la matière.

387. La loi 80 de 1993 énumère seulement trois types d'actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir,⁶³² les autres n'étant susceptibles que de recours contractuel (de plein contentieux).⁶³³ Sous l'empire de la loi 80 de 1993, « les actes administratifs contractuels » sont ceux qui sont produits par l'administration à l'occasion de son activité contractuelle.⁶³⁴

388. Nous sommes confrontés à un acte administratif édicté en lien avec la relation contractuelle. Pour autant, tous les actes émis par l'administration durant le procédé contractuel ont-ils le caractère d'actes administratifs si l'on s'intéresse à leur *contenu* ? Autrement dit, est-ce qu'à travers ces actes, l'administration édicte des *décisions unilatérales* qui modifient l'ordonnement juridique et s'appliquent à d'autres sujets de droit ?

389. Après avoir analysé environ une centaine de décisions d'annulation de sentences arbitrales, nous pouvons affirmer que la jurisprudence du Conseil d'Etat

⁶³² L'acte administratif de classement du registre national des soumissionnaires aux appels d'offre (art. 22 n° 5). L'acte d'attribution du contrat (art. 77 paragraphe 1). L'acte par lequel l'administration termine la procédure de sélection et empêche sa poursuite (art.77).

⁶³³ Conseil d'Etat, Antonio José de Irisarri Restrepo vs. Ministerio de Comunicaciones, 9118, (18-09-1997).

⁶³⁴ *Antonio José de Irisarri Restrepo vs. Ministerio de Comunicaciones*, 9118 ; Conseil d'Etat, Martha Cediél de Peña - Gilberto Peña Castrillón, 9807, (20-09-2001).

est encore loin d'être uniforme sur ce sujet. « L'acte administratif contractuel » est la question centrale.

Les opinions dissidentes émises par les conseillers d'Etat depuis l'entrée en vigueur de la constitution de 1991 illustrent bien que la question n'est pas encore réglée. Néanmoins, la position de la haute juridiction administrative est en voie de consolidation et les opinions dissidentes ont un apport avéré dans cette construction.⁶³⁵

390. Seule l'analyse de l'évolution de la jurisprudence administrative peut nous permettre de comprendre l'étendue du problème pour envisager les possibles solutions. Cependant, cette évolution ne peut pas être présentée de façon chronologique en raison des multiples fluctuations de la jurisprudence. En conséquence, nous évoquerons d'abord, l'interdiction générale que la jurisprudence adresse aux arbitres pour juger les litiges découlant des « actes administratifs contractuels », et ensuite, l'interdiction spécifique de résoudre les litiges découlant des actes administratifs « édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels ».

391. **La non arbitrabilité des « actes administratifs contractuels » et la compétence exclusive de la juridiction administrative.** Avant 1991, la loi relative aux contrats publics interdisait expressément aux arbitres de juger les litiges relatifs aux clauses exorbitantes. Pour le Conseil d'Etat, tous les litiges qui

⁶³⁵ « L'opinion dissidente consiste dans la possibilité donnée à chaque juge de se prononcer, par écrit, à titre personnel, sur l'arrêt rendu dans une affaire au délibéré de laquelle il a participé soit pour désapprouver ladite décision et la motivation qui la sous-tend (on parle de décision dissidente au sens strict) [...] Les partisans des opinions dissidentes font valoir qu'elles contribuent à une justice plus ouverte et plus transparente. Ils expliquent qu'elles permettent un débat démocratique sur les grandes questions d'intérêt général en alimentant la « libre communication des pensées et des opinions » comme l'on disait au XVIIIe siècle, ou le « marché des idées » comme l'on dit aujourd'hui. » ELISABETH ZOLLER. *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats Unis*, in La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, Montchrestien, (2001), p. 601. Voir aussi à ce propos : JEAN PIERRE ANCEL. Les opinions dissidentes (www.courdecassation.fr/.../opinions_dissidentes_jp_ancel.pdf) consulté le 18-10-2005).

concernent directement ou indirectement les clauses exorbitantes sont alors exclus de la compétence arbitrale.⁶³⁶

392. Avec l'entrée en vigueur de la constitution de 1991, le Conseil d'Etat procède à une nouvelle interprétation du texte législatif. Il juge, d'abord, qu'en présence d'une convention d'arbitrage, la juridiction administrative n'a pas de compétence exclusive pour résoudre les conflits découlant des clauses exorbitantes. Les litiges relatifs aux conséquences économiques des actes administratifs sont de la compétence arbitrale. Cependant, en 1997, le Conseil d'Etat consacre le PGD de « *plénitude de la juridiction et de la compétence* » au profit de la juridiction administrative. En vertu de ce PGD le Conseil d'Etat affirme que, même en présence d'une convention d'arbitrage, une fois que la juridiction administrative est saisie pour résoudre une prétention concernant un « acte administratif contractuel », elle est compétente pour résoudre l'intégralité du litige qui oppose les parties au contrat public.

393. **La séparation des compétences fondée sur les conséquences économiques des actes administratifs.** Dans une première décision rendue en ce sens en 1992, le Conseil d'Etat considère que « si l'administration déclare la résiliation-sanction du contrat [...] cette décision ne peut pas être contestée dans l'instance arbitrale [...] Mais si l'objet du litige est le montant qui a été déterminé par l'administration dans le décompte réalisé à l'occasion de la déclaration de résiliation-sanction, d'interprétation, de modification ou de résiliation unilatérale, il est possible de soumettre ce litige à l'arbitrage : la règle interdit la soumission de ces clauses et de leurs effets à l'arbitrage, mais pas la soumission des conséquences économiques de ces clauses à l'arbitrage. »⁶³⁷ La juridiction administrative est donc compétente, en raison de cette décision, pour « résoudre les litiges découlant d'actes administratifs, et les arbitres pour résoudre les litiges de leur compétence. Le Conseil d'Etat déclare donc son incompétence pour résoudre les litiges de la

⁶³⁶ Conseil d'Etat. *Puertos de Colombia*, 973. Conseil d'Etat, *Eléctricas de Medellín Ltda*, 3397, (10-03-1983).

⁶³⁷ Conseil d'Etat, *Carbocol Vs. Consorcio Domi-Prodeco-Auxini*, 5326, (15-05-1992).

compétence arbitrale ». ⁶³⁸ Ainsi, « si l'administration a besoin d'interpréter de manière unilatérale le contrat, les litiges découlant de cet acte sont exclus de la compétence arbitrale, mais si l'administration n'a pas effectué cette interprétation, comme dans le cas d'espèce, le Tribunal arbitral peut être constitué sans aucune limitation. » ⁶³⁹

394. A partir de l'entrée en vigueur de la constitution de 1991, il n'y a plus de positions dissidentes en la matière. Cependant, compte tenu de la marginalité de la position de la juridiction administrative, celle-ci n'est maintenue que cinq ans par le Conseil d'Etat. Depuis 1997, le Conseil d'Etat réaffirme de manière constante sa compétence pour connaître l'intégralité des litiges qui concernent la légalité des actes administratifs.

395. **Le revirement jurisprudentiel de 1997** est l'occasion de réaffirmer le domaine général de compétence de la juridiction administrative et permet d'exclure de la compétence des arbitres tout ce qui concerne les « actes administratifs contractuels ». ⁶⁴⁰

396. Même si cette position est majoritaire, elle n'est pas unanime : plusieurs opinions dissidentes questionnent la notion même d'« acte administratif contractuel ». ⁶⁴¹

⁶³⁸ *Banco Central Hipotecario vs. Estruco S.A.*, 6761.

⁶³⁹ *IDU vs. Consorcio Jorge A Torres - Alvaro Rivera*, 7215.

⁶⁴⁰ Cette position a été confirmée à plusieurs reprises : *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Consorcio Hispano Alemán vs. ETMVA*, 16394 ; *Pinski vs. Carbocol*, 10882. Conseil d'Etat, *Sociedad Molinares vs. Universidad de la Guajira*, 12910, (27-07-2000). Conseil d'Etat, *IDU vs. World Parking*, 19090, (23-08-2001) ; Conseil d'Etat, *Invias vs. Consorcio Richi*, 21040, (27-06-2002). *Electrificadora del Atlántico vs. Termorio*, 21041 ; *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356 ; Conseil d'Etat, *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autónoma Regional del Cauca*, 21217, (04-07-2002). *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561. *Medardo Serna Vallejo vs. Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional*, 10875. Conseil d'Etat, *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefónica S.A.*, 34846, (01-04-2009) ; Conseil d'Etat, *Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación*, 25154, (20-05-2004).

⁶⁴¹ Opinion dissidente (ci- après : O.D.) du Conseiller Daniel Suarez Hernandez : *Pinski vs. Carbocol*, 10882 ; O.D Ricardo Hoyos Duque : *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973. O.D. Ricardo Hoyos Duque : *IDU vs. World Parking*, 19090. O.D. Ricardo Hoyos Duque : *Mario Nigrinis - Emilio*

397. Pour revenir sur la position adoptée en 1992, le Conseil d'État se fonde sur le *principe de plénitude de la juridiction et de la compétence*. Ainsi, il spécifie que « même si un conflit est susceptible d'être tranché par transaction, du point de vue juridique il est impossible d'admettre la concurrence de la juridiction administrative et de la justice arbitrale afin de décider d'un conflit né des conséquences économiques d'un acte administratif en vigueur. Dans ce cas, la compétence est attribuée exclusivement au juge administratif. »⁶⁴² Le juge administratif a donc, à partir de cette décision, *compétence exclusive* sur l'intégralité des litiges qui concernent les « actes administratifs contractuels ». ⁶⁴³ En conséquence, « l'examen que peuvent faire les arbitres des actes administratifs ne concerne que la faculté d'établir leur sens, incidence et portée, et seulement par rapport à l'objet du litige qui leur a été soumis. Ils ne peuvent méconnaître, de manière implicite ou explicite, le contenu d'aucun acte administratif. »⁶⁴⁴

398. Pour le Conseil d'Etat (c'est ce qui ressort notamment de sa jurisprudence entre 2000 et 2004), si l'arbitrage est autorisé par la loi, il reste un mode exceptionnel de règlement juridictionnel des conflits. Les compétences attribuées aux arbitres doivent être expresses. Or, la loi 80 de 1993, n'attribue pas expressément aux arbitres la compétence de résoudre les litiges découlant d'« actes administratifs contractuels ». ⁶⁴⁵ En conséquence, ces actes ne peuvent être contrôlés que par le juge administratif. Il n'est donc pas possible d'interpréter la compétence arbitrale comme illimitée. Ils ne sont compétents que pour les litiges portant sur des droits disponibles, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles d'être

Sanchez Gil vs. Invias, 25561. Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación, 25154.

⁶⁴² *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973.*

⁶⁴³ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973.* Reiteré par: *IDU vs. World Parking, 19090. Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco, 15469.*

⁶⁴⁴ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973. ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefónica S.A., 34846.*

⁶⁴⁵ *IDU vs. World Parking, 19090.*

résolus par voie de transaction.⁶⁴⁶ Les litiges qui concernent l'ordre public et le régime constitutionnel ou ceux qui impliquent l'affaiblissement de l'autorité de l'Etat sont exclus de la compétence arbitrale. Les limites à la compétence des arbitres proviennent donc de l'ordre public et des lois impératives.⁶⁴⁷

399. **Les opinions dissidentes** (ci-après O.D.) réapparaissent cependant à partir du revirement de 1997.

Le Conseiller d'Etat Daniel Suárez Hernández considère que même si les parties n'invoquent pas l'incompétence de la juridiction administrative, cette dernière doit, elle-même, se déclarer incompétente lorsqu'une convention d'arbitrage a été stipulée par les parties au contrat public. Pour fonder son opinion, il fait référence aux décisions qui affirment que la juridiction administrative n'est compétente que pour juger la légalité des actes administratifs, et les arbitres pour résoudre les litiges relatifs aux conséquences patrimoniales découlant de ces actes.⁶⁴⁸

Sous l'empire de la constitution de 1886, l'arbitrage était réglementé exclusivement par le législateur. *Le Conseiller d'Etat Ricardo Hoyos Duque* constate que ce dernier ne faisait que reprendre la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice et du Conseil d'Etat. Selon lui, le changement introduit par la constitution de 1991 ne peut pas, pour autant, être ignoré. L'arbitrage a une nature nettement juridictionnelle ; il est transitoire et n'est limité que par la loi. La réaffirmation d'une position jurisprudentielle équivalente à celle qui existait avant la constitution de 1991 et la loi 80 de 1993 n'est pas appropriée. La compétence de l'arbitre est pleine. Lorsque les arbitres sont investis par les parties au contrat, ils se substituent au juge administratif. C'est ce qui explique que le Conseil d'Etat soit le juge de l'annulation des sentences arbitrales en tant que tribunal suprême de l'ordre administratif. Le conseiller Hoyos Duque s'appuie, notamment, sur la décision constitutionnelle C-111/00 par laquelle la Cour constate que « le

⁶⁴⁶ *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394 ; Conseil d'Etat, *Loteria de Santander - Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander ENAPUESTAS U.T.*, 34302, (15-10-2008) ; *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporación Autónoma Regional del Cauca*, 21217.

⁶⁴⁷ *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394. *Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la Costa*, 27946.

⁶⁴⁸ O.D. *Pinski vs. Carbocol*, 10882.

constituant n'a pas spécifié l'objet de la juridiction administrative »⁶⁴⁹ pour affirmer que rien n'empêche au législateur d'attribuer compétence aux arbitres pour juger des actes administratifs issus de l'activité contractuelle de l'administration.⁶⁵⁰ La décision C-1436/00⁶⁵¹ de la Cour constitutionnelle manque de clarté dans la mesure où elle consacre l'unité de juridiction de la juridiction administrative, mais affirme en même temps que les arbitres sont compétents pour juger les effets patrimoniaux des actes administratifs, position abandonnée par la jurisprudence administrative en 1997.⁶⁵² Au regard de cette décision de la Cour, la juridiction administrative devrait donc être conduite à modifier sa position : les arbitres ont compétence pour se prononcer sur les effets patrimoniaux des actes administratifs.⁶⁵³

400. La **position majoritaire du Conseil d'Etat** reste d'affirmer l'incompétence des arbitres pour résoudre tout litige en lien avec un « acte administratif contractuel ». Or, le contenu de la notion d'« acte administratif contractuel » au regard de l'arbitrabilité du litige n'est pas clair.

401. *La Conseiller d'Etat Maria Helena Giraldo*, dans une *opinion individuelle*⁶⁵⁴ sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 2004⁶⁵⁵ rappelle que les arbitres sont compétents pour résoudre les litiges découlant de la passation, de l'exécution, et du décompte des contrats publics, mais qu'ils sont incompétents pour juger de la légalité des « actes administratifs matériels ». Mme Giraldo définit ces actes comme ceux qui sont en vigueur au moment où le procès arbitral lie les parties au litige, c'est-à-dire, lorsque les parties ont reçu notification du procès arbitral. La notification détermine le moment à partir duquel l'administration n'est plus

⁶⁴⁹ C-111-00.

⁶⁵⁰ O.D. *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

⁶⁵¹ C-1436/00.

⁶⁵² O.D. : *IDU vs. World Parking*, 19090.

⁶⁵³ Opinion individuelle : *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

⁶⁵⁴ A travers des opinions individuelles les magistrats ne se séparent pas de la décision prise par le Conseil d'Etat mais mettent en exergue des arguments qui auraient mérité de faire partie de la motivation de la décision.

⁶⁵⁵ *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561.

compétente pour édicter des « actes administratifs contractuels » et les arbitres reçoivent, en conséquence, pleine compétence pour résoudre l'objet du litige. Le juge du contrat, que ce soit le juge exceptionnel ou le juge naturel, ne peut pas être soumis à la volonté indéfinie de l'administration d'exercer ses prérogatives publiques. En conséquence, la nature de l'acte administratif est déterminée par son contenu réel.

402. Pour le Conseil d'Etat, « afin de déterminer la compétence de la juridiction administrative, il faut prendre en compte la définition suivante de l'acte administratif : l'acte administratif se présente lorsque l'Etat-administration produit une décision qui a des conséquences juridiques. C'est-à-dire, lorsque la décision implique des changements dans l'ordre juridique pour créer, modifier ou terminer des rapports juridiques [...] L'acte administratif contient toujours une décision dont le fondement se trouve dans l'exercice de pouvoirs publics. C'est pourquoi, lorsque les autorités publiques manifestent leur volonté à travers une décision que les particuliers pourraient aussi prendre en vertu de leur faculté de négociation, l'administration ne produit pas *un réel acte administratif*. »⁶⁵⁶ (Nous soulignons).

La définition de l'acte administratif est donc très large. Le Conseil d'Etat affirme qu'il est le juge naturel de la légalité des actes administratifs et que le contrôle de légalité est exclu de la compétence arbitrale.⁶⁵⁷ Mais cette définition ne désigne pas, pour autant, les types d'actes administratifs qui sont hors du domaine de la compétence des arbitres.

403. Le Conseil d'Etat cherche à savoir, dans les recours en annulation, si les arbitres ont méconnu le contenu des actes administratifs contractuels. Il a ainsi rejeté un recours en annulation au motif que l'acte administratif de résiliation unilatérale dont l'existence exclue, en principe, la compétence des arbitres, ne répondait pas aux exigences de l'article 14 n° 1 de la loi 80 de 1993. « L'acte

⁶⁵⁶ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca*, 21652.

⁶⁵⁷ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973. *Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco*, 15469.

administratif » en cause ne constitue pas, selon le Conseil d'Etat, « *un réel acte administratif* ». ⁶⁵⁸ Dans le même sens, la Haute juridiction administrative juge que « la décision de l'administration concernant la rupture de l'équilibre économique du contrat n'est pas l'expression d'une des prérogatives de l'administration. Ainsi, même si la réponse à cette demande s'insère formellement dans l'acte administratif de décompte du contrat, elle n'a pas le caractère d'un acte administratif ». ⁶⁵⁹

404. **L'acte administratif de décompte unilatéral du contrat public**

« Est une décision de l'administration émise en vertu des prérogatives de puissance publique qui lui sont octroyées par l'article 61 de la Loi 80 de 1993 afin de faire le décompte du contrat. Cette décision est donc l'expression unilatérale de la volonté de l'administration dans l'exercice de sa fonction administrative et concerne l'exercice d'une prérogative propre et exclusive de l'Etat qui échappe à la libre disponibilité des parties au contrat dont le contrôle de légalité n'appartient qu'à la juridiction administrative. Cependant, *le contenu de l'acte du décompte du contrat est divers ou plural*. En fait, plusieurs aspects du décompte du contrat résultent de l'accord des cocontractants et de la volonté de l'administration de reconnaître ou de nier l'existence d'obligations découlant des réclamations ou pétitions du cocontractant. Ces aspects ne constituent pas l'exercice d'une prérogative mais la volonté de l'entité contractante de reconnaître, assumer ou nier une prestation déterminée à son cocontractant, comme cela se fait entre particuliers. [...] Il est évident que toutes les réponses de l'administration à son cocontractant ne constituent pas des actes administratifs, même s'ils font partie de l'acte unilatéral du décompte. *Il est donc nécessaire de qualifier les expressions de l'administration pour déterminer dans chaque cas particulier s'il s'agit des facultés ou des droits exercés normalement dans les rapports contractuels entre particuliers : communications, transactions, conciliations*. La nature juridique de ces droits ou

⁶⁵⁸ *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356.

⁶⁵⁹ *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021. Le Conseil réitère cette position en : Conseil d'Etat, *Telecom vs. ETB*, 25156, (27-05-2004).

facultés ne varie pas en raison de leur inclusion dans l'acte du décompte du contrat public. »⁶⁶⁰ (Nous soulignons).

405. Dans le même sens, le Conseil d'Etat juge que « le débat sur le droit du cocontractant à être indemnisé pour la construction des travaux qui n'étaient pas partie de l'objet du contrat, fait partie du contenu de la résolution 000852 de 2002. Cependant, la nature de ce débat est extracontractuelle. La décision prise par l'administration ne peut donc pas être considérée comme une prérogative unilatérale dans le décompte du contrat effectué par l'administration. »⁶⁶¹

406. En conséquence, les actes administratifs contractuels sont exclus de la compétence des arbitres lorsqu'ils ont été notifiés au cocontractant de l'administration avant que les arbitres soient saisis, et lorsqu'ils constituent un « réel » acte administratif.

*Les arbitres ont donc, au regard de la jurisprudence administrative, compétence pour juger les litiges découlant de la passation, de l'exécution et du décompte du contrat public dès lors que le litige ne concerne pas la légalité des réels actes administratifs.*⁶⁶²

407. Nonobstant, le manque de précision sur les limites dans le contenu de ce qui constitue un *réel acte administratif* génère d'importantes difficultés dans la pratique de l'arbitrage. En effet, l'arbitre doit décider lui-même de sa propre compétence en se fondant sur l'arbitrabilité du litige. Or, l'évaluation du contenu de l'acte administratif dans le but de déterminer son contenu réel ne ressort pas toujours de manière évidente de la simple lecture de l'acte administratif en question. Il est souvent nécessaire pour les arbitres d'entamer une procédure approfondie sur la question afin de pouvoir délimiter « le contenu réel » de l'acte administratif. C'est

⁶⁶⁰ Conseil d'Etat, Consorcio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima, 19333, (04-07-2002). Cette position a été réitérée dans les décisions: *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561. *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021 ; Conseil d'Etat, Electrohidraulica SA vs. Municipio de Ubaté - Cundinamarca, 27946, (14-05-2005). Conseil d'Etat, Departamento de Casanare, 16718, (09-10-2003) ; *Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación*, 25154.

⁶⁶¹ *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561 ; *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561.

⁶⁶² *Unidad Administrativa Especial de la Aeronautica Civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la Costa*, 27946.

pour cette raison que la jurisprudence administrative travaille à une définition plus précise de l'acte administratif « contractuel » « non arbitral », rejoignant la position de la Cour constitutionnelle dans l'optique de déterminer le domaine arbitral en matière de contrats publics.

§2. L'acceptation de la compétence arbitrale sur les « actes administratifs contractuels »

408. Bien que l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats publics soit limitée par les PGD de « plénitude de la juridiction et de la compétence », de « non négociabilité des pouvoirs publics » et le principe corrélatif de « non arbitrabilité des actes administratifs », le Conseil d'Etat rejoint la position de la Cour constitutionnelle. Il limite, dans un premier temps, l'arbitrabilité des actes administratifs aux seuls actes administratifs « édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels ». ⁶⁶³ Dans un deuxième temps, le Conseil d'Etat module son interprétation de la décision C-1436/00 de la Cour constitutionnelle. ⁶⁶⁴ Il limite expressément l'arbitrabilité des actes administratifs aux seuls actes administratifs contractuels visés par l'article 14 de la loi 80 de 1993. Le Conseil d'Etat infirme la motivation de la décision C-1436/00. Il considère que les actes administratifs « édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels » ne sont que ceux qui sont énoncés à l'article 14 de la loi 80 de 1993 : l'interprétation, la modification et la résolution unilatérale du contrat public.

409. Le Conseil d'Etat rejoint l'interprétation de la Cour constitutionnelle.

« Les arbitres ne peuvent pas juger des actes administratifs car ceux-ci constituent des prérogatives propres à l'Etat qui sont exorbitantes aux rapports contractuels entre particuliers. » ⁶⁶⁵ « En matière de contrats publics,

⁶⁶³ Cette formule a été utilisée par la Cour constitutionnelle dans le dispositif de la décision C-1436/00 par laquelle elle fait une réserve interprétative des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993.

⁶⁶⁴ Conseil d'Etat, *Porvenir vs. Incoder*, 36252, (10-06-2009).

⁶⁶⁵ *Consortio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima*, 19333. Cette position a été confirmée par les décisions suivantes : *Departamento de Casanare*, 16718 ; *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021.

la loi a *donné faculté* aux parties de choisir l'arbitrage, sauf en ce qui concerne le contrôle juridique des actes administratifs car cette compétence n'est pas énoncée expressément dans la loi 80 de 1993. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle a posé une réserve d'interprétation sur la constitutionnalité des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993, selon laquelle les arbitres, pour résoudre les conflits découlant de la passation, du développement, de la résiliation et du décompte du contrat public, ne peuvent pas juger les *actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels*. Ainsi, en vertu de la loi, les conflits découlant des contrats publics peuvent être soumis aux arbitres s'ils ne concernent pas le contrôle de légalité des actes édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels. » (Nous soulignons).⁶⁶⁶

Le Conseil rejette la qualification « d'acte administratif » qui serait donnée à un document qui est le résultat de l'accord des parties : « celui-ci ne peut pas être qualifié de décision unilatérale de l'administration ». ⁶⁶⁷ Il nie également la qualification d'acte administratif à « la communication n° 02362 par laquelle l'administration informe son cocontractant que l'inexécution des obligations contractuelles donne lieu à l'application de sanctions financières. Cette communication n'est pas une décision unilatérale de l'administration. L'administration a stipulé dans les clauses 22 et 23 du contrat, la procédure nécessaire à l'imposition de sanctions financières pour l'inexécution de l'objet contractuel. ⁶⁶⁸ Elle a donc renoncé par cette voie à la faculté de le faire unilatéralement. » ⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ *Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación*, 25154. Dans le même sens: *Inco vs. Coviandes*, 34239.

⁶⁶⁷ Conseil d'Etat, *Electrohidraulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté*, 25489, (14-04-2005).

⁶⁶⁸ L'administration est tenue de saisir le juge du contrat si l'acte administratif unilatéral qui impose une sanction financière est fondée sur une stipulation contractuelle entaché de nullité. *Sociedad Consorcio Nacional de ingenieros contratistas - Conic S.A. vs Fondo Rotatorio vial distrital de la Secretaría de Obras publicas del distrito capital de Bogotá - Fosop*, 14579.

⁶⁶⁹ *Consultoria Oscar Grimaux vs. Distrito Capital de Bogotá*, 19488.

410. Le Conseil d'Etat se réfère encore en 2007 aux PGD issus de l'arrêt du 23 février de 2000,⁶⁷⁰ mais il circonscrit la définition de l'« acte administratif contractuel » inarbitrable à celui « qui en vertu de la loi, constitue l'exercice des pouvoirs exorbitants que possède l'administration en matière de contrats publics, comme celui qui déclare la résiliation unilatérale pour manquement aux obligations contractuelles ». Il juge que « *la résiliation préalable du contrat est un réel acte administratif car il comporte l'exercice d'une prérogative légale* ». ⁶⁷¹ (Nous soulignons).

411. **Le Conseil d'Etat dépasse l'interprétation de la Cour constitutionnelle.**

Depuis l'année 2008, la position majoritaire du Conseil d'Etat est favorable à l'arbitrage au point qu'elle étend désormais les pouvoirs des arbitres au contrôle de validité des actes administratifs.⁶⁷² Or, la Cour constitutionnelle, dans la décision C-1436/00 conditionne la constitutionnalité des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993 à la réserve que les arbitres ne peuvent juger les différends relatifs aux actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels.

412. Même si dans le dispositif de la décision, la Cour constitutionnelle ne fait pas référence au contrôle de légalité, dans la motivation elle affirme bien à plusieurs reprises que le contrôle de légalité des actes administratifs appartient à la juridiction administrative qui en est le juge naturel.⁶⁷³

413. Le débat au sein du Conseil d'Etat reste, cependant, particulièrement vivant, les opinions dissidentes et individuelles étant toujours nombreuses.⁶⁷⁴ Cette situation illustre la fragilité de la jurisprudence administrative.

⁶⁷⁰ *Consortio Hispano Alemán vs. ETMVA*, 16394.

⁶⁷¹ *Loteria de Santander - Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander ENAPUESTAS U.T.*, 34302.

⁶⁷² Conseil d'Etat, *ETB vs. Celcaribe*, 33644, (27-03-08) ; *Porvenir vs. Incoder*, 36252.

⁶⁷³ *C-1436/00*.

⁶⁷⁴ Opinions dissidentes : **2 conseillers sur 5** en : *ETB vs. Celcaribe*, 33644. Conseil d'Etat, *ETB vs. Comunicacion Celular Comcel*, 33645, (27-03-08) ; *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846. Opinions individuelles: **1 conseiller sur 5 en**: *ETB vs. Celcaribe*, 33644. **2 conseillers sur 5**: *ETB vs. Celcaribe*, 33644.

414. **La modulation des PGD par la récente jurisprudence du Conseil d'Etat.** Nous pouvons identifier cinq arrêts qui contribuent à des transformations essentielles de la jurisprudence au regard des Principes Généraux du Droit consacrés par le Conseil d'Etat en 1997 et 2000. Les quatre premiers concernent des litiges relatifs à des contrats publics d'interconnexion du trafic d'appels internationaux⁶⁷⁵ et le dernier est relatif à un contrat de travaux publics. Dans les quatre premières décisions, la compétence arbitrale est mise en cause en raison de l'existence d'actes administratifs généraux et particuliers édictés par la Commission de régulation de Télécommunications (ci-après CRT).⁶⁷⁶ Dans le dernier, c'est à raison d'un acte administratif particulier édicté durant l'exécution du contrat de travaux publics.⁶⁷⁷

415. **Les affaires concernant la CRT.** Quatre arrêts ont donné lieu à des conflits touchant à la compétence de la CRT et surtout à celle des Tribunaux arbitraux pour juger des litiges découlant des contrats d'interconnexion. Le Conseil d'Etat est à chaque fois saisi par un recours en annulation des sentences arbitrales. Il a, à cette occasion, délimité les fonctions de la CRT et des arbitres afin de déterminer l'étendue de la compétence arbitrale par rapport aux actes administratifs généraux et particuliers émis par la CRT.

416. **La fonction de résolution des litiges des commissions de régulation et des arbitres.** La régulation économique est une fonction publique d'origine constitutionnelle (art. 365 et 370). Le législateur a défini les compétences des commissions de régulation en matière de services publics au titre V de la loi 142 de 1994. L'article 73.8 leur attribue une fonction générale de résolution de certains litiges contractuels alors que l'article 74.3-b attribue de manière spécifique à la CRT une fonction de résolution des conflits entre opérateurs. La Cour

⁶⁷⁵ *ETB vs. Celcaribe*, 33644 ; *ETB vs. Comunicacion Celular Comcel*, 33645 ; Conseil d'Etat, *ETB vs. Ocel*, 33643, (21-05-2008).

⁶⁷⁶ *ETB vs. Ocel*, 33643. *ETB vs. Celcaribe*, 33644 ; *ETB vs. Celcaribe*, 33644 ; *ETB vs. Celcaribe*, 33644. *ETB vs. Comunicacion Celular Comcel*, 33645. *ETB vs. Telefonica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846.

constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité de ces règles et observé que « la fonction des commissions de régulation a une nature administrative. »⁶⁷⁸

417. Ainsi, compte tenu du fait que la CRT détient la compétence de résolution des litiges contractuels entre les opérateurs, il était essentiel que le Conseil d'Etat détermine le domaine de compétence des arbitres en la matière. Une présentation sommaire des faits et du contenu des sentences arbitrales s'impose afin de déterminer la portée de l'évolution de la jurisprudence administrative.

418. **Les faits** qui ont conduit à recourir à l'arbitrage sont les suivants : les entreprises *Celcaribe*, *Comcel*, *Ocel* et *Telefónica Móviles de Colombia* ont souscrit avec l'Entreprise de Télécommunications de Bogotá (ci-après ETB) des contrats d'interconnexion du trafic d'appels internationaux. La valeur de ces contrats dépendait du tarif d'accès pour le trafic entrant. Nonobstant, la Résolution CRT 463 de 2001 octroie aux opérateurs de téléphonie mobile et de téléphonie basique commutée (comme l'ETB) la **faculté** de maintenir la rémunération stipulée dans leurs contrats d'interconnexion ou de se soumettre à une des deux conditions de rémunération fixées par cette Résolution. L'ETB a choisi de se soumettre à la Résolution 463 de 2001 pour les seuls contrats passés avec les entreprises *Edatei*, *Emcali*, *Etelsa*, et *Telecom Córdoba*. En l'absence de décision de l'ETB quant aux contrats passés avec *Celcaribe*, *Comcel*, *Ocel* et *Telefónica Móviles*, ces dernières ont demandé à l'ETB de leur appliquer le même traitement. Devant le refus de l'ETB, ces entreprises ont alors saisi la CRT afin qu'elle l'oblige à choisir entre les deux options prévues par la Résolution 463 de 2001. La CRT a rejeté la demande présentée par *Celcaribe*, *Comcel* et *Ocel* estimant qu'elle ne pouvait être saisie que par ETB et a réaffirmé que seule l'ETB avait la possibilité de faire ce choix. Les entreprises concernées ont donc saisi les instances juridictionnelles.⁶⁷⁹ Par contre,

⁶⁷⁷ *Porvenir vs. Incoder*, 36252.

⁶⁷⁸ Cour constitutionnelle, C-1120/05, (01-11-2005).

⁶⁷⁹ Les entreprises ont présenté des recours hiérarchiques afin d'obtenir la révocation des résolutions de rejet. Mais, les résolutions ont été confirmées.

la CRT a bien rendu une décision au fond dans l'affaire *Telefónica Móviles de Colombia*.

419. **Les arbitres** ont déclaré leur compétence dans ces affaires estimant que l'objet du litige est de nature économique et portait donc sur des droits disponibles. L'exception d'incompétence soulevée par l'ETB est jugée non recevable dans la mesure où *les actes administratifs de rejet édictés par la CRT n'ont pas résolu le conflit*. Les arbitres condamnent l'ETB ; ils considèrent que même si la Résolution CRT 463 de 2001 ETB établit une faculté discrétionnaire en faveur des opérateurs pour choisir entre le tarif stipulé dans les contrats et celui fixé dans la Résolution, l'ETB ayant déjà procédé à ce choix vis-à-vis de certaines entreprises, elle ne peut dès lors pas soumettre *Celcaribe, Comcel, Ocel et Telefónica Móviles* à une attente indéfinie. Le principe d'intégralité octroie, en effet, selon les arbitres, le droit à ces entreprises d'être rémunérées comme les autres. L'ETB est donc condamnée à rémunérer *Celcaribe, Comcel, Ocel et Telefónica Móviles* comme les autres opérateurs.

420. L'ETB a formé un recours en annulation contre chacune des sentences arbitrales. L'ETB considère que les Tribunaux d'arbitrage n'étaient pas compétents dans la mesure où la CRT s'était déjà prononcée par un acte administratif de rejet. Les décisions du Conseil d'Etat dans les affaires *ETB vs. Ocel, ETB vs. Celcaribe* et *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, sont d'une nature différente de celle rendue dans l'affaire *Telefónica Móviles*, dans laquelle la CRT avait pris une décision sur le fond.

421. **La position majoritaire.** Dans les affaires *ETB vs. Ocel, ETB vs. Celcaribe* et *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, le Conseil d'Etat a jugé que la nature du litige soumis aux arbitres est contractuelle, la prétention nettement économique et donc de nature disponible. La clause compromissoire ne limitait la compétence des arbitres qu'aux conflits nés de l'interprétation, de l'exécution, du développement, de la résiliation et du décompte du contrat

d'interconnexion.⁶⁸⁰ En conséquence, les arbitres étaient compétents pour résoudre le litige qui leur a été soumis. Pour le Conseil d'Etat, les arbitres ont cherché à déterminer si la Résolution CRT 463 était en vigueur au moment de la naissance du litige, si elle était applicable au cas d'espèce et si elle a produit des effets quant au tarif stipulé dans les contrats d'interconnexion,⁶⁸¹ sans juger de la légalité de la Résolution 463.⁶⁸²

422. Par ailleurs, compte tenu du fait que les actes administratifs édictés par la CRT n'ont pas résolu les prétentions des entreprises,⁶⁸³ le Conseil d'Etat considère que c'est au cours de l'instance juridictionnelle - que ce soit dans le cadre de la procédure arbitrale, si les parties en sont convenues, ou devant la juridiction administrative -, que les cocontractants de l'ETB peuvent définir leurs prétentions économiques.⁶⁸⁴ Le problème juridique soumis aux arbitres est donc nettement contractuel, et ne concerne en conséquence pas les fonctions administratives de la CRT.⁶⁸⁵ La décision de la CRT n'exclut donc pas la compétence arbitrale.⁶⁸⁶ En effet, admettre telle conclusion équivaldrait à permettre aux parties en saisissant la CRT d'exclure la compétence des arbitres.⁶⁸⁷

423. *Enrique Gil Botero* a émis une opinion dissidente dans les affaires *ETB vs. Celcaribe et ETB vs. Comunicación Celular Comcel*. Il estime que la saisine de la CRT a déclenché une procédure administrative et que les parties ne pouvaient dès lors saisir le Tribunal arbitral que pour les seuls litiges qui ne relèvent pas de la compétence de la CRT. Il considère, en effet, que la procédure administrative et la procédure arbitrale se fondent sur les mêmes prétentions.⁶⁸⁸ Les parties auraient dû, dès lors, saisir la juridiction administrative pour demander l'annulation des

⁶⁸⁰ *ETB vs. Celcaribe*, 33644. *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, 33645. *ETB vs. Ocel*, 33643.

⁶⁸¹ *ETB vs. Ocel*, 33643.

⁶⁸² *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, 33645. *ETB vs. Celcaribe*, 33644.

⁶⁸³ *ETB vs. Ocel*, 33643.

⁶⁸⁴ *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, 33645.

⁶⁸⁵ *Ibidem.* ; *ETB vs. Ocel*, 33643.

⁶⁸⁶ *ETB vs. Ocel*, 33643.

⁶⁸⁷ *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, 33645.

⁶⁸⁸ *ETB vs. Celcaribe*, 33644.

actes administratifs édictés par la CRT. M. Gil Botero se réfère ainsi aux PGD de non arbitrabilité des actes administratifs.⁶⁸⁹ Il estime clairement que les actes administratifs édictés par la CRT ne sont pas des actes administratifs contractuels mais des actes administratifs unilatéraux. La CRT est donc tiers au contrat. Dans le même sens, *Mauricio Fajardo Gomez* estime que la CRT avait déjà pris une décision administrative qui excluait la compétence des arbitres.⁶⁹⁰

424. A l'inverse, dans le cas *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia*, le Conseil d'Etat invoque les normes légales qui fondent la compétence de la CRT pour résoudre des litiges contractuels entre opérateurs et réaffirme le caractère administratif de sa fonction. Il rappelle que *Telefónica Móviles de Colombia* a saisi la CRT afin qu'elle ordonne à l'ETB la reconnaissance et le paiement de sommes dues en application des options prévues par la Résolution 463 de 2001. La CRT a donc décidé par la Résolution 1269 de 2005 : 1. Qu'elle était compétente pour résoudre le conflit, 2. Que l'ETB avait le droit de décider entre les options établies par la Résolution 463 de 2001. 3. Que l'ETB n'était pas obligée de décider dans le même sens pour toutes les interconnexions, mais pouvait décider au cas par cas, à sa convenance. 4. Que l'ETB devait donc rémunérer toutes ses interconnexions au regard des conditions fixées par la Résolution 643 de 2001. *Telefónica Móviles de Colombia* a alors adressé un recours hiérarchique qui a conduit à la Résolution 1303 de 2005. La CRT considère que « le concept d'intégralité est applicable à *Telefónica Móviles de Colombia* et que cet interconnexion doit être rémunérée selon les règles fixées à l'article 4.2.2.19 de la Résolution CRT 087 de 1997. »

425. Le Conseil d'Etat juge, quant à lui, que *Telefónica Móviles de Colombia* ayant saisi la CRT en même temps que le Tribunal arbitral, les actes administratifs édictés par la CRT n'étaient pas disponibles et les arbitres n'étaient donc pas compétents.

⁶⁸⁹ *Ibidem*.

⁶⁹⁰ *ETB vs. Comunicación Celular Comcel*, 33645.

426. *Les opinions dissidentes. Pour le Conseiller d'Etat Ruth Stella Correa Palacio*, il n'y a pas identité totale entre le litige résolu par la CRT et le litige résolu par les arbitres dans l'affaire *Telefónica Móviles de Colombia*. En effet, la CRT s'est prononcée sur le litige relatif au régime juridique applicable aux interconnexions, alors que le Tribunal arbitral est saisi du conflit découlant du litige contractuel lui-même. La prétention principale était donc la déclaration du manquement aux obligations contractuelles, et la prétention incidente l'indemnisation de préjudices causés par l'ETB. La CRT en tant qu'institution administrative n'avait pas, selon eux, compétence pour déclarer le manquement aux obligations contractuelles d'ETB. *Le Conseiller d'Etat Ramiro Saavedra Becerra* considère, également, que les prétentions soumises à la CRT et au tribunal arbitral sont différentes : la première concerne le régime applicable, la seconde le manquement aux obligations contractuelles. Le Tribunal arbitral n'a donc pas, selon lui, contrôlé la légalité des actes administratifs édictés par la CRT, pas plus que la Résolution 1303 de 2005 n'a résolu le conflit qui a donné lieu à la sentence arbitrale. En effet, le dispositif de la sentence arbitrale ne déclare la nullité d'aucun acte administratif. Par contre, il est vrai que le tribunal fonde sa décision sur les actes administratifs généraux et particuliers édictés par la CRT, ce qui ne contrevient pas à sa compétence. La compétence de la CRT est nettement administrative, elle ne peut donc pas s'étendre à des conflits contractuels qui sont de la compétence du juge du contrat.

427. **L'étendue de la compétence arbitrale par rapport aux actes administratifs généraux et particuliers émis par la CRT.** Pour le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *ETB vs. Celcaribe* du 27 mars 2008, l'interprétation des actes administratifs contractuels de caractère général ou particulier faite par les arbitres relève du pouvoir herméneutique qui appartient à tous les juges. Ils peuvent donc juger des problèmes d'application de l'acte administratif général dans le temps et déterminer s'ils sont en vigueur.

« La production d'effets juridiques des actes administratifs dépend de sa notification [...] La déclaration de l'entrée en vigueur ou de l'abrogation d'un acte administratif ne fait pas partie du contrôle de légalité d'un acte administratif général. Cette déclaration est une charge de diligence pour

tout opérateur juridique. Elle est nécessaire pour vérifier l'applicabilité d'une norme à un cas d'espèce et éviter l'application de normes abrogées [...] *En matière contractuelle* sont exclus de la compétence arbitrale : 1. les actes administratifs de contenu particulier édictés en vertu des pouvoirs exceptionnels aux termes de la décision C-1436/00 de la Cour constitutionnelle, et 2. les actes administratifs généraux édictés en vertu de l'activité contractuelle de l'administration. Les arbitres seront donc compétents pour résoudre les litiges découlant d'actes administratifs contractuels de contenu particulier qui ne sont pas le résultat de l'exercice des pouvoirs exceptionnels. [...]

En ce qui concerne les autres matières, les arbitres ne pourront pas juger la légalité des actes administratifs généraux, ainsi que des actes administratifs de contenu particulier qui appartiennent à la *compétence exclusive de la juridiction administrative en vertu d'une disposition légale expresse*. Les arbitres seront compétents sur les autres actes administratifs particuliers car ils sont susceptibles de transaction selon la lettre de l'article 115 du décret 1818 de 1998 (articles 70 et 71 de la loi 446/98). »⁶⁹¹ (Nous soulignons).

Avec cette décision, le Conseil d'Etat juge non seulement les types d'actes administratifs contractuels exclus de la compétence arbitrale, mais définit également les limites à l'arbitrabilité d'autres types de litiges qui concernent l'administration. Or, la loi 80 de 1993 limite la compétence arbitrale aux litiges découlant des contrats publics. *Avec cette décision, le Conseil d'Etat consacre donc la capacité générique de l'administration à compromettre pour résoudre des litiges découlant des actes administratifs particuliers susceptibles de transaction.*

428. Le Conseil d'Etat va même au-delà dans l'arrêt *ETB vs. Comunicación Celular Comcel* rendu à la même date. Il se réfère d'abord à un extrait de la décision constitutionnelle 1436/00, et interprète ensuite le contenu des règles relatives à la

⁶⁹¹ Ainsi, lorsque les arbitres déclarent que la résolution 469 du 2002 de la Commission de Régulation des services publics n'a pas dérogé au contenu de la Résolution 463 du 2001, ils font l'interprétation que devrait faire n'importe quel juge afin d'appliquer l'acte administratif à un cas d'espèce. *ETB vs. Comunicacion Celular Comcel*, 33645.

conciliation, qu'il estime applicable en matière d'arbitrage, pour fonder sa décision. Il affirme que « *les actes administratifs qui ne procèdent pas de l'exercice des pouvoirs exceptionnels sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage dans la mesure où leur contenu porte sur des droits disponibles.* » (Nous soulignons).

429. Il rappelle que : « la Cour constitutionnelle, dans la décision C-1436/00 a estimé que lorsque le litige soumis aux arbitres implique des discussions de nature patrimoniale nées d'un acte administratif, les arbitres peuvent résoudre le litige en tant que juges transitoires. Mais, ils n'ont pas de compétence pour juger la légalité des actes administratifs tels que ceux qui déclarent la résiliation-sanction d'un contrat public, sa résiliation, sa modification ou son interprétation unilatérale car dans ces hypothèses, l'Etat agit dans l'exercice de sa fonction publique, fondée sur l'intérêt général et qui est d'ordre public. En conséquence, cet acte n'est pas disponible pour les parties et la résolution des litiges qui en découlent appartient à la compétence de la seule juridiction administrative, juge naturel de la légalité des actes de l'administration, d'après les articles 236, 237 et 238 de la constitution ».

Il se réfère ensuite aux articles 70 et 71 de la loi 446 et l'article 2 du décret 1818 de 1998 relatifs à la conciliation afin de les appliquer, par analogie, à l'arbitrabilité des litiges.

Article 70 de la loi 446 de 1998 : Les personnes morales de droit public peuvent concilier totalement ou partiellement, dans les étapes judiciaires ou pré-judiciaires, à travers leurs représentants légaux ou leurs avocats, sur les conflits particuliers et de contenu économique dont la résolution appartient à la compétence de la juridiction administrative en vertu des actions prévues par les articles 85, 86 et 87 du Code de procédure administrative.⁶⁹²

Article 71 de la loi 446 de 1998 : Les effets économiques des actes administratifs de contenu particulier peuvent être soumis à conciliation si une des conditions de l'article 69 du Code de procédure administrative est

⁶⁹² Action de simple nullité, et de plein contentieux.

remplie. En ce cas, une fois la conciliation approuvée, l'acte administratif est substitué par l'accord des parties.

Article 2 du décret 1818 de 1998 : Les matières susceptibles d'être résolues par voie de transaction, à laquelle les parties peuvent renoncer, et celles fixées expressément par la loi pourront être objet de conciliation »

Vu les articles 70 et 71 de la loi 446 de 1998, l'article 2 du décret 1818 de 1998 et la motivation de la décision C-1436/00 de la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat conclut, à propos de la compétence des arbitres pour contrôler la légalité des actes administratifs, que :

« En matière contractuelle sont exclus de la compétence arbitrale 1. Les actes administratifs de contenu particulier édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels dans les termes prévus par la Cour constitutionnelle dans la décision C-1436/00, et, 2. Les actes administratifs généraux édictés en vertu de l'activité contractuelle de l'administration. En conséquence, peuvent être soumis à l'arbitrage, les actes administratifs contractuels de contenu particulier, ne concernant pas l'exercice des pouvoirs exceptionnels car ils sont disponibles d'après la décision constitutionnelle C-1436/00 et les articles 70 et 71 de la loi 446/98.

En ce qui concerne les autres matières, sont exclus de la compétence arbitrale : 1. Les actes administratifs généraux, ainsi que 2. Les actes administratifs de contenu particulier dont la résolution appartient à la compétence exclusive de la juridiction administrative en vertu d'une disposition légale expresse. Peuvent donc être soumis à l'arbitrage les actes administratifs de contenu particulier car leur contenu est disponible aux termes des articles 70 et 71 de la loi 446 de 1998, et l'article 115 du décret 1818 de 98. »⁶⁹³ (Nous soulignons).

430. L'affaire relative au contrat de travaux publics : la manifestation expresse du Conseil d'Etat sur le changement de sa position sur les « actes

⁶⁹³ ETB vs. Celcaribe, 33644.

administratifs contractuels ». Dans l'arrêt *Porvenir vs. Incoder* du 10 juin 2009, le Conseil d'Etat limite l'arbitrabilité des actes administratifs contractuels aux seuls actes administratifs visés par l'article 14 de la loi 80 de 1993.⁶⁹⁴

431. Les fondements de cette décision sont les suivants:

« La loi dispose de manière expresse du caractère disponible des actes administratifs (article 115 du décret 1818 de 1998) lorsqu'elle permet la conciliation d'actes administratifs de contenu particulier. Ainsi, même si les litiges découlant de ces actes sont de la compétence de la juridiction administrative en vertu des articles 85 et 87 du Code de procédure administrative, les actes administratifs contractuels de caractère particulier et de contenu économique sont disponibles. *Le Conseil d'Etat modifie donc sa position jurisprudentielle.* Ainsi, à l'exception des actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels (article 14 de la loi 80 de 1993) auxquels la Cour constitutionnelle a conditionné la constitutionnalité des articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993, *tous les autres actes administratifs contractuels édictés par l'Etat peuvent être soumis à l'arbitrage afin d'obtenir les déclarations nécessaires sur leur validité et leurs effets.* En aucun cas les arbitres ne peuvent être compétents pour suspendre de manière provisoire les dits actes contractuels car l'article 238 de la constitution a réservé cette compétence à la juridiction administrative. »⁶⁹⁵ (Nous soulignons).

432. L'analyse critique des pouvoirs juridictionnels des arbitres à l'égard des actes administratifs occupera la deuxième partie de notre travail.⁶⁹⁶ Pour l'instant, il convient de souligner que cet arrêt n'a pas non plus été rendu de manière unanime. Trois magistrats ont émis des opinions dissidentes qui fragilisent cette nouvelle jurisprudence.

⁶⁹⁴ *Porvenir vs. Incoder*, 36252.

⁶⁹⁵ *Ibidem.*

⁶⁹⁶ Voir particulièrement n° 569 et s.

Le Conseiller d'Etat Ramiro Saavedra Becerra estime que les arbitres n'ont pas de compétence pour juger la validité des actes administratifs dans la mesure où la légalité est une matière indisponible.

Le Conseiller d'Etat Myriam Guerrero Escobar manifeste son désaccord avec les motivations de l'arrêt dans la mesure où elle estime que les actes administratifs sont la manifestation de *l'imperium* et donc des pouvoirs unilatéraux de l'Etat. Ainsi, les actes visés à l'article 14 de la loi 80 de 1993 ne sont pas les seules manifestations unilatérales de l'administration, les actes administratifs d'imposition de sanctions économiques ou du décompte unilatéral du contrat, etc. [...] constituent également des décisions que les particuliers ne peuvent pas prendre dans leurs rapports contractuels avec l'administration. Le juge administratif est donc, selon elle, le juge naturel de la légalité de tous les actes administratifs contractuels car ceux-ci ne sont pas de nature disponible. Elle rappelle que l'article 71 de la loi 446 de 1998 autorise le recours à la conciliation sur les actes administratifs particuliers de contenu économique, mais ne l'autorise pas sur la question de leur légalité. La légalité ne peut donc être objet de transaction entre particuliers.

Le Conseiller d'Etat Enrique Gil Botero estime que lorsque l'article 238 de la constitution attribue à la juridiction administrative la compétence pour suspendre les effets des actes administratifs, elle établit une réserve de juridiction vis-à-vis des actes administratifs au profit de la juridiction administrative. Il observe que la décision C-1436/00 de la Cour constitutionnelle fait obstacle à ce qu'un pouvoir exorbitant de l'Etat soit soumis à l'arbitrage. Le Conseil d'Etat ne peut donc pas, selon lui, attribuer aux arbitres compétence pour juger la légalité des actes administratifs dans la mesure où une telle décision est contraire à l'article 238 de la constitution. En conséquence, pour M. Gil Botero, les motifs de l'arrêt dont il se sépare ne peuvent avoir la valeur que d'un *obiter dictum*.

433. **La portée de l'arrêt Incoder.** Le Conseil d'Etat revient avec cette décision à une interprétation stricte de la même limitation légale existant sous le régime du décret 222 de 1983 (dérogé par la loi 80 de 1993). Il dépasse ainsi l'interprétation de la Cour constitutionnelle dans la décision C-1436/00 et affirme clairement que

seul le contrôle de légalité des actes administratifs énoncés par l'article 14 de la loi 80 de 1993 appartient à la compétence juridiction administrative. Cependant, même si le Conseil d'Etat modifie de manière expresse sa position jurisprudentielle, nous ne pouvons pas, pour autant, affirmer que la portée de cette décision est certaine et définitive dans la mesure où elle ne représente pas la position unanime du Conseil d'Etat sur la question.

*

* *

434. La juridiction administrative n'a pas de « compétence exclusive » en matière contractuelle car la loi 80 de 1993 attribue aussi bien à la justice arbitrale qu'à la juridiction administrative la résolution des litiges découlant des contrats publics.

435. Certes, la juridiction administrative est le juge de droit commun de l'administration. Elle possède la compétence générale sur les litiges qui concernent l'administration sauf exception légale : la loi 80 de 1993 permet de manière expresse un partage des compétences entre la juridiction administrative et la justice arbitrale. Ce sont donc les parties au litige contractuel administratif qui décident d'écarter la juridiction administrative à travers une convention d'arbitrage valable.

436. Si la détermination de l'arbitrabilité des litiges concernant les « actes administratifs contractuels » a donné lieu à maintes controverses interprétatives, la jurisprudence constitutionnelle et administrative s'est consolidée autour de l'impossibilité des arbitres de juger « les actes administratifs édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels ». Ces actes administratifs unilatéraux sont donc inarbitrables. En conséquence, le juge compétent pour juger la validité de ces actes est le juge administratif.

437. L'arbitrabilité objective ne concerne alors que les litiges relatifs aux droits subjectifs disponibles découlant de la passation, de l'exécution ou du décompte des contrats publics.

Conclusion du deuxième titre

438. Si les critères d'arbitrabilité objective sont profondément ancrés dans la loi, les difficultés pour déterminer le domaine arbitral découlent, en général, de l'harmonisation entre les éléments de droit public et de droit privé présents dans l'arbitrage des contrats publics. Mais, la difficulté la plus importante découle du choix du législateur de 1993 de garder le silence sur l'arbitrabilité des litiges.

439. Nous avons étudié la transposition des limites jurisprudentielles aux statuts des contrats publics de 1976 et 1983. Les limites jurisprudentielles nées avec le statut de 1964 se sont consolidées et ont trouvé leur légitimité dans les statuts contractuels. L'arbitrabilité des litiges découlant des contrats administratifs a été alors restreinte par le législateur pendant 17 ans (entre 1976 et 1993).

440. Le changement législatif de 1993 a déconcerté les opérateurs juridiques et la jurisprudence cherche une issue à cette confusion. Elle se consolide autour de l'interdiction faite aux arbitres de juger les litiges découlant des actes administratifs édictés en vertu des pouvoirs exceptionnels de l'administration. Cependant, si la jurisprudence était, dans un premier temps restrictive, elle a fait preuve d'une plus grande libéralité lorsqu'elle a admis la possibilité que les arbitres exercent un contrôle de validité des actes administratifs. Or, si le contrôle de validité des actes administratifs est un contentieux objectif, l'arbitre est un juge des droits subjectifs. Le contentieux objectif n'appartient, à notre sens, qu'au juge administratif.

441. Si l'arbitre exerce des fonctions juridictionnelles, il n'est pas pour autant un juge étatique. Nous ne considérons donc pas qu'il soit souhaitable que l'arbitre devienne le juge de la légalité des actes administratifs. L'arbitrage deviendrait alors

une institution juridique d'une autre nature. L'unification de la jurisprudence est, en tout état de cause, fortement souhaitable.

Conclusion de la première partie

442. La réforme législative de 1993 génère de nombreuses incertitudes quant au domaine réellement arbitrable. La loi n'établit pas de limites à l'arbitrabilité des litiges contractuels de l'administration alors que celles-ci étaient claires auparavant. La question que nous nous sommes posés est de savoir si l'arbitrabilité des contrats publics doit être réellement sans limites. Pour répondre à cette question, nous avons dressé certains constats en étudiant les deux volets de l'arbitrabilité.

443. Nous avons constaté, d'abord, que l'arbitrage en matière de contrats publics n'existe qu'en raison de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, ensuite, que l'arbitrage constitue une modalité d'administration de la justice.

444. L'arbitrabilité du litige est une condition de validité de la convention d'arbitrage. L'adéquation entre l'arbitrabilité subjective et l'arbitrabilité objective rend le litige arbitrable. L'application de ces notions aux contrats publics ne va pas sans difficultés compte tenu des règles spéciales qui régissent les fonctions des entités publiques.

445. Si la constitution, la loi des contrats publics et des conventions internationales autorisent la soumission des entités publiques à l'arbitrage, l'administration n'en est pas moins soumise au principe de légalité. Ces règles, parce qu'elles sont publiées, sont connues de tous y compris du cocontractant de l'administration. L'administration doit respecter les conditions de forme et de fond nécessaires à la passation de la convention d'arbitrage interne ou international et ce sous peine de nullité. Les parties doivent être vigilantes quant

aux conditions de passation afin de garantir son arbitrabilité. En conséquence, l'arbitrabilité subjective en matière de contrats publics est illimitée dans la mesure où aucune règle légale ou jurisprudentielle colombienne n'interdit aux entités publiques de soumettre leurs litiges contractuels à l'arbitrage.

446. La situation n'est pas aussi claire en matière d'arbitrabilité objective. Si la loi des contrats publics ne fixe pas de limites, elle dispose toutefois que le régime juridique applicable à l'arbitrage de ces contrats est le droit commun de l'arbitrage. Ainsi, seuls les litiges susceptibles de transaction peuvent être soumis à l'arbitrage. Au regard des règles du droit civil, les droits litigieux susceptibles de transaction sont ceux dont les parties ont la libre disposition. Enfin, nous avons cherché à savoir, au regard des principes du droit des contrats publics, quels sont ces droits disponibles.

447. L'administration, en tant que personne morale, est titulaire de droits subjectifs que le droit objectif lui reconnaît. Elle est sujet de droits et d'obligations lorsqu'elle recourt à la technique contractuelle. Cependant, le droit objectif attribue également à l'administration une fonction de direction et de contrôle du contrat public. Cette fonction se matérialise par des pouvoirs exceptionnels du droit commun. Si les clauses exceptionnelles traduisent le contenu exorbitant du contrat public, seule la menace d'une atteinte à la continuité du service public justifie leur mise en œuvre. L'exercice des pouvoirs exorbitants du contrat public est donc marginal.

448. Les problèmes d'interprétation de l'arbitrabilité objective des contrats publics viennent de l'imprécision de la notion d'« actes administratifs contractuels ». Il est en conséquence difficile de se prononcer sur la disponibilité de ces actes. La mise en œuvre des prérogatives exorbitantes se manifeste par l'édition d'actes administratifs unilatéraux. Il n'en est pas ainsi des actes de gestion du contrat public : ces actes sont contractuels. Les échanges relatifs à l'interprétation des obligations et des conditions de développement du contrat font partie des rapports normaux entre cocontractants. Les parties au contrat sont

en communication constante pour l'exécution de l'objet du contrat et peuvent même manifester leurs désaccords à ce propos. Lorsque ces échanges proviennent de l'administration, la qualification « d'acte administratif contractuel » est, selon nous, clairement inadéquate.

449. Le juge constitutionnel et le juge administratif ont jugé, dans un premier temps, que la juridiction administrative dispose d'un domaine de « compétence exclusive » sur « les actes administratifs contractuels », ce qui exclut la compétence de la justice arbitrale sur de tels actes. Or, la loi 80 de 1993 dispose que la répartition des compétences entre la justice arbitrale et la juridiction administrative dépend de la volonté des parties exprimée par une clause compromissoire ou par un compromis d'arbitrage valable.

450. La décision des parties au contrat public de soumettre leur litige à l'arbitrage permet de saisir le Tribunal arbitral et d'écarter la justice étatique. S'il est évident que la juridiction administrative est compétente pour les litiges relatifs aux actes administratifs unilatéraux qui mettent en œuvre les clauses exorbitantes, il n'y a pas de « compétence exclusive » de la juridiction administrative en matière de contrats publics.

451. La notion d'arbitrabilité objective ne dépend donc pas de l'application du critère de « compétence exclusive ». Ce critère est superflu parce que la compétence de la juridiction administrative est aussi « exclusive » sur les actes administratifs unilatéraux que celle du juge pénal sur l'application des peines ou celle du juge de famille sur le divorce. Le juge pénal, non plus que le juge de famille ou l'arbitre ne peuvent contrôler la légalité des actes administratifs : le législateur a attribué cette compétence au juge administratif. Le critère de « compétence exclusive » en tant que déterminateur de l'arbitrabilité objective des litiges est superflu car il n'apporte rien de nouveau à la compréhension de l'ordre juridique. Il ne génère que des difficultés dans la répartition des domaines de compétence de l'arbitre et du juge administratif.

452. Les actes administratifs unilatéraux ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage parce qu'ils ne sont pas disponibles. La décision administrative a été prise en vertu des considérations d'intérêt public liées à la continuité du service public. Le juge administratif, en tant que juge de la légalité, contrôle la conformité de l'acte administratif à la loi. Le contrôle de légalité est un contentieux objectif.

453. Une constante marque l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et administrative : l'arbitrage ne met pas en cause les principes fondamentaux du droit administratif, l'arbitrage est un choix des parties au contrat applicable aux litiges disponibles.⁶⁹⁷

L'arbitre, en tant que juge du contrat, n'est compétent que sur les contentieux subjectifs, c'est-à-dire ceux qui touchent aux droits disponibles des parties. L'arbitrabilité objective n'est donc limitée que par le caractère disponible des droits soumis à l'arbitrage. En ce sens, l'arbitrabilité objective des contrats publics n'est pas plus limitée que l'arbitrabilité objective d'autres types de contrat. Seule la nature disponible des droits litigieux permet l'arbitrage. Il n'y a donc pas de limites spécifiques à l'arbitrage des contrats publics.

⁶⁹⁷ Voir par exemple : *Ministerio de Comunicaciones ; Puertos de Colombia*, 973. Conseil d'Etat, *Banco Central Hipotecario vs. Estruco S.A.*, 6761, (18-06-1992) ; *Carbocol vs. Consorcio Domi-Prodeco-Auxini*, 5326 ; *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394 ; Conseil d'Etat, *Consorcio Recchi Spa Constuzioni - Generali Grandi Lavori - Fincosirt Spa vs. Invias*, 16256, (30-08-2001) ; *ETMVA vs. Consorcio Hispano Aleman*, 11477 ; *Instituto de Casas Fiscales del Ejercito Nacional vs. Raul Hoyos Villegas*, 8246 ; Conseil d'Etat, *Loteria del Tolima vs. Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A.* , 32846, (06-06-2007) ; Conseil d'Etat, *Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco*, 15469, (20-08-2007) ; Conseil d'Etat, *Municipio de Villavicencio vs. Compania Aseguradora de Finanzas S.A.* , 16380, (12-08-1999) ; Conseil d'Etat, *Pinski vs. Carbocol*, 10882, (16-06-1997) ; *Sadeico vs. Emcali*, 10468 ; Conseil d'Etat, *Auto, Sociedad Wintech de Colombia S.A.*, 10411, (29-03-1996). Conseil d'Etat, *Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia CORANTIOQUIA - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda.* , 32514, (27-09-2006).

Deuxième partie. Le régime juridique du droit commun de l'arbitrage est-il adapté à l'arbitrage des contrats publics ?

454. **La coexistence des régimes de droit public et de droit privé en matière de contrats publics.** La loi des contrats publics dispose que le droit applicable à ces contrats est le droit privé à l'exception des points réglés particulièrement par cette loi.⁶⁹⁸ La loi prévoit également l'exercice exceptionnel des prérogatives de puissance publique de l'administration lorsque la continuité du service public ou des considérations d'intérêt général sont en jeu.⁶⁹⁹ Le droit public n'intervient que lorsque l'administration exerce son rôle de direction et de contrôle sur l'exécution du contrat.⁷⁰⁰ Elle s'écarte ainsi de son rôle de cocontractant et exerce son pouvoir unilatéral de contrainte.

455. Il y a donc une identité des règles de droit privé applicables à l'administration et à son cocontractant provenant aussi bien de la nature du contrat que des stipulations contractuelles,⁷⁰¹ alors qu'il n'y en a pas lorsque l'administration agit en tant qu'instance de direction et de contrôle. En conséquence, l'administration exerce deux rôles différents pour lesquels le régime juridique applicable est également différent.

456. Le droit public et le droit privé s'appliquent donc au rapport contractuel dans un degré d'intensité différent. Or, si l'administration a un rôle de direction et de contrôle du contrat pour garantir la continuité du service public et le respect de

⁶⁹⁸ *Loi 80 de 1993. Articles 13 et 40.*

⁶⁹⁹ *Loi 80 de 1993. Article 14.*

⁷⁰⁰ *Loi 80 de 1993. Articles 13 et 40.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

l'intérêt public, ce rôle justifie-t-il l'application de règles contentieuses particulières à l'administration notamment en matière d'arbitrage? Le législateur ne semble pas avoir envisagé cette possibilité.

457. **Le renvoi du statut des contrats publics au régime du droit commun de l'arbitrage.** Les articles 70 et 71 de la loi 80 de 1993 règlent la convention d'arbitrage et l'article 74 règle l'arbitrage technique en matière de contrats publics.⁷⁰² L'article 70 renvoie aux dispositions de droit commun : « La désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral est régi par les normes en vigueur en la matière ».

458. Il convient de se demander pourquoi le législateur a fait un tel choix alors que, d'une part, la qualification du contrat public provient en Colombie de la présence d'une entité publique dans le rapport contractuel,⁷⁰³ et, d'autre part, qu'il existe un Code du contentieux administratif qui établit des règles spécifiques au contentieux contractuel de l'administration. Il s'avère essentiel de s'interroger sur l'évolution du régime juridique applicable au contentieux contractuel administratif et à l'arbitrage des contrats publics.

459. **L'évolution d'un régime contentieux est-il spécifique à l'administration ?** Dans la période de domination espagnole, « *las Reales Audiencias* » étaient les tribunaux de droit commun en Amérique Latine. Ces tribunaux avaient également compétence pour résoudre les litiges nés des actes du gouvernement des vice-rois et des gouverneurs. Le recours d'« *agravios* » était le recours qui permettait aux particuliers de se défendre des excès de l'administration, y compris en matière de contrats.⁷⁰⁴ Ce recours concernait les

⁷⁰² L'article 72 établissait les règles applicables au recours en annulation, mais compte tenu des difficultés nées de la disparité des critères entre celui-ci et le recours réglé par le décret 1818 de 1998, le législateur a décidé par la loi 1150 de 2007 (article 22) d'unifier le régime applicable à ce recours.

⁷⁰³ *Loi 80 de 1993. Article 2.*

⁷⁰⁴ ALFONSO GARCIA GALLO. Los principios rectores de la organización territorial indiana en el siglo XVI, en *AHDE*, T. XL., 1970 y La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI – XVIII, en *AHDE*, T. XLIV, 1974. Référence cité par JAIME

actes, généraux ou particuliers, qui produisaient des dommages à un particulier. Le droit espagnol a continué de s'appliquer tout au long du XIX^{ème} siècle, et ce malgré la rupture politique avec l'Espagne.⁷⁰⁵ A l'image des compétences de « *las Reales Audiencias* », les litiges qui concernaient l'administration publique relevaient de la compétence de la juridiction de droit commun, et certains de ces litiges de la compétence de la Cour suprême de justice.⁷⁰⁶

460. Bien que le Conseil d'Etat existe depuis 1815,⁷⁰⁷ il n'a eu, au XIX^{ème} siècle, qu'une fonction consultative.⁷⁰⁸ La constitution de 1886 confère pour la première fois une fonction juridictionnelle au Conseil d'Etat,⁷⁰⁹ mais celle-ci ne prend corps qu'à partir de 1914.⁷¹⁰ La loi n'octroie de compétence juridictionnelle au Conseil d'Etat en matière de contrats publics et de responsabilité extracontractuelle de

ORLANDO SANTOFIMIO. Tratado de derecho administrativo § Tome I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2^a Edición (2002). p. 289.

⁷⁰⁵ Dans ce sens, les constitutions de 1821, 1832, 1853 et 1858 ont établi que si les normes juridiques en vigueur n'étaient pas contraires à ces constitutions et aux nouvelles lois de la République, elles conserveraient leur force obligatoire. Ce n'est donc qu'avec l'article 15 de la loi 153 de 1887 que les règles juridiques espagnoles ont été abrogées.

⁷⁰⁶ L'article 110.2 de la constitution de 1830 attribue à la Cour suprême de justice la compétence envers les contrats passés par le pouvoir exécutif. Les constitutions de 1858 (Art. 49, al. 7, 9, 10, 11 et 13) et de 1863 (Art. 71 al. 6, 8, 9 y 10) attribuent à la Cour Suprême tous les litiges inter-administratifs, les contentieux avec les particuliers, les procédures d'expropriation, les contrats et les biens. L'article 151-3 de la constitution de 1886 a octroyé à la Cour suprême de justice la compétence générale relative aux litiges auxquels la nation était partie, et l'article 151-5 a déterminé la compétence de la Cour suprême pour décider de la validité ou de la nullité des ordonnances des départements objet de suspension par le gouvernement et attaquées devant les tribunaux par les sujets intéressés.

⁷⁰⁷ « Reforma del gobierno de las provincias unidas de la Nueva Granada » du 15 novembre 1815.

⁷⁰⁸ Le Conseil d'Etat a disparu comme conséquence de la reconquête espagnole, mais Simón Bolívar l'a institué à nouveau en 1817. Il n'a pas été confirmé par la constitution de 1821 qui a créé un Conseil consultatif du gouvernement. Bolívar, en exercice de ses pouvoirs dictatoriaux, a créé à nouveau un Conseil d'Etat qui a été institutionnalisé avec la constitution de 1830 en tant qu'organe auxiliaire du pouvoir exécutif. La constitution de 1832 octroie au Conseil d'Etat son indépendance à l'égard de l'exécutif, mais ses fonctions sont encore de nature consultative. La constitution de 1853 crée un Conseil du Gouvernement. Sur la fonction consultative du Conseil d'Etat, voir la présentation fait sur la page web du Conseil d'Etat colombien: <http://190.24.134.67/pce/funcionconsultiva.html>.

⁷⁰⁹ Il a donc une triple fonction : consultative, juridictionnelle et de préparation des projets de loi.

⁷¹⁰ La loi 30 de 1913 a créé la juridiction « contentieuse administrative » avec deux organes : le tribunal suprême, les tribunaux locaux.

l'Etat qu'en 1964.⁷¹¹ C'est pourquoi, le Code de procédure civile contient encore des dispositions spécifiques lorsque l'administration publique est partie à un litige. Il convient de remarquer que, curieusement, le législateur a également autorisé pour la première fois en 1964 l'arbitrage dans les contrats de travaux publics.

461. L'existence historique d'une juridiction administrative et d'un Code contentieux administratif ne se justifie donc pas en Colombie en raison de l'exigence d'un juge spécial de l'administration publique, non plus qu'en raison du statut juridique des personnes publiques.

462. *Le régime juridique applicable à l'arbitrage des contrats publics.* La Recompilation des lois des Indes ordonnée par le Roi Carlos V⁷¹² dispose que « les sentences rendues par les juges-arbitres, ou les juges-amis, et les transactions doivent s'exécuter selon le droit et les lois du royaume de Castille », ⁷¹³ parmi lesquelles « *Las siete partidas de Alfonso X el Sabio* ». ⁷¹⁴ En outre, la constitution espagnole de 1812 reconnaît (article 280) le droit des citoyens de mettre fin à leurs litiges à travers l'arbitrage (article 281) et donne valeur obligatoire à la sentence arbitrale.

463. A notre connaissance, le premier précédent d'arbitrage en matière de contrats publics est la décision de la Cour suprême de justice qui juge que les contrats passés par le gouverneur du département requièrent l'approbation de l'assemblée départementale y compris lorsqu'ils comportent une stipulation d'arbitrage.⁷¹⁵ Ce n'est donc qu'en 1936⁷¹⁶ que la Cour suprême de justice applique

⁷¹¹ La juridiction judiciaire a conservé désormais la compétence pour résoudre certains litiges relatifs aux intérêts privés de l'administration.

⁷¹² Le 10 décembre 1532.

⁷¹³ Recopilación de las Leyes de Indias, Libro V, Título X, Ley V. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm> consulté le 15 octobre 2010.

⁷¹⁴ « Las siete partidas » ont été rédigées entre 1256 et 1265 par une commission de juristes castillans sous la direction personnelle d'Alfonso X « le sage ». C'est un texte de droit commun fondé sur le droit romain de justinien, le droit canonique et le droit féodal.

⁷¹⁵ Cour suprême de justice, 5 novembre 1925. T. XXXII, p.6.

⁷¹⁶ *Gaceta judicial* n° 1917.

expressément le droit privé (article 1241 du Code judiciaire)⁷¹⁷ pour admettre la capacité des personnes publiques à se soumettre à l'arbitrage. La Cour déclare conforme au droit en vigueur l'application des règles régissant la procédure arbitrale à un arbitrage relatif à l'exécution d'un contrat public et, en conséquence, rejette le recours en annulation de la sentence arbitrale.⁷¹⁸

464. L'article 13 de la loi 4 de 1964 (première loi des contrats publics), dispose que les entités publiques peuvent soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs aux contrats de travaux publics dans les conditions fixées par la Loi 2 de 1938.⁷¹⁹ L'article 4 définit la forme de désignation du Tribunal arbitral et renvoie aux articles 1218 à 1227 du Code judiciaire l'organisation et le déroulement de la procédure. Le décret 150 de 1976 est silencieux, et les arbitres appliquent les dispositions du Code de procédure civile. Le décret 222 de 1983 fait, quant à lui, un renvoi exprès au Code de commerce pour la désignation des arbitres.⁷²⁰ Enfin, la loi 80 de 1993, actuel statut des contrats publics, dispose que « la désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral est régi par les normes en vigueur en la matière. »⁷²¹

465. Ni le Code de procédure contentieuse administrative, ni le droit commun de l'arbitrage colombien ne tiennent compte de la nature publique ou privée des parties au litige. Le Code de procédure contentieuse administrative est le corps de règles qui régissent la procédure applicable aux litiges de la compétence de la juridiction administrative.⁷²² Le droit de l'arbitrage a été compilé par le décret

⁷¹⁷ Ancien Code de procédure civile admettant la capacité des personnes publiques à passer de contrats de transaction.

⁷¹⁸ *Gaceta judicial n° 1917*. Sur la portée de ces arrêts voir n° 31 et s.

⁷¹⁹ La loi 2 de 1938 reconnaît la validité de la Clause compromissoire.

⁷²⁰ *Décret 222 de 1983. Article 76*. « Les arbitres seront désignés selon la forme prévue par le Code de Commerce ».

⁷²¹ *Décret 222 de 1983. Article 70*.

⁷²² La loi 130 du 13 décembre 1913 a créé le premier Code contentieux administratif. Il a déterminé la composition de la juridiction administrative, les attributions du ministère public devant la juridiction administrative, les règles applicables aux procédures entamées devant la juridiction administratives. La loi 167 de 1941 crée le deuxième Code contentieux administratif qui a été modifié par le décret 2733 de 1959 qui a introduit le droit de « *petición* », le décret 528 de 1964, la loi 50 de 1967 et la loi 11 de 1975. Le

1818 de 1998 et s'applique lorsque les parties à un litige décident de se soumettre à l'arbitrage, indifféremment de leur nature publique ou privée. Il n'est pas étonnant que le législateur colombien décide de soumettre l'arbitrage des contrats publics à un régime juridique de droit privé : c'est le résultat d'une évolution historique. Cependant, nous ne pouvons pas affirmer que parce qu'il y a une tradition historique relative à l'application d'une institution juridique, celle-ci est nécessairement adéquate aux besoins pratiques de l'arbitrage des contrats publics.

466. La présence d'une personne publique dans un rapport contractuel exige-t-elle un aménagement de la procédure contentieuse arbitrale ?

L'arbitrage a valeur constitutionnelle depuis 1991. Un nouvel élément à fort contenu de droit public imprègne ainsi l'interprétation et le développement de l'arbitrage interne et a des conséquences directes sur l'arbitrage interne et international. Nous nous demanderons alors s'il est vraiment nécessaire que le droit public régisse tous les domaines où l'intérêt public est en cause et une personne publique impliquée.

467. Même en matière contractuelle l'administration exerce un rôle de puissance publique. En plus de son rôle de cocontractant, elle a un rôle de direction et de contrôle du contrat. Cette situation justifie l'application des règles de droit privé dans la dimension égalitaire du rapport contractuel, et des règles de droit public dans la dimension inégalitaire de ce même rapport. Est-ce que l'exercice de l'un ou l'autre de ces rôles a une incidence sur la procédure applicable à la résolution du litige ?

décret 01 de 1984 crée le troisième Code contentieux administratif qui a fait l'objet d'une dérogation dans l'article 309 de la loi 1437 de 2011. Le nouveau code de procédure administrative et contentieuse administrative (loi 1437 de 2011) ne rentre en vigueur que le 12 juillet 2012. Le Code de procédure civile est une source supplétive du droit du contentieux administratif en Colombie. *Code de procédure administrative et contentieuse administrative. Article 306.* Dans les aspects qui ne sont pas réglés par ce Code seront applicables les dispositions du Code de procédure civile en tout ce qui est compatible avec la nature et la procédure qui se déroule devant la juridiction contentieuse administrative.

468. L'article 116 de la constitution octroie à l'arbitre des fonctions publiques juridictionnelles : il agit comme un juge, et ses actes sont juridictionnels ; la sentence arbitrale revêt l'autorité de la chose jugée. Nous nous demanderons si les arbitres, en tant que juges privés, deviennent des juges-arbitres « administratifs », lorsqu'ils jugent des litiges qui concernent l'administration, ou s'ils demeurent des juges « privés ». L'absence de lien de subordination entre les arbitres et l'Etat empêche-t-elle l'application de la procédure contentieuse administrative relative aux contrats publics ? Cette procédure serait-elle plus adaptée aux litiges contractuels de l'administration, même s'agissant d'arbitrage ? Pour répondre à ces questions, une analyse de l'application pratique du droit commun de l'arbitrage aux contrats publics s'impose (titre premier).

469. Il faut également observer que des mécanismes de contrôle sont prévus par le législateur afin de garantir la régularité de la procédure et de la sentence arbitrale. Il faudra relever la dualité qui existe entre l'attitude du fonctionnaire qui a compromis et le fonctionnaire qui doit faire face à une procédure arbitrale. Le premier compromet sans poser de problèmes, tandis qu'il est assez courant que le second mette en question, assez souvent sans fondements réels, les actes juridictionnels des arbitres. Le second n'hésite pas à se servir des moyens du droit public pour tenter d'échapper à son engagement arbitral. Une étude de ces moyens est nécessaire à la compréhension des jeux d'intérêts (publics et privés) présents dans la procédure arbitrale. Si le Conseil d'Etat, juge de l'annulation des sentences arbitrales, a le dernier mot sur la régularité de l'arbitrage, il n'a pas le dernier mot en matière de garantie des droits fondamentaux constitutionnels. Il faut analyser l'utilisation de ces différents mécanismes de contrôle au regard de l'efficacité et/ou de l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics (titre deuxième).

PREMIER TITRE. L'ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS EXIGE-T-IL UN REGIME SPECIFIQUE ?

470. **L'arbitrage dans le statut des contrats publics.** Nous avons vu que la règle générale est celle de l'application du droit privé aux contrats passés par les entités publiques. En matière d'arbitrage, la loi 80 de 1993 dispose que la désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral sont régis par les normes en vigueur en la matière.⁷²³

Il n'y a que trois articles qui règlent l'arbitrage dans la loi des contrats publics. Le premier règle la clause compromissoire, le deuxième, le compromis et le troisième, le recours en annulation. Ce dernier a été modifié par la loi 1150 de 2007 (article 22) qui unifie les causes d'annulation entre le droit public et le droit privé.⁷²⁴ Il convient, à ce stade de l'analyse, de se demander s'il existe une vraie spécificité des règles énoncées par la loi 80 de 1993 en comparaison avec les règles du droit privé de l'arbitrage afin de déterminer s'il y a besoin de règles spécifiques pour l'arbitrage des contrats publics.

471. Nous devons prendre en compte le fait que le droit constitutionnel irrigue le droit de l'arbitrage depuis sa consécration par l'actuelle constitution. Afin de cerner les contours de la constitutionnalisation de l'arbitrage, il faut se demander, d'abord, si dans le contexte colombien, il était nécessaire de consacrer l'arbitrage au niveau constitutionnel en 1991; il s'agira ensuite d'analyser les conséquences de cette intégration constitutionnelle sur le contentieux relatif aux contrats publics.

472. **L'incidence de la constitution sur le régime de l'arbitrage.** De nombreuses études démontrent que l'arbitrage existe depuis longtemps, avant

⁷²³ *Loi 80 de 1993. Article 70.*

⁷²⁴ Les causes d'annulation des sentences arbitrales issues de litiges concernant des contrats publics sont aujourd'hui les mêmes causes que celles des contrats de droit privé.

même toute consécration constitutionnelle.⁷²⁵ L'arbitrage colombien a, d'ailleurs, été encadré par la loi elle-même tout au long des XVIII^{ème}, XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. L'approche constitutionnelle de l'arbitrage n'a été ébauchée qu'à partir de 1969 lorsque la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice a déclaré sa conformité à la constitution.⁷²⁶

Il est clair que l'existence et l'acceptation de l'arbitrage ne dépendait pas de sa définition constitutionnelle. Cette situation rejoint d'ailleurs le propos du doyen Georges Vedel quand il affirme que « [...] *ce n'est pas dans la constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence, c'est la constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes* ». ⁷²⁷

Il faut cependant bien faire observer que la Colombie n'est pas le seul pays à avoir constitutionnalisé les règles relatives à l'arbitrage : une telle démarche est courante au niveau régional.⁷²⁸ Elle paraît s'inscrire dans un phénomène de constitutionnalisation du droit, plus particulièrement en matière de droits fondamentaux. Cette dynamique concerne l'ensemble des branches du droit.⁷²⁹

⁷²⁵ Voir : EMILSEN GONZALES DE CANCINO. *Arbitraje Romano*, in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2005), EDUARDO SILVA ROMERO. ed., 21 - 40 ; JULIE VELISSARO-POPOULOS-KARACOSTAS. *L'arbitrage dans la Grèce antique. Epoques archaïque et classique*, Revue de l'arbitrage, 9 (2000) ; JEAN HILAIRE. *L'arbitrage dans la période moderne (XVI^{ème}- XVIII^{ème} siècle)*, Revue de l'arbitrage, 2, 185 - 226 (2000).

⁷²⁶ Voir n° 32 et 35.

⁷²⁷ GEORGES VEDEL. *Propos d'ouverture*, in *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, (1998), Sous la direction de BERTRAND MATHIEU. p.15.

⁷²⁸ Le souci de protection des Etats face aux puissances étrangères a justifié dans les anciennes constitutions latino-américaines l'inclusion de restrictions constitutionnelles à l'arbitrage international. Voir à ce propos n° 48.

Actuellement, les constitutions latino-américaines suivantes règlent l'arbitrage : constitution Bolivienne de 1995 (article 24), constitution Colombienne de 1991 article 116, constitution Equatorienne de 1998 (article 14), celle du Costa Rica de 1949 révisée 52 fois jusqu'en 2002 (art.43), Constitution du Guatemala de 1993 (art.171), constitution du Honduras 1982 article 110, celle d'El Salvador de 1983 (art.23), constitution Panaméenne de 2004 article 202, celle du Paraguay de 1992 (art. 248), constitution Péruvienne de 1993 (art.62, 63, 139.1) et constitution Vénézuélienne de 1999 (art. 253 et 258).

⁷²⁹ Voir à ce propos : BERTRAND MATHIEU. MICHEL VERPAUX. *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica. (1998) ; LOUIS FAVOREAU. *La constitutionnalisation du droit, in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, (1996), 25 - 41. NICOLAS GAMBOA MORALES. *Constitución y Arbitraje ¿un nuevo campo de tensión?*, in *La Constitucionalización del derecho privado*. Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia,, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. 353-364 ; EDUARDO SILVA ROMERO. *De la inexorable*

Cependant, celle-ci doit être considérée comme relativement secondaire si l'on tient compte du nombre d'États où l'arbitrage est réglé exclusivement par la loi.

473. Une telle tendance n'est pas non plus nouvelle. En effet, l'article 5 de la constitution française du 3 septembre 1791 (Chapitre V. Du Pouvoir Judiciaire) dispose que « le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif. ». L'article 280 de la constitution espagnole de 1812 proclame également le droit des espagnols à mettre un terme à leurs litiges à travers des juges-arbitres élus par les parties. Le Chili consacre, dès 1823, aux articles 177 à 199 de la constitution des principes applicables à l'arbitrage, alors que l'article 190 de la constitution vénézuélienne de 1832 garantit également le droit des citoyens de recourir à l'arbitrage. Nous avouons ignorer les conséquences exactes du traitement constitutionnel sur le développement de l'arbitrage à cette époque. Il est cependant clair que de telles normes s'intégraient au régime de l'arbitrage et garantissaient la faculté de compromettre.

colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina, in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. 341-352 ; ALFREDO DE JESUS. El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. 391-404 ; FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. La "Constitucionalización" del derecho privado, in in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. 23-38 ; CRISTIAN CONEJERO ROOS. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?, in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE. 365-390 ; ALEXIS MOURRE. Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje. in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET. SÉBASTIAN RIOS LABBE, 281-300.

474. Nous ne pouvons pas affirmer que le phénomène de constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine soit isolé de la pratique de l'arbitrage à l'échelle mondiale.⁷³⁰ En effet, même si l'arbitrage n'est pas constitutionnalisé dans beaucoup d'autres pays, « *le droit processuel est placé sous l'emprise du droit international des droits de l'Homme. Il s'agit bien sûr de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi d'autres textes tels que le Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par plus de 170 Etats dans le monde, de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme du 22 novembre 1969, de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 28 juin 1981, ou encore de la Charte arabe des droits de l'Homme du 15 septembre 1994. Il faut donc appréhender la notion de « constitutionnalisation » au sens large, comme réception de valeurs d'importance constitutionnelle par le droit judiciaire privé.* »⁷³¹ Dans le cadre de telles conventions internationales, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont établi que la renonciation au juge étatique à travers le recours à l'arbitrage ne menace pas l'accès à l'administration de justice.⁷³²

475. **L'évolution de la consécration constitutionnelle de l'arbitrage en Colombie.** Afin de comprendre la raison de la constitutionnalisation de l'arbitrage en Colombie, il convient de rappeler que la constitution de 1991 est née d'une grave crise politique résultant de l'instabilité causée par la violence politique, des processus de paix infructueux avec certains groupes insurgés mais aussi de l'incapacité de l'État de contrôler le narcotrafic. L'assassinat du leader politique Luis Carlos Galán Sarmiento en 1989 a été le déclencheur du plus important mouvement étudiant de l'histoire colombienne, lequel a abouti à la proposition de

⁷³⁰ Voir à ce propos CHARLES JARROSSON. *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Revue de l'arbitrage, 4, 573-607 (1989). ALEXIS MOURRE. *Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme*, Gazette du Palais, 337, 16 (2000).

⁷³¹ ALEXIS MOURRE. *Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje*, in *La Constitucionalización del derecho privado*, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Sous la direction de CHRISTIAN LARROUMET, SÉBASTIAN. RIOS LABBE. 281-300. p.285.

⁷³² Cour EDH, 18 février 1999, *Beer et Regan c. Allemagne* et *Waite et Kennedy c. Allemagne*. Ces arrêts peuvent être rapprochés de ceux rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation

convocation d'une assemblée constituante. Le gouvernement a organisé une consultation populaire pour le changement de constitution, laquelle a été approuvée par 89% des votants. L'espoir de sortie de crise s'est cristallisé dans ce nouveau texte constitutionnel, incluant les forces politiques ayant rendu les armes (mouvement du 19 avril, M-19), les partis politiques libéraux et conservateurs ainsi que les minorités culturelles colombiennes.

476. La constitution de 1991 est donc le résultat d'un mouvement pluraliste qui intègre diverses tendances politiques, au point que nous pouvons affirmer qu'il existe actuellement un sentiment populaire impliquant que tout ce qui est important doit être inscrit dans le texte constitutionnel : « *aujourd'hui les gens invoquent la constitution dans n'importe quel contexte : comme fondement d'une prétention d'indemnisation de préjudices, dans la motivation d'un jugement relatif à des obligations alimentaires, dans le discours d'un leader politique sur une place publique, dans les cafés qui bordent la plaza de Bolívar et à l'occasion des parties de cartes qui ont lieu dans les clubs sociaux* ». ⁷³³ L'arbitrage ne pouvait donc être exclu du texte constitutionnel. Il a été mentionné lors des différents débats de l'Assemblée constituante.

477. Le Ministre du gouvernement, dans un discours tenu devant l'Assemblée constituante, a affirmé que la pacification durable requiert un renforcement de l'administration de la justice. ⁷³⁴ Pour le gouvernement, l'arbitrage et la conciliation sont des instruments de justice civique qui s'inspirent plus de la justice ou de l'équité que du formalisme légal. Il insiste sur l'importance de rapprocher le citoyen de la fonction juridictionnelle, à travers le développement des mécanismes

française le 14 novembre 1995 dans l'affaire *Hintermann c. Union de l'Europe Occidentale*, Bull. I, n°413. Commission EDH, 5 mars 1962, X. c. RFA, Rec. 8, p. 68.

⁷³³ FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *Constitución y controversia*, in *Controversias constitucionales* Editorial Universidad del Rosario (2009), FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. ed. 11-23. Spéc. p. 11.

⁷³⁴ Gazette constitutionnelle, 13-04-1991, n° 49A, p. 16/125.

www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_049_a.php.

d'arbitrage et de conciliation afin que les particuliers puissent, dans le cadre déterminé par la loi, résoudre les litiges liés à la vie quotidienne.⁷³⁵

478. Différents projets ont évoqué l'arbitrage lors des débats de l'Assemblée constituante. Le projet n° 3 (gazette constitutionnelle – ci-après GC n° 3) proclame qu'il est un des devoirs de l'Etat de promouvoir la conciliation, l'arbitrage ainsi que d'autres moyens destinés à la résolution pacifique des conflits collectifs de travail.⁷³⁶

La GC n° 66 contient une proposition d'insérer un article qui permette d'instaurer à côté des organes permanents d'administration de la justice et des autorités de justice des groupes ethniques, des juges de paix et des organismes de conciliation et d'arbitrage.⁷³⁷ Cette idée est reprise dans la GC n° 84, dans un chapitre dédié à l'administration de la justice, qui dispose que les particuliers administrent la justice en tant que jurys de conscience, tribunaux de conciliation ou d'arbitrage, et fait obligation à ces tribunaux de motiver leurs décisions.⁷³⁸ La GC n° 91 organise même les conditions de nomination des arbitres, les règles relatives au paiement des honoraires et les règles de preuve [...] ⁷³⁹

479. Les constituants se sont finalement accordés sur le texte suivant : « [...] *Les particuliers peuvent être investis temporairement de la fonction d'administrer la justice en tant que conciliateurs ou arbitres habilités par les parties à prononcer des décisions en droit ou en équité, dans les termes établis par la loi* ».

Cet article définit les conditions et les limites de l'arbitrage : il établit d'abord la faculté ou le pouvoir des parties au litige d'investir un particulier de la fonction d'administrer la justice et de rendre une décision en droit ou en équité ; il en fixe ensuite les limites (de manière temporaire et dans les termes établis par la loi).

⁷³⁵ Gazette constitutionnelle, 13-04-1991, n° 49A, p. 28/125. *Ibidem*.

⁷³⁶ Gazette constitutionnelle, 18-02-1991, n° 3, p. 5. Ce propos est confirmé dans les gazettes 11, projet de réforme constitutionnel n° 16, p.38/47 et dans la Gazette n° 22, p.33.

⁷³⁷ Gazette constitutionnelle, 03-05-1991, n° 66, p. 65/109.

⁷³⁸ Gazette constitutionnelle, 28-05-1991, n° 84, p. 22/105.

⁷³⁹ Gazette constitutionnelle, 06-06-1991, n° 91, p. 8/30.

Quant aux conditions de recours à l'arbitrage, la constitution ne distingue pas selon la nature des parties à l'arbitrage (publique ou privée, nationale ou étrangère). Les parties investissent les arbitres d'une mission juridictionnelle qualifiée par le constituant de « fonction d'administrer la justice » qui leur permet de rendre une décision en justice. Le constituant consacre la nature temporaire de l'arbitrage et laisse à la loi le soin d'établir les conditions du recours à l'arbitrage.

480. **La lecture constitutionnelle de l'article 116 de la constitution.** De la lecture de l'article 116 de la constitution, on pourrait déduire que le fondement constitutionnel de l'arbitrage s'y trouve. Cependant, la Cour constitutionnelle a affirmé à plusieurs reprises que :

« Les modes alternatifs de règlement des litiges trouvent leur fondement, non seulement dans la reconnaissance expresse de l'article 116 de la constitution, mais encore dans d'autres principes et valeurs constitutionnels. En effet, [...] la constitution institue un régime démocratique et de participation (article 1 de la charte constitutionnelle) qui permet la collaboration des particuliers à l'administration de la justice et au règlement de leurs conflits. D'ailleurs, il est possible que le législateur encourage la résolution des conflits directement par les parties, au moyen de la conciliation, par l'amiable composition ou par l'intervention de tiers comme les arbitres ou certaines autorités administratives. »⁷⁴⁰

L'arbitrage tire, comme nous venons de le voir, son fondement constitutionnel de l'article 116 mais aussi de principes et valeurs constitutionnels. La Cour constitutionnelle a révélé des principes qui modifient certains aspects essentiels du régime juridique de l'arbitrage en matière de contrats publics.⁷⁴¹ Ces principes sont liés, principalement, aux droits constitutionnels d'accès à l'administration de justice, dont l'arbitrage fait partie, au respect du principe du procès équitable et du contradictoire. Le respect de ces principes peut-être garanti à travers des actions constitutionnelles de protection des droits fondamentaux. « *Il faut accepter qu'une*

⁷⁴⁰ Cour constitutionnelle, C-163/99, (17-03-1999).

⁷⁴¹ Cour constitutionnelle, C-451/95, (04-10-1995) ; C-037/96 ; C-060/01 ; C-098/01 ; C-163/99 ; C-242/97 ; C-294/95 ; C-330/00 ; C-431/95 ; C-431/95 ; C-1436/00.

plus grande flexibilité du droit et une meilleure réception des droit fondamentaux s'accompagne d'un plus grand interventionnisme judiciaire. Cette évolution n'implique pas un conflit entre le droit public et le droit privé. Il s'agit d'une ouverture du droit privé aux garanties fondamentales. » ⁷⁴²

481. Les enjeux de la constitutionnalisation de l'arbitrage. La constitutionnalisation de l'arbitrage a entraîné d'importants changements quant à l'interprétation du régime juridique de l'arbitrage en Colombie. L'activité arbitrale en Colombie doit non seulement s'exercer en conformité avec le régime de protection des droits fondamentaux,⁷⁴³ mais aussi avec les principes qui régissent la fonction juridictionnelle puisque l'article 116 de la constitution octroie aux arbitres la fonction « d'administrer la justice ».

*L'arbitrage, quelles qu'en soient les modalités, s'insère aujourd'hui dans la recherche du même idéal de justice que celui que poursuivent les juridictions étatiques, ainsi que l'avait déjà pressenti H. Motulsky : à l'heure actuelle, la même philosophie du procès équitable imprègne les finalités et les principes d'organisation de toute forme de justice, publique ou privée, contribuant ainsi à instituer la fonction de juger sur des bases communément acceptées et respectées [Bruno OPPETIT. *Justice étatique et justice arbitrale*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), 416 - 426].*⁷⁴⁴

Les décisions de la Cour constitutionnelle garantissent les droits des « usagers » de l'arbitrage. Elle affirme que l'arbitrage ne constitue pas une limite au droit d'accès à la justice, mais une alternative qui doit garantir le respect des droits fondamentaux des parties, ainsi que les délais stipulés. L'autorisation de l'arbitrage « ne peut se concevoir comme une façon de limiter le droit fondamental d'accès à la justice que la constitution reconnaît aux citoyens. D'abord, n'importe quelle norme juridique édictée en matière d'arbitrage doit respecter les droits des citoyens à un procès équitable et à l'égalité entre toutes les personnes. Ensuite, les

⁷⁴² ALEXIS MOURRE. *Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje* Op cit. p.290.

⁷⁴³ Qui est contrôlé à travers l'action constitutionnelle de *tutela*. Voir à ce propos n° 299 et s. et 944 et s.

⁷⁴⁴ BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF. (1998). p. 117. Sur l'influence que la convention européenne des droits de l'homme aurait sur l'arbitrage voir aussi: ALEXIS MOURRE. *Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme*. Op. cit.

arbitres doivent respecter les délais légaux. Enfin, leurs décisions ont l'autorité de la chose jugée et pourront être éventuellement révisées par d'autres autorités. C'est pourquoi, il n'est pas possible d'affirmer que l'utilisation de l'arbitrage est une atteinte au principe qui assure l'accès à une administration de la justice rapide et efficace pour tous les citoyens [...] Bien que la Cour ait garanti la justice arbitrale comme un moyen alternatif de résolution des conflits, cela ne signifie en aucun cas que cette justice puisse être privilégiée par rapport à la justice de l'Etat. [...] Au contraire, il faut rendre plus forte la justice étatique afin qu'elle soit préférée. »⁷⁴⁵

482. L'article 116 de la constitution définit les deux aspects essentiels de l'arbitrage : la mission juridictionnelle de l'arbitre et la composante contractuelle de l'arbitrage.

483. Si l'arbitrage a une source contractuelle, quelles sont donc les dissemblances de l'arbitre par rapport au juge administratif ? Est-ce que l'arbitre continue d'être un simple particulier qui tranche le litige en fonction de la volonté des parties, ou, est-ce que la proximité de sa mission avec la fonction du juge administratif rend la portée de ses pouvoirs juridictionnels plus grande qu'auparavant ? Quelles sont les conséquences de l'exercice d'une fonction juridictionnelle par l'arbitre lorsque le litige qui lui est soumis porte sur un contrat public ? (Premier chapitre).

484. La procédure arbitrale étant soumise aux principes constitutionnels de la fonction juridictionnelle, y compris du procès équitable et du droit d'accès à la justice, elle présente de nouvelles garanties et ouvre également droit à la participation du Ministère public à l'instance. Elle est donc imprégnée d'une certaine rigidité qui se traduit par une juridictionnalisation du droit de l'arbitrage : celle-ci rassure les personnes morales de droit public, en rendant prévisible les

⁷⁴⁵ C-163/99.

règles applicables, mais s'adapte mal à l'arbitrage international (Deuxième chapitre).

Premier chapitre. L'immutabilité du statut de l'arbitre des contrats publics ou privés

485. La mission exercée par l'arbitre a été qualifiée par la constitution de « fonction ». Le choix du constituant ne paraît pas innocent car la « fonction d'administration de la justice »⁷⁴⁶ est bien définie à l'article 228 de la constitution comme une « fonction publique »⁷⁴⁷ qui garantit l'efficacité de l'exercice des droits, les garanties et les libertés des citoyens.⁷⁴⁸ Pour la Cour constitutionnelle, la notion de fonction publique englobe l'ensemble des fonctions exercées aux fins de l'action publique. Elles sont accomplies par l'Etat, à travers ses organes, des organes autonomes et indépendants et d'autres entités ou agents publics.⁷⁴⁹

486. La justice, considérée comme un service public par la constitution de 1886, est devenue une vraie fonction publique⁷⁵⁰ avec la constitution de 1991.⁷⁵¹ C'est

⁷⁴⁶ *SU-174/07*.

⁷⁴⁷ *Constitution. Article 228*. « L'administration de la justice est une fonction publique. Ses décisions sont indépendantes. L'exercice de l'administration de la justice est public et permanent ; la loi peut établir des exceptions dans lesquelles prévaut le droit substantiel ; les termes procéduraux sont obligatoires sous peine de sanction. Le fonctionnement de cette administration est déconcentrée et autonome. » La Cour constitutionnelle a réaffirmé que les arbitres exercent une « fonction publique » lorsqu'elle détermine que : « [...] si les arbitres exercent la fonction publique de l'administration de la justice, il est raisonnable que le législateur établisse le cadre légal en conformité avec la constitution. » *C-242/97*.

⁷⁴⁸ « Une des conditions essentielles de tout Etat social de droit est de pouvoir compter sur une administration de la justice adéquate. [...] L'administration de la justice est plus qu'un service public. Elle est, une fonction publique au sens de l'article 228 de la charte politique. C'est à dire que tous les tribunaux doivent rendre effectifs les propos de la constitution en matière de justice. L'Etat doit ainsi faire en sorte que l'administration de la justice soit efficace pour tous les citoyens » *C-037/96*.

⁷⁴⁹ Cour constitutionnelle, *C-037/03*, (28-01-2003).

⁷⁵⁰ La fonction publique implique le développement des tâches attribuées aux différents organes pour la réalisation des finalités de l'Etat. Elle doit satisfaire les intérêts généraux de la communauté, c'est pourquoi, elle doit se développer selon des principes qui garantissent l'égalité, la moralité, l'efficacité, l'économie, la célérité, l'impartialité et la publicité. Cour constitutionnelle, *C-631/96*, (21-11-1996).

⁷⁵¹ La constitution distingue clairement les concepts de fonction publique et de service public. Elle en attribue des contenus et des domaines différents. La fonction publique se manifeste à travers des mécanismes inhérents à l'autorité de l'Etat tandis que le service public se matérialise dans les

pourquoi toutes les instances juridictionnelles, y compris l'arbitrage, ont la responsabilité de mettre en œuvre les principes directeurs qui inspirent la constitution en matière de justice.⁷⁵²

487. En matière de contrats publics, l'article 70 de la Loi 80 de 1993 dispose que la désignation, la constitution, et le fonctionnement du Tribunal arbitral relève des règles en vigueur en la matière. En conséquence, les pouvoirs des arbitres dans l'instance arbitrale, et ce même en matière de contrats publics, sont ceux du droit de l'arbitrage contenus dans le décret 1818 de 1998 et les règles qui le complètent. Pourtant, l'arbitre agit en lieu et place du juge administratif. Pouvons-nous dès lors affirmer que l'arbitre, en tant que juge du contrat qui lie une personne publique, possède des pouvoirs équivalents à ceux du juge administratif ? Quel est alors le rôle et le statut de l'arbitre par rapport au juge administratif ?

Pour répondre à ces questions, il convient d'analyser les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle par les arbitres (première section), avant d'étudier l'étendue des pouvoirs juridictionnels de l'arbitre en matière de contrats publics (deuxième section).

Première section. Les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle par les arbitres

488. Les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle par le juge ou par l'arbitre sont en principe équivalentes : l'article 116 de la constitution octroie à l'arbitre des fonctions juridictionnelles. Or, si le juge et l'arbitre sont des tiers

prestations garanties par l'Etat aux particuliers (article 150.23). Cela empêche l'assimilation de ces concepts. *C-037/03*.

⁷⁵² *C-037/96*.

investis du pouvoir juridictionnel, le juge est nommé sur concours⁷⁵³ et appartient à un corps de fonctionnaires au service exclusif de l'Etat en Colombie⁷⁵⁴ alors que l'arbitre est nommé directement par les parties au litige. Celles-ci confient aux arbitres une mission que la constitution de 1991 élève au rang de fonction publique. Par ailleurs, malgré la dissemblance dans les modes de nomination de l'arbitre et du juge, l'arbitre est soumis au même régime juridique de responsabilité que les juges étatiques.

489. Si l'administration de la justice est une fonction essentielle de l'État, les personnes investies de l'autorité publique doivent résoudre les conflits de manière responsable, impartiale, indépendante, autonome et efficace.⁷⁵⁵ L'Etat définit donc des règles pour contrôler l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. La loi institue ainsi un rapport entre l'arbitre et l'Etat. Ce rapport autorise l'Etat à engager la responsabilité de l'arbitre en cas de violation des fonctions attribuées par la loi. (deuxième sous-section).

En conséquence, l'autorisation légale de l'arbitrage est une condition nécessaire, mais pas suffisante. L'arbitrage a une nature volontaire en droit colombien. C'est d'un accord qui découle la capacité des arbitres à rendre la justice. Un rapport, inexistant entre les parties et le juge étatique saisi, naît donc entre les parties au litige et les arbitres (première sous-section).

Première sous-section. Le rapport entre les parties et l'arbitre

490. **Le rôle de l'autonomie de la volonté.** Les arbitres sont des particuliers choisis par les parties au litige afin de résoudre un conflit par une décision

⁷⁵³ Sauf dans les cas de magistrats de la Cour suprême de Justice, le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle, qui sont nommés selon la forme déterminée par la constitution.

⁷⁵⁴ L'unique exception constitutionnelle au statut d'exclusivité des fonctionnaires publics est l'exercice de l'enseignement.

⁷⁵⁵ Cour constitutionnelle, C-242-06, (29-03-2006).

juridictionnelle définitive. Il s'agit donc d'un accord, ou pacte arbitral, duquel découle la capacité des arbitres à rendre la justice.⁷⁵⁶ *Les parties écartent ainsi la juridiction de l'Etat⁷⁵⁷ et confient aux arbitres une mission juridictionnelle.*

491. La Cour constitutionnelle juge que « le fondement de la justice arbitrale est l'acte de choisir l'arbitrage de manière volontaire et libre. En conséquence, l'habilitation des arbitres est une condition constitutionnelle impérative sans laquelle la justice arbitrale n'est pas possible. »⁷⁵⁸ Pour la Cour, « le trait caractéristique de l'arbitrage est la décision autonome et volontaire des parties d'écarter la juridiction étatique et de soumettre leurs différends aux arbitres qui auront la compétence pour résoudre un litige en vertu de l'habilitation des parties. »⁷⁵⁹ Bruno Oppetit remarque à cet égard que « *le juge privé, qui ne peut se prévaloir comme le juge public de l'insertion dans l'appareil d'Etat au nom duquel il dit le droit et tranche les litiges, puise dans son aptitude à juger une légitimité propre, fondée sur le capital symbolique que représentent sa capacité de jugement, sa compétence et sa neutralité : l'adhésion volontaire du justiciable se substitue à l'effet d'autorité que connaît seule la justice publique.* »⁷⁶⁰

492. **L'interdiction de l'arbitrage obligatoire.** Si la mission juridictionnelle des arbitres trouve son fondement dans la libre expression de la volonté des parties au litige de se soumettre à l'arbitrage, l'arbitrage obligatoire est, en principe, proscrit en droit colombien. La Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle une loi qui établit le recours à l'arbitrage obligatoire pour les litiges découlant des relations des entreprises prestataires de services publics avec les usagers. La Cour juge qu'« il n'y a aucun fondement juridique pour empêcher

⁷⁵⁶ « *Justice privée, l'arbitrage tire son origine de la volonté des parties : là où le juge public bénéficie d'une investiture générale à raison de sa qualité personnelle de magistrat, le juge privé qu'est l'arbitre n'a reçu des parties une mission de nature juridictionnelle qu'à l'effet de trancher le litige ou la catégorie de litiges pour lesquels il a été institué* » BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage. Op. cit.* p.32.

⁷⁵⁷Au travers de l'accord d'arbitrage, les parties au litige renoncent à faire valoir leurs prétentions devant les juges étatiques (article 117 du décret 1818 de 1998).

⁷⁵⁸ C-163/99. Voir dans les mêmes termes : C-242/97. C-163/99.

⁷⁵⁹ C-242/97.

⁷⁶⁰ BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage. Op. cit.* p.21.

les usagers des services publics de choisir la juridiction étatique [...] les différends nés entre les entreprises de services publics et les usagers peuvent être soumis à l'arbitrage sur le seul fondement de la liberté contractuelle des parties. [...] »⁷⁶¹ En conséquence, le libre choix entre l'arbitrage et la juridiction étatique est un droit «de rang constitutionnel. »⁷⁶²

493. L'arbitrage obligatoire n'est possible qu'en matière de conflits collectifs de travail touchant des services publics « essentiels ». En effet, la loi vise à éviter l'interruption des services publics « essentiels » lorsque la négociation directe ou la conciliation ont échoué. La Cour constitutionnelle fait alors prévaloir le principe de continuité du service public « essentiel » sur le droit des parties au litige de choisir entre la juridiction étatique et l'arbitrage.⁷⁶³

494. Rien n'oblige donc les parties au litige à soumettre leurs désaccords à l'arbitrage. Si elles le décident ainsi, elles choisissent ensemble des personnes privées, spécialisées dans l'objet du litige, dont la mission essentielle est de trancher le litige dans un délai fixé par les parties. En conséquence, un accord entre les parties sur la nomination de l'arbitre est nécessaire pour que celui-ci puisse mener à bien sa mission.⁷⁶⁴ Cet accord produit des effets aussi bien pour les arbitres (§2) que pour les parties (§1).

⁷⁶¹ L'arbitrage ne peut remplacer la juridiction étatique de manière absolue et indéfinie dans le temps, sous prétexte de sa rapidité. En effet, l'arbitrage n'est viable que de manière exceptionnelle et transitoire [...] C'est pourquoi, le législateur ne peut pas instituer de manière indéfinie l'arbitrage. *C-242/97*.

⁷⁶² « La protection du droit des parties à habiliter les arbitres pour trancher un litige est de rang constitutionnel. Par conséquent, ce droit doit être respecté y compris par la loi qui établira le cadre général pour son exercice. » Cour constitutionnelle, *C-893/01*, (22-07-2001).

⁷⁶³ « Le fondement de la conformité à la constitution de l'arbitrage obligatoire en matière de conflits collectifs de travail se trouve dans la garantie constitutionnelle de la continuité de la prestation des services publics essentiels lorsque la négociation directe ou la conciliation ont échoué. » *C-242/97*.

⁷⁶⁴ Voir à ce propos n°624 et s.

§1. Les devoirs et obligations des parties à l'arbitrage

Les parties au litige attribuent aux arbitres la mission de trancher le litige qui les oppose dans les limites fixées par la convention d'arbitrage. De cet accord naît donc une obligation de faire : coopérer au bon déroulement de l'instance arbitrale, une obligation de ne pas faire : éviter des manœuvres dilatoires, et une obligation de donner : payer les coûts de l'arbitrage.

495. **Les parties doivent coopérer au bon déroulement de l'instance arbitrale.** . Si l'arbitrage a une nature volontaire, la première des obligations des parties au litige est de coopérer à l'instance arbitrale. L'arbitre n'est pas subordonné aux parties même si elles lui octroient son investiture. Les parties doivent coopérer et avoir un comportement loyal pendant la procédure pour que l'arbitre puisse accomplir correctement sa mission.

496. **Les parties doivent éviter les manœuvres dilatoires.** Le législateur fixe des règles pour que les parties n'exercent pas de recours abusifs n'ayant d'autres buts que de retarder la procédure.⁷⁶⁵ L'obligation de loyauté et de coopération à l'instance arbitrale est le corollaire de l'obligation qu'ont les parties d'éviter des manœuvres dilatoires.

497. **Les parties doivent payer les coûts de l'arbitrage.** . Même si le recours à l'arbitrage est possible parce que la loi l'autorise, *les autorités administratives doivent*

⁷⁶⁵ *Loi 270 de 1996. Article 153-20. Devoirs.* Les juges ont les devoirs suivants : [...] 20. Sanctionner les manœuvres dilatoires et tous les actes contraires à la loyauté, probité, vérité, honnêteté et bonne foi.

Code de procédure civile. Article 37. Les devoirs du juge : [...] 3. Prévenir, corriger et sanctionner au travers les moyens consacrés par ce Code, les actes contraires à la dignité de la justice, la loyauté, la probité et la bonne foi, ainsi que toute tentative de fraude procédurale.

mesurer le rapport coûts-bénéfices du recours à l'arbitrage. Cette évaluation doit prendre en considération les litiges qui peuvent éventuellement découler du contrat ainsi que le rapport entre le coût du contrat, le coût de l'arbitrage et les coûts de la justice administrative.

L'engorgement de la juridiction administrative ne permet généralement d'obtenir une décision qu'au bout de cinq ou six années de procédure. En outre, l'administration doit également supporter les coûts de la procédure, les honoraires des avocats, l'indexation, et la condamnation en dommages et intérêts pour la durée de la procédure. Il faut donc mettre en balance ces coûts avec ceux de l'arbitrage. Même si les six mois que fixe la loi, à défaut de stipulation des parties sur la durée de l'arbitrage, sont peu en phase avec la pratique, la durée moyenne de l'instance arbitrale en Colombie est inférieure à deux ans dans un 85% de cas.⁷⁶⁶

Les coûts de l'arbitrage doivent donc se mesurer en termes d'efficacité de la solution et de durée d'obtention de la sentence.⁷⁶⁷ Si la décision de soumettre un contrat public à l'arbitrage est une décision discrétionnaire, elle doit cependant être fondée sur un raisonnement logique en vue de garantir les intérêts de l'administration.

498. *L'obligation de payer les coûts de l'arbitrage au regard de la gratuité de la justice.* Parmi les plus fortes critiques adressées à l'arbitrage en matière de contrats publics, il faut mentionner celles qui font référence aux coûts élevés de cette option de justice.

La Cour constitutionnelle juge que « le principe de gratuité garantit le respect du principe constitutionnel d'égalité. Ces conditions d'égalité font référence aux conditions d'accès à l'administration de la justice. C'est pourquoi, la position économique d'une des parties au litige ne doit pas mettre en situation d'inégalité

⁷⁶⁶ Nous avons recueilli ces informations à travers 103 sentences arbitrales consultées (source directe) et à travers les informations données par le Conseil d'Etat dans 97 décisions d'annulation (source indirecte) : sur 156 affaires renseignées, 132 (85%) ont été rendues dans un délai inférieur à 24 mois. Sur la durée de l'arbitrage voir n° 803, l'annexe n° 2 et le tableau n° 5.

⁷⁶⁷ Sur l'efficacité de la sentence arbitrale voir n° 800 et s.

l'autre partie ni créer de discriminations. Ainsi, tous les citoyens ont le droit d'accéder gratuitement à l'administration de la justice mais la déclaration d'un droit à l'égard d'une partie au litige génère des coûts de procédure à son encontre. Le législateur doit déterminer dans quels types de procédures il est nécessaire de payer les coûts de procédure et si les entités publiques y sont soumises. »⁷⁶⁸

Si les parties à l'arbitrage sont tenues de payer les coûts de l'arbitrage, nous ne pouvons pas affirmer pour autant que l'arbitrage est une justice « élitiste ». En effet, l'article 128 du décret 1818 de 1998 dispose que lorsque les prétentions des parties sont inférieures à 400 SMIC ou que le litige ne porte pas sur des prétentions patrimoniales, les parties ont le droit à l'« *amparo de pobreza* ». Il s'agit d'une aide juridique accordée aux plus démunis et qui vise à garantir l'effectivité de l'accès à la justice, y compris à l'arbitrage.⁷⁶⁹

La gratuité de la justice est une des conditions du libre accès à l'administration de la justice. « Or, l'Etat ne peut prendre en charge l'intégralité de cette charge. La justice étant un service rendu aux justiciables, il n'est pas anormal que les justiciables assument une partie de la dette judiciaire ; il en est d'ailleurs ainsi en matière d'arbitrage. »⁷⁷⁰

L'article 6 de loi *estatutaria* de l'administration de la justice dispose que « l'administration de la justice est gratuite et son fonctionnement est à la charge de l'Etat. Les parties devront cependant assumer les coûts de la procédure y compris ceux qui résultent des procédures qui lient des parties publiques ».

Ainsi, qu'il s'agisse de la justice étatique ou de la justice arbitrale, l'Etat en assume les coûts. Lorsque l'Etat administre la justice, il le fait par l'intermédiaire de ses propres fonctionnaires juridictionnels : il prend en charge leur rémunération. Lorsque l'Etat, en tant que justiciable, se soumet à l'arbitrage, il prend également la charge de la rémunération des arbitres.

⁷⁶⁸ C-037/96.

⁷⁶⁹ Voir à ce propos n° 783.

⁷⁷⁰ LOÏC CADIET. JACQUES NORMAND. SORAYA AMRANI MEKKI. Théorie générale du procès, Paris, Puf. (2010). Spéc. p. 145.

499. *Les honoraires des arbitres.* La Cour constitutionnelle a reconnu que la nature de l'arbitrage est contractuelle et onéreuse dans les décisions C-163/99, C-672/99 : « si un particulier partie à un litige veut qu'une juridiction rémunérée tranche le conflit, il serait contraire à l'équité qu'il ne paye pas les honoraires des arbitres. Les parties ont le devoir de déposer le montant fixé par les arbitres si elles veulent participer à la sentence arbitrale. »⁷⁷¹

Les lois 13 de 1825, 14 de 1834, 105 de 1890 ont reconnu le droit des arbitres à une compensation économique payée par les parties.⁷⁷² Le Code de procédure civile (décret 1400 de 1970) dispose que les litiges relatifs à la fixation des honoraires des arbitres sont réglés par le juge judiciaire.

Ce sont les arbitres qui fixent eux-mêmes le montant de leurs honoraires et les coûts de la procédure.⁷⁷³ Les parties ont le droit d'en contester le montant pendant l'audience de composition du Tribunal arbitral,⁷⁷⁴ mais ne peuvent pas exercer de recours constitutionnel de *tutela* à l'encontre de l'ordonnance arbitrale qui le fixe.⁷⁷⁵ Le décret 1818 de 1998 précise que les parties au litige doivent déposer le montant des honoraires au nom du président du tribunal sur un compte qu'il aura ouvert à cette fin.⁷⁷⁶

S'il est nécessaire de lier un tiers à la procédure, une fois que celui-ci déclare sa volonté de se soumettre à l'arbitrage, les arbitres fixent de manière proportionnelle sa contribution aux coûts de l'arbitrage.⁷⁷⁷

⁷⁷¹ C-163/99. C-672/99.

⁷⁷² RICARDO ANDRÉS ECHEVERRI LOPEZ. *De los costos del arbitraje en Colombia*, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario - Legis, (2006), Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. 707-729. Spéc.710.

⁷⁷³ *Décret 1818 de 1998. Article 142.* La Cour suprême de justice a remarqué que la fixation des honoraires doit se faire à l'audience de composition du Tribunal. Elle a donc accordé la protection constitutionnelle de *tutela* pour violation du procès équitable. Cour Suprême de justice, Comunicación Celular S.A. Comcel vs. Tribunal de arbitramento, 11001-22-03-000-2010-00545-01, (12-07-2010).

⁷⁷⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 142.*

⁷⁷⁵ Cour Suprême de Justice, Energia confiable S.A. vs. Tribunal de arbitramento, T . No.080012 2130002 0090 0357 01, (28-10-2009).

⁷⁷⁶ *Décret 1818 de 1998. Article 144.*

⁷⁷⁷ *Décret 1818 de 1998. Article 150.*

500. *Les honoraires des arbitres en cas de conciliation.* Il arrive que les parties concilient soit au cours de l'audience organisée à cette fin par le Tribunal arbitral, soit de leur propre initiative. Compte tenu que la loi n'a rien prévu, quelle est la rémunération des arbitres dans ce cas ?

Hernan Fabio López Blanco estime que la procédure d'arbitrage prend fin lorsque les parties concilient : les arbitres ne peuvent pas percevoir d'honoraires car les parties ne payent les honoraires qu'à l'audience où ils déclarent leur propre compétence (première audience de procédure).⁷⁷⁸ Nous ne pouvons pas le rejoindre dans son raisonnement. Nous estimons que si les parties concilient à l'audience organisée à cette fin, bien que la loi ne détermine pas la rémunération des arbitres, rien n'empêche les parties et les arbitres de s'accorder pour en déterminer le montant. La détermination du montant ne sera pas la même si la conciliation se fait avant que les arbitres se prononcent sur leur propre compétence que si elle a lieu au cours du procès. Les arbitres ont, selon nous, le droit d'être rémunérés en proportion du travail exécuté. Il serait contraire à l'équité et pour reprendre les termes de la Cour constitutionnelle (C-163/99, C-672/99), que les arbitres ne soient pas rémunérés alors qu'ils ont accompli un rôle de conciliation.

501. *Le refus d'une des parties de payer les honoraires.* Une fois fixé le montant des honoraires, si l'une des parties refuse de payer sa part, l'autre partie peut le faire pour elle et lui demander ensuite le remboursement. Avec une attestation du président du Tribunal, celui qui a payé peut saisir le juge ordinaire pour se faire payer. S'il n'en est pas ainsi, les arbitres peuvent ajouter les frais impayés à la liquidation des frais de procédure.⁷⁷⁹ Le Tribunal pourra également ordonner la compensation dans la sentence arbitrale. Les intérêts moratoires imposés sur les sommes impayés correspondent au maximum autorisé.

⁷⁷⁸ HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO. *Procedimiento civil especial*, Bogotá, Dupré Editores. (2009). p.797.

⁷⁷⁹ *Décret 1818 de 1998. Article 144.*

502. *Les effets de refus de paiement par les deux parties.* Si aucune des parties ne paye les sommes dues dans les dix jours suivant le décret, le Tribunal cesse ses fonctions et les effets de la clause compromissoire ou du compromis sont éteints.⁷⁸⁰

503. *Les modalités de paiement des honoraires aux arbitres.* Le président du Tribunal distribue la moitié des honoraires aux arbitres, une fois que le tribunal a déclaré sa compétence sur l'affaire.⁷⁸¹ L'autre partie est distribuée une fois la procédure finie, sauf lorsque le Tribunal ne rend pas la sentence dans les délais prévus.⁷⁸²

Nonobstant, l'arbitre qui n'assiste pas deux fois aux audiences sans justification adéquate est radié du Tribunal. Il doit rendre la somme des honoraires qui lui a été versée en sus de 25% qui serviront à payer l'arbitre qui le remplace.⁷⁸³ Le droit de l'arbitrage institue des sanctions qui s'appliquent aux arbitres sans qu'il soit besoin de déclaration juridictionnelle. Les arbitres ne sont protégés par aucune immunité juridictionnelle ou patrimoniale.⁷⁸⁴ L'arbitre qui n'assiste pas à trois audiences, même si ses absences sont justifiées, est radié du tribunal et doit rembourser les honoraires qui lui ont été versés.⁷⁸⁵

504. *L'évolution des règles en matière de frais de procédure.* Les honoraires des arbitres ne sont pas les seuls coûts de l'arbitrage. Comme toute procédure, l'arbitrage génère aussi des dépenses nécessaires à l'avancement de la procédure : honoraires du secrétaire du tribunal, des auxiliaires de justice, coûts d'administration pour le fonctionnement du tribunal, et lorsque l'arbitrage est administré par une

⁷⁸⁰ Décret 1818 de 1998. Article 145.

⁷⁸¹ Décret 1818 de 1998. Article 142.

⁷⁸² Décret 1818 de 1998. Article 168. La constitutionnalité de cette disposition a été déclarée par la Cour constitutionnelle avec la décision : C-451/95.

⁷⁸³ Décret 1818 de 1998. Article 169.

⁷⁸⁴ C-451/95. Voir n° 534.

⁷⁸⁵ Voir n° 540 et s.

institution arbitrale, les coûts liés au contrat que les parties passent avec l'institution.

505. Le décret 2282 de 1989, qui modifiait certaines dispositions du Code de procédure civile, disposait qu'« en aucun cas, la Nation,⁷⁸⁶ les institutions financières nationalisées, les départements et les communes pourront être condamnés à payer les indemnités découlant des frais non compris dans les dépens ou le droit de timbre. » La Cour constitutionnelle juge que « si les règles tendant à protéger le patrimoine public sont tout à fait légitimes, elles ne peuvent pas violer le principe d'égalité. La règle doit être proportionnée à son objectif. La Cour remarque que d'autres mesures, moins coûteuses en termes d'égalité, et plus conformes aux normes constitutionnelles permettent d'atteindre les mêmes objectifs. Si un sujet doit assumer une charge économique qui ne lui correspond pas en raison d'un dommage causé par l'administration, le principe de distribution équitable des charges publiques et du droit à l'égalité sont alors transgressés. »⁷⁸⁷ La Cour a déclaré en conséquence en 1999 la non-conformité de cette disposition à la constitution. L'administration publique est désormais tenue de participer aux coûts de la procédure.

Les frais de procédure sont à la charge des parties au litige et reviennent, en principe, à la partie condamnée. Les arbitres peuvent, toutefois, imputer une partie des frais à l'autre partie. En outre, les arbitres peuvent également condamner la partie perdante à verser une indemnité à l'autre partie en raison des dépenses d'avocat.

§2. Les devoirs et obligations des arbitres

506. *Les obligations précontractuelles.* L'arbitre est soumis à certaines obligations précontractuelles qui découlent de sa nomination. Il est obligé d'informer les parties s'il existe une cause d'empêchement à sa nomination, ou de la révéler aux

⁷⁸⁶ « La Nation » en droit colombien fait référence à l'Etat ou l'administration publique.

⁷⁸⁷ Cour constitutionnelle, C-539/99, (28-07-1999).

parties si elle survient postérieurement à celle-ci⁷⁸⁸ : Dans le premier cas, il s'abstiendra d'accepter sa nomination ; dans le second cas, il mettra fin à ses fonctions.⁷⁸⁹

507. *Conduire l'instance arbitrale.* Si l'arbitre n'est pas empêché, une fois qu'il accepte la nomination sa principale obligation est de trancher le litige qui lui a été soumis dans les conditions et les limites fixées par les parties.⁷⁹⁰ Pour accomplir sa mission, il doit collaborer à la constitution du Tribunal, s'il s'agit d'un tribunal collégial, il doit siéger au lieu fixé par les parties au litige et participer activement au déroulement de l'instance.

508. *Rendre la sentence arbitrale.* L'arbitre doit rendre la sentence dans le délai prévu par les parties au litige. L'arbitre s'engage, en conséquence, à être suffisamment disponible pour rendre la sentence dans le délai fixé par les parties, ou, à défaut de stipulation, celui fixé par la loi.

L'alinéa 4 de l'article 70 de la loi de 80 de 1993 prévoit une règle particulière aux contrats publics : les arbitres ont le pouvoir de prolonger la durée de l'instance, de la moitié du délai accordé ou du délai légal, si nécessaire.⁷⁹¹

Pour trancher le litige, l'arbitre doit participer au délibéré de la sentence, s'assurer du traitement de toutes les questions qui lui ont été soumises et, enfin, signer la sentence.⁷⁹²

Une fois la sentence rendue, le président du Tribunal doit liquider les dépens et remettre la deuxième moitié des honoraires aux membres du Tribunal.⁷⁹³ D'office

⁷⁸⁸ Voir à ce propos n° 521.

⁷⁸⁹ *Décret 1818 de 1998. Article 133.*

⁷⁹⁰ Voir n° 508 et s.

⁷⁹¹ Ceci est rappelé par l'arrêt du Conseil d'Etat, *Telecom vs. Nortel Networks de Colombia*, 20634, (06-06-2002).

⁷⁹² *Décret 1818 de 1998. Article 158.* Voir n° 782 et 813.

⁷⁹³ *Décret 1818 de 1998. Article 168.*

ou à la demande des parties, l'arbitre peut également éclaircir certains points, compléter la sentence ou, même, corriger les éventuelles erreurs de calcul.⁷⁹⁴

509. En résumé, les parties au litige doivent choisir leurs propres arbitres. Une fois qu'ils acceptent leur mission juridictionnelle, les arbitres sont investis du pouvoir juridictionnel de trancher le litige. Il convient de rappeler que si le déclenchement de l'arbitrage dépend de la volonté des parties, les pouvoirs des arbitres sur le litige proviennent du droit objectif. La constitution de 1991 confère aux arbitres une fonction publique d'administration de la justice. Un rapport particulier naît, en conséquence, entre l'Etat et les arbitres.

Deuxième sous-section. Le rapport entre l'Etat et l'arbitre

510. L'Etat autorise l'arbitrage et attribue des *fonctions publiques juridictionnelles* aux arbitres dans les limites fixées par la loi. Le régime de l'arbitrage ainsi que la jurisprudence constitutionnelle attestent que juges et arbitres ont les mêmes pouvoirs, devoirs et responsabilités.⁷⁹⁵ Le législateur assimile la fonction exercée par l'arbitre à la fonction des juges (§1), et admet que l'Etat puisse engager sa propre responsabilité en raison de cette assimilation (§2).

§1. L'assimilation entre l'arbitre et le juge étatique

511. L'attribution de fonctions juridictionnelles aux arbitres ne va pas sans conséquences. En effet, même si la loi autorise les entités publiques à soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs aux droits dont elles disposent librement, ces droits de nature économique proviennent de l'argent du contribuable. Est-il, en conséquence, nécessaire d'assigner aux arbitres des exigences particulières, notamment en termes de probité ?

⁷⁹⁴ Décret 1818 de 1998. Article 160.

⁷⁹⁵ C-431/95.

512. Pour répondre à cette question, il convient d'étudier certaines règles spéciales établies par la loi 80 de 1993 sans perdre toutefois de vue que la mission de rendre la justice est une garantie de la paix sociale, qu'il s'agisse d'affaires publiques ou privées. Les conditions d'indépendance et d'impartialité, garanties essentielles de la mission de juger, sont assurées de manière générale par un régime d'empêchements et des mécanismes de récusation des arbitres.

513. **La fonction de juger à l'égard des règles générales.** L'impartialité et l'indépendance sont consubstantielles à la fonction de juger. L'exigence d'impartialité et d'indépendance est une constante dans l'histoire du droit.⁷⁹⁶ Il faut y voir des principes universels de procédure, proclamés dans la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme.⁷⁹⁷

514. *L'impartialité.* D'un point de vue sémantique « 'partie' et 'partial' ont la même racine et le même étymon latine 'pars' : le tiers ne peut être partial puisqu'il n'est pas partie.⁷⁹⁸ « *Le tiers ne prend pas partie ; il doit maintenir la balance égale entre les*

⁷⁹⁶ Deutéronome, 1,17 (Institution des juges) : vous n'aurez pas de partialité dans le jugement. Le Code de Hammourabi : Le juge qui rend une sentence partielle sera destitué et condamné à douze fois la valeur de l'amende qu'il avait prononcée. Dans « Las siete partidas » la loi X, du titre VI, de la Partie III établit que le juge, la partie requérante et la défenderesse sont les sujets de tout procès. C'est pourquoi, [...] un juge n'a pas d'autorité et ne peut ni entendre ni trancher un litige dans lequel ses propriétés ou ses intérêts sont en cause car un homme ne peut avoir la position de juge et de requérant. En matière d'arbitrage, la loi XXIV, titre IV de la partie III détermine que si un homme avait un litige contre un autre, aucun d'eux ne pourrait être arbitre pour le résoudre. S'il en était ainsi, sa décision n'aurait aucune valeur [...] La loi XXI, titre IV, de la partie III pose que la haine doit être évitée. En conséquence, lorsqu'il s'avère qu'un arbitre est ennemi d'une des parties, après avoir été investi de sa mission, il peut être dénoncé devant un homme bon afin de séparer l'arbitre du litige [...] mais si l'arbitre refuse, la partie affectée peut soumettre sa plainte devant le juge judiciaire, qui après l'évaluation des preuves doit [...] interdire à l'arbitre d'exercer sa fonction [...] la même procédure peut être appliquée lorsque l'arbitre a reçu une récompense, cadeau ou promesse de cadeau [...] « Las siete partidas » ont été appliquées en Amérique latine à partir de 1532. Ainsi, l'empereur Carlos V par Loi du 10 décembre 1532 a ordonné que « les sentences des juges-arbitres, juges-amis, arbitres de règlement amiable et les transactions soient exécutées selon le droit et les lois du royaume de castille. ».

⁷⁹⁷ LOÏC CADIET, JACQUES NORMAND, SORAYA AMRANI MEKKI. *Théorie générale du procès. Op cit.* n° 160, p. 595.

⁷⁹⁸ THOMAS CLAY. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, (2006), JACQUES VAN COMPERNOLLE. ed. 199-237. p. 204.

*parties ; il doit rester à la juste distance qui seule confère légitimité à son intervention. L'impartialité du tiers a pour corollaire l'égalité des armes entre les parties [...] elle est une garantie de la loyauté de la procédure de règlement du litige. »*⁷⁹⁹

515. *L'indépendance.* L'arbitre est « par essence » indépendant.⁸⁰⁰ La Cour d'appel de Paris a jugé que *l'indépendance est l'essence de la fonction juridictionnelle.*⁸⁰¹ Lorsqu'il s'agit du juge, l'indépendance est nécessaire aussi bien à l'égard des autres pouvoirs publics que des parties, mais lorsqu'il s'agit de l'arbitre, celui-ci doit être indépendant envers les parties au litige car elles l'investissent de la fonction juridictionnelle. « *L'indépendance est une condition de crédibilité de l'arbitrage, c'est donc une condition de son existence [...] c'est la nature de la mission qui fonde l'exigence et non le titulaire de la fonction.* »⁸⁰² La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs jugé que le mode de désignation d'un juge était le critère principal d'évaluation de son indépendance.⁸⁰³ En conséquence, tant dans le cas du juge que dans celui de l'arbitre, l'indépendance s'analyse au regard de l'autorité de nomination.

516. *L'impartialité et l'indépendance.* Traditionnellement, l'indépendance est traitée comme un concept objectif qui s'apprécie par rapport aux relations de l'arbitre avec les parties, tandis que l'impartialité est comprise de manière subjective. Elle est en effet liée à l'attitude de l'arbitre par rapport au litige.

517. La Cour constitutionnelle juge que les attributs d'indépendance et d'impartialité font partie du droit fondamental au procès équitable et que son

⁷⁹⁹ LOÏC CADIET. JACQUES NORMAND. SORAYA AMRANI MEKKI. *Théorie générale du procès. Op. cit.* Spéc. n° 54, p. 212, 213.

⁸⁰⁰ THOMAS CLAY. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, (2006), Sous la direction de JACQUES VAN COMPERNOLLE. 199-237. *Op. cit.* p.205.

⁸⁰¹ Paris, 2 juin 1989 (*Sté T.A.I.*) Dans le même sens, Paris, 12 janvier 1999, *SA Milan Presse*, *Revue de l'arbitrage*, 1999.381.

⁸⁰² THOMAS CLAY. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable Op. cit.* p. 200-201.

⁸⁰³ CEDH 28 juin 1984 (*Campbel et Felle c. Royaume-Uni*) Série A, n° 46, §76.

régime juridique se fonde sur l'article 29 de la constitution.⁸⁰⁴ La Cour interaméricaine des droits de l'homme juge également que « les normes nationales et internationales relatives à l'indépendance juridictionnelle sont impératives dans toute procédure juridictionnelle ou administrative. C'est un élément fondamental du droit à un procès équitable aux termes de l'article 8.1 de la Convention ».⁸⁰⁵

518. *Les empêchements, la récusation et les conflits d'intérêt.* Le régime juridique de l'arbitrage en Colombie garantit l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre au travers des causes de récusation, d'empêchements ou de conflits d'intérêt également applicables aux juges et aux arbitres *mais dans une mesure compatible avec la fonction arbitrale*.⁸⁰⁶ Les sanctions applicables sont les mêmes que pour les fonctionnaires juridictionnels et sont imposées au regard de la fonction hiérarchique du juge ou du magistrat déplacé.⁸⁰⁷ Les régimes d'empêchement et d'incompatibilités garantissent la moralité publique dans l'exercice des fonctions publiques,⁸⁰⁸ *ils permettent une prise de conscience du devoir d'agir de manière diligente dans l'accomplissement des fonctions publiques*.⁸⁰⁹

519. L'article 130 du décret 1818 de 1998 dispose que les motifs d'empêchement des arbitres pour l'exercice de la fonction juridictionnelle et les causes de récusation sont les mêmes que celles prévues par le Code de procédure civile pour les juges. Ce Code traite, à l'article 150, des liens existants entre le juge, son conjoint, l'un des membres de sa famille et le procès en cours, ainsi que des liens

⁸⁰⁴ Cour constitutionnelle, A-169-09, (29-04-2009).

⁸⁰⁵ Cour interaméricaine de droits de l'homme, Castillo Petruzzi et autres vs. Peru, (30-05-199).

⁸⁰⁶ L'article 130 du décret 1818/98.

⁸⁰⁷ Article 55 de la loi 734 de 2002 (Code disciplinaire).

⁸⁰⁸ C-037/03.

⁸⁰⁹ Voir : Gazette constitutionnelle du 22 avril 1991. Rapport des mécanismes de protection de l'ordre juridique et des particuliers.

existants entre eux et les parties au litige, leurs conseillers ou leurs avocats. Ces liens mettent en cause l'indépendance et l'impartialité du juge.⁸¹⁰

520. L'article 151-1 de la loi 270 de 1996 prévoit qu'un juge ne peut pas être nommé arbitre.⁸¹¹ En Colombie, le juge étatique est au service exclusif de l'Etat et ne peut recevoir aucune autre rémunération. La seule dérogation possible à ce principe est l'enseignement universitaire et la recherche : les juges sont autorisés à

⁸¹⁰ « Les arbitres ont les mêmes empêchements et sont soumis aux mêmes causes de récusation que celles que détermine l'article 150 du Code de procédure civile. Les arbitres nommés de commun accord par les parties ne pourront être récusés que par des causes survenant à leur nomination. Les arbitres nommés par un tiers ou par le juge d'appui peuvent être récusés dans les cinq (5) jours suivant la désignation de l'arbitre. L'article 150 du Code de procédure civile établit les causes des empêchements ou de récusation des juges dans les termes suivant : 1) Lorsque le conjoint, la famille dans un lien de quatrième degré de consanguinité, deuxième d'affinité ou premier civil, ont un intérêt dans le procès. 2) Lorsque son conjoint ou les membres de la famille indiqués au numéro précédant ont jugé le procès en première instance. 3) Etre conjoint ou parent d'une des parties, son représentant ou son avocat dans un lien de quatrième degré de consanguinité, deuxième d'affinité ou premier civil. 4) Etre juge, leur conjoint ou le parent qui exerce la garde d'une des parties à la procédure. 5) Si une des parties est représentant, avocat, mandataire ou administrateur des affaires du juge 6) Lorsqu'il y a un litige en cours entre le juge, son conjoint ou un des membres de sa famille dans les degrés indiqués au numéro 3. 7) Lorsqu'une des parties, leurs représentants ou avocats ont présenté plainte contre le juge, son conjoint ou ses parents avant le commencement de la procédure, ou après, si la plainte concerne des faits étrangers à la procédure ou à l'exécution de la décision, et que l'accusé est mis en cause devant la justice pénale. 8) Lorsque le juge, son conjoint ou un de ses parents ont porté plainte contre une des parties ou leurs avocats, ou lorsqu'ils peuvent intervenir comme partie civile dans la procédure pénale. 9) Lorsqu'il y a inimitié grave causée par des faits étranges à la procédure, ou à l'exécution de la décision, ou, amitié intime entre le juge et une des parties ou leur avocat. 10) Lorsque le juge, un membre de sa famille au second degré de consanguinité, premier d'affinité ou premier civil, est créancier ou débiteur d'une des parties, ses représentants ou leurs avocats, sauf lorsqu'il s'agit d'une personne publique, établissement public, établissement de crédit ou société anonyme. 11) Lorsque le juge, son conjoint ou un des membres de sa famille, indiqué au numéro précédant, est associé d'une des parties ou de ses représentants ou avocat dans une société de personnes. 12) Lorsque le juge a donné son avis ou son conseil sur les questions objet du procès ou lorsqu'il est intervenu en tant qu'agent du ministère public, expert ou témoin. 13) Lorsque le juge, son conjoint ou un des membres de sa famille, déterminés au numéro 1, sont héritiers, ou légataires, d'une des parties avant le commencement de la procédure. 14) Lorsque le juge, son conjoint ou un des membres de sa famille au deuxième degré de consanguinité, premier civil, ont un litige en cours dans lequel l'objet du procès porte sur la même question que celle que le juge doit résoudre.

⁸¹¹ Les lois d'arbitrage du Honduras (article 44), du Salvador (article 36) et du Guatemala (article 14), prévoient la même prohibition ; L'article 14(II) de la Loi d'arbitrage et conciliation N° 1770 de la Bolivie (1997), va au-delà et interdit l'intervention de tout fonctionnaire juridictionnel.

donner des conférences et à participer à des débats académiques.⁸¹² *A contrario*, l'arbitre, nommé à un poste dans la juridiction étatique, doit mettre fin à sa mission d'arbitrage.⁸¹³ Les fonctionnaires publics ne peuvent pas non plus être désignés arbitres. L'article 15 du décret 1818 dispose que celui qui a agi comme conciliateur dans une procédure juridictionnelle ou arbitrale ne pourra pas agir dans une autre procédure relative à l'objet de la conciliation, que ce soit en tant qu'arbitre, conseiller ou avocat d'une des parties.

Si l'une des parties présente une récusation contre l'arbitre, celui-ci a cinq jours pour accepter ou refuser la récusation.⁸¹⁴ S'il l'accepte, celui qui l'a nommé en est informé. S'il refuse la récusation, ce sont les autres arbitres du Tribunal qui doivent décider du bien-fondé de la demande. S'ils décident d'accepter la récusation, celui qui l'a nommé doit le remplacer.⁸¹⁵ Cependant, si les arbitres ont été nommés par commun accord entre les parties, ils ne peuvent être récusés que pour des incompatibilités apparues après leur désignation.⁸¹⁶

521. *L'obligation de révélation.* L'arbitre est obligé de révéler aux parties, s'il est empêché, en vertu des motifs prévues par la loi,⁸¹⁷ d'exercer la mission juridictionnelle qui lui est confiée. Rappelons que les contrats passés par les personnes publiques sont des contrats publics y compris en matière d'arbitrage.⁸¹⁸ Ainsi, l'arbitre doit révéler également les causes d'empêchement éventuelles pour la conclusion de contrats publics.

L'obligation de révélation est « *celle par laquelle l'arbitre alertera les parties sur les risques d'atteinte à son indépendance, et ce faisant immunisera l'instance arbitrale contre toute action*

⁸¹² *Loi 270 de 1996. Article 151.*

⁸¹³ *Loi 270 de 1996.* L'article 151 prévoit que l'exercice d'un emploi dans la branche juridictionnelle est incompatible avec : 1) L'exercice d'un autre post rémunéré, d'élection populaire ou de représentation politique ; celui d'arbitre, conciliateur ou amiable compositeur, sauf s'il exerce ces fonctions en raison de l'exercice de ses fonctions ; celui d'exécuteur testamentaire, curateur datif, et, en général d'auxiliaire de la justice [...].

⁸¹⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 133. Dernier alinéa.*

⁸¹⁵ *Code de procédure civile. Article 149.*

⁸¹⁶ *Décret 1818 de 1998. Article 130.*

⁸¹⁷ *Décret 1818 de 1998. Article 133.*

⁸¹⁸ *Consortio LAR vs. IDU, 32871.*

*postérieure qui viserait ces risques acceptés. C'est aussi un signe de son irréprochable probité. La révélation est, en quelque sorte, l'«assurance-vie» de l'instance arbitrale [...] L'obligation de révélation est bien la pierre angulaire du régime juridique de l'indépendance de l'arbitre grâce à sa double fonction : à la fois critère d'évaluation de l'indépendance et moyen de protection de cette indépendance.»*⁸¹⁹ Cette situation contraint l'arbitre à s'écarter de la procédure.

522. Les règles spécifiques en matière de contrats publics. *L'arbitrage en droit.* La loi 80 de 1993 dispose qu'en matière de contrats publics, l'arbitre doit statuer en droit.⁸²⁰ Le décret 1818 de 1998 dispose que si l'arbitrage est en droit, l'arbitre doit être avocat.⁸²¹ Cette disposition pourrait être critiquable dans la mesure où un juriste pourrait aussi, en tant qu'arbitre, assurer la correcte application du droit. Cependant, en Colombie, les études dans les facultés de droit ne permettent pas d'obtenir un diplôme dans un domaine juridique, mais uniquement de devenir avocat après 5 ans d'études et l'accomplissement des conditions fixées par le barreau colombien. D'autres législations exigent aussi la même condition pour statuer en droit : L'article 35 de la loi d'Arbitrage de El Salvador. L'article 15(1) de la Loi espagnole N° 60/2003, du 23 décembre 2003, dispose que si l'arbitrage est interne, l'arbitre doit être avocat sauf si les parties prévoient le contraire. Charles Jarronsson remarque que ces conditions de connaissance du droit sont caractéristiques des pays d'inspiration hispanique.⁸²² L'arbitrage en équité est donc proscrit en matière de contrats publics colombiens. Cependant, la loi autorise (article 74) «l'arbitrage ou expertise technique» pour soumettre les différends techniques au jugement d'experts désignés par les parties, ou, à l'opinion d'un organisme conseil du gouvernement ou à une université. La décision des experts a un caractère définitif.

L'arbitre des contrats publics peut donc être un avocat si le différend a une nature juridique ou un expert si le différend a une nature technique. L'arbitre est, dans tous les cas, un professionnel.

⁸¹⁹ THOMAS CLAY. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable* Op. cit. p.218.

⁸²⁰ *Loi 80 de 1993. Article 70.* Voir à ce propos n° 807 et s.

⁸²¹ *Décret 1818 de 1998. Article 115.*

L'arbitre est, en principe, une personne physique capable lorsque l'arbitrage est en droit. Il n'en va pas de même dans l'arbitrage technique : les parties peuvent soumettre leur litige à un organisme conseil du gouvernement ou à une université, qui sont des personnes morales.

523. L'article 115 du décret 1818 de 1998 distingue trois types d'arbitrage. Il les définit de la façon suivante : « L'arbitrage en droit est celui dans lequel les arbitres fondent leur décision sur le droit positif en vigueur. L'arbitre doit être avocat inscrit. L'arbitrage en équité est celui dans lequel les arbitres décident en fonction du sens commun et de l'équité. L'arbitrage est technique lorsque les arbitres décident en fonction de leurs connaissances techniques d'une science, d'un art ou d'un métier. »

524. Le Conseil d'Etat juge que l'arbitrage est rendu en droit lorsque le juge arbitral fonde son jugement sur les règles substantives et procédurales en vigueur⁸²³ et sur les stipulations contractuelles.⁸²⁴ Une simple référence au droit positif ne qualifie donc pas une sentence arbitrale comme une décision en droit. Il est nécessaire que cette décision se fonde sur le droit positif.⁸²⁵ L'arbitre rend une sentence en conscience ou en équité,⁸²⁶ lorsqu'il ne prend pas en compte dans la

⁸²² CHARLES JARROSSON. *La notion d'arbitrage. Op. cit.* Spéc. p.8.

⁸²³ Conseil d'Etat, Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS, 38051, (23-08-2010). Dans le même sens: Conseil d'Etat, Consorcio Viannini entrecanales y Tavora vs. Empresa de Energia de Bogotá 6695, (03-04-1992). Conseil d'Etat, Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte, 16766, (04-05-2000). Conseil d'Etat, Invias vs. Cromas S.A. y otros, 24320, (02-10-2003).

⁸²⁴ Conseil d'Etat, Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sahagun, Cordoba, 19273, (09-08-2001). *IDU vs. World Parking*, 19090. Conseil d'Etat, Ecopetrol vs. Consorcio Tibu, 29704, (13-02-2006).

⁸²⁵ Conseil d'Etat, INGELEL vs. ETB, 32896, (07-06-2007).

⁸²⁶ La sentence en conscience est donc : 1. celle dont le contenu montre de manière manifeste que la décision est rendue en conscience. 2. La décision se fonde sur le sens commun, l'équité, l'analyse que ferait un homme juste selon son intime conviction. L'arbitre a la libre appréciation de la preuve. 3. La décision n'est pas soumise aux fondements du droit substantiel. *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051. Voir également : Conseil d'Etat, Invias - Ministerio Público vs. Consecionaria vial de los Andes Oviandes, 28990, (06-07-2005). *Jose Antonio*

motivation de la sentence l'intégralité des preuves⁸²⁷ ou lorsqu'il méconnaît le lien existant entre la pratique des preuves et les dispositions légales existantes à cet égard.⁸²⁸

525. *La nationalité de l'arbitre des contrats publics.* L'article 2021 du Code de commerce exigeait que les arbitres soient des citoyens colombiens jouissant de leurs droits civils. La Convention de Panamá de 1975 ratifiée par la loi 44 de 1986 a modifié cette règle : l'article 2 autorise que les parties puissent déterminer librement la nationalité des arbitres dans l'arbitrage international. Cette disposition du Code de commerce a ensuite été remplacée par l'article 8 du décret 2279 de 1989 qui a restreint cette exigence aux seuls arbitres nommés pour résoudre des litiges entre colombiens, aux arbitrages ayant lieu en Colombie, et aux sentences arbitrales qui doivent être exécutées en Colombie. La chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice a déclaré cette norme inconstitutionnelle.⁸²⁹ L'article 100 de la loi 23 de 1991 disposait que les arbitres devaient être colombiens, sauf lorsque cela en était prévu autrement dans les traités internationaux relatifs à l'arbitrage international. La loi 446 de 1998 a abrogé expressément cette disposition sans fixer de règle nouvelle en la matière.

Selon le professeur Julio Benetti, malgré le silence de la loi, les arbitres doivent être colombiens puisque l'article 99 de la constitution dispose que la qualité de citoyen est indispensable à l'exercice des emplois publics qui touchent l'exercice de l'autorité publique ou de la juridiction. Cette interprétation serait confirmée, selon lui, par la loi 270 de 1996 qui inclut l'arbitrage dans la structure de l'administration de la justice.⁸³⁰

Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte, 16766 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766. Conseil d'Etat, General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social, 19334, (14-06-2001).

⁸²⁷ *Sadeico vs. Emcali*, 10468.

⁸²⁸ Conseil d'Etat, Comision Nacional de Television vs. Proyectamos Television, 31887, (05-07-2006). *Invias - Ministerio Público vs. Consecionaria vial de los Andes Oviandes*, 28990. Voir à ce propos n° 807 et s.

⁸²⁹ Cour suprême de justice - Assemblée plénière, (21-03-1991).

⁸³⁰ JULIO BENETTI SALGAR. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Op. cit.* p. 133.

Nous ne pouvons pas adhérer à cette interprétation : l'article 99 de la constitution vise expressément les emplois publics. Or, si l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, il n'est pas pour autant un fonctionnaire public. La Cour constitutionnelle juge donc que « si l'article 116 de la constitution vise les organes et les personnes qui peuvent administrer la justice, cela ne signifie pas que ces derniers intègrent le pouvoir juridictionnel ».⁸³¹ L'article 116 de la constitution autorise le Congrès, les autorités administratives, les particuliers (en tant que jurés dans les causes pénales, arbitres ou conciliateurs) et les autorités indigènes à administrer la justice dans les conditions déterminées par la loi. Nous ne pouvons pas en conclure qu'ils intègrent la structure de l'administration de la justice et que l'article 99 leur est applicable.

Dans le régime des contrats publics antérieur à la loi 80 de 1993, les arbitres devaient être des citoyens colombiens.⁸³² Cette condition n'est plus exigée depuis l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993 qui autorise l'arbitrage international et, en conséquence, la nomination d'arbitres étrangers.

526. *Les qualités de l'arbitre en matière de contrats publics.* L'arbitre est un juge élu par les parties au litige. Il est, en principe, un professionnel, spécialiste de la matière objet du litige. S'agissant des litiges juridiques relatifs aux contrats publics, il est un avocat. Nonobstant, les parties peuvent s'accorder sur des qualités particulières exigées des arbitres.

Bien que l'arbitre des contrats publics juge des affaires qui concernent l'administration publique, il n'est pas requis de qualités spécifiques. Il ne doit pas être plus honnête, indépendant ou impartial que les autres arbitres. Les rapports qu'il peut entretenir avec les parties au litige ou leurs conseillers doivent être transparents de sorte que sa mission ne puisse pas être remise en cause.

Si l'arbitre est en situation d'être impartial et indépendant, il peut accepter la mission pour laquelle il a été nommé. Le choix des arbitres qualifiés pour résoudre l'objet du litige incombe aux parties au litige. La loi exige seulement que ce litige

⁸³¹ C-037/96.

⁸³² Article 66 du décret 150 de 1976 et article 76 du décret 222 de 1983.

soit tranché en droit par un avocat. C'est aux parties au litige de désigner la personne qui leur paraît la plus compétente au regard de l'objet du litige.

Qu'il s'agisse d'un contrat public ou d'un contrat privé, l'arbitre exerce une fonction publique juridictionnelle qui est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, en cas de dysfonctionnement de l'administration de la justice arbitrale, ou sa responsabilité personnelle.

§2. La responsabilité découlant de cette assimilation

527. L'article 116 de la constitution autorise l'arbitrage. L'Etat délègue une parcelle de son monopole d'administration de la justice aux arbitres dans les conditions fixées par la loi. Certes, l'arbitrage ne se déclenche que par la volonté des parties qui habilitent l'arbitre pour trancher le litige. Cependant, l'Etat est responsable de cette délégation.

La Cour constitutionnelle observe que l'exercice des fonctions publiques par les particuliers n'implique pas leur transformation en fonctionnaires publics.⁸³³ Cependant, il est naturel que l'exercice de ces fonctions crée des devoirs de l'arbitre envers l'Etat et la société, ainsi qu'envers les parties. C'est pourquoi, les particuliers en tant que titulaires d'une fonction publique doivent y répondre en matière pénale, disciplinaire, fiscale ou civile.⁸³⁴ L'arbitre, titulaire de la fonction publique juridictionnelle, a une responsabilité personnelle dans l'exercice de ses fonctions.

528. **La responsabilité de l'Etat pour erreur juridictionnelle.** Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 14 février 1980,⁸³⁵ jugeait que « la sécurité juridique, fondement de l'ordre juridique et de la paix sociale, est protégée à travers la force de la chose jugée. C'est pourquoi, « l'erreur judiciaire commune », est une simple «

⁸³³ Voir : Cour constitutionnelle, C-286/96, (27-06-1996). Cour constitutionnelle, C-181/97, (10-04-1997).

⁸³⁴ Voir : Cour constitutionnelle, C-563/98, (07-10-1998).

⁸³⁵ Conseil d'Etat, Reinaldo Guerrero Ovalle, 2367, (14-02-1980).

erreur humaine » du juge qui n'engage pas la responsabilité de l'Etat. C'est une charge publique assumée par tous les associés ». Or, depuis la constitution colombienne de 1830, ceux qui exercent des fonctions publiques sont responsables des dommages qu'ils peuvent causer par leur conduite.⁸³⁶

La position du Conseil d'Etat a été réévaluée avec la constitution de 1991. L'article 90 dispose que « l'Etat est patrimoniallement responsable des dommages imputables à l'action ou à l'omission des autorités publiques ». Le constituant explique, dans l'exposé des motifs, que la responsabilité de l'Etat couvre aussi bien les fautes de l'administration de la justice que du législateur.

529. *Le régime juridique de la responsabilité de l'Etat.* L'Etat autorise les arbitres à administrer la justice au nom de l'Etat. *L'arbitre rend la justice « au nom de la République colombienne et par l'autorité de la loi »*⁸³⁷ *au moyen d'une sentence arbitrale.* L'arbitre est un juge qui a les mêmes pouvoirs et devoirs que les juges étatiques et qui est, en conséquence, soumis au même régime de responsabilité.

D'après *l'article 74 de la Loi 270 de 1996* : « les dispositions de ce chapitre [sur la responsabilité de l'Etat pour l'administration de la justice] sont appliquées à tous les agents du pouvoir judiciaire ainsi qu'aux particuliers qui exercent des fonctions judiciaires de manière transitoire. En conséquence, les articles précédents, qui font référence aux fonctionnaires judiciaires, sont applicables à tous ceux qui exercent des fonctions judiciaires ».

L'article 65 de la même loi dispose que « l'Etat est responsable des dommages qui lui sont imputables à cause de l'action ou de l'omission de ses agents judiciaires. L'Etat est donc responsable du fonctionnement défectueux de l'administration de la justice, de l'erreur judiciaire et de la privation injustifiée de liberté ». La responsabilité de l'Etat en raison de la privation injustifiée de liberté est placée hors de notre domaine d'étude : elle appartient exclusivement aux juges étatiques. Par contre, l'Etat peut voir sa responsabilité

⁸³⁶ *Loi 270 de 1996. Article 135.*

⁸³⁷ *Loi 270 de 1996. Article 55.*

engagée en raison de l'erreur juridictionnelle ou du fonctionnement défectueux de l'administration de la justice imputable aux arbitres.

L'article 66 dispose que l'erreur juridictionnelle est celle qui se matérialise par une décision juridictionnelle contraire à la loi. La responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que si le plaignant a exercé tous les recours à sa disposition (article 67).⁸³⁸

Si le plaignant n'a pas exercé les recours contre la décision juridictionnelle, le préjudice est imputable à la faute de la victime.⁸³⁹

L'article 69 de la loi 270 de 1996 dispose, à propos du « fonctionnement défectueux de l'administration de la justice » que « celui qui a souffert un dommage à cause de la fonction juridictionnelle a le droit d'obtenir réparation ».

Le Conseil d'Etat circonscrit la responsabilité découlant du fonctionnement défectueux de l'administration de la justice aux domaines suivants : les agissements nécessaires à l'avancement de la procédure, l'exécution des décisions juridictionnelles. L'erreur juridictionnelle concerne les décisions par lesquelles se déclare ou se concrétise un droit subjectif.⁸⁴⁰

La Cour constitutionnelle juge, dans le même sens, que l'erreur juridictionnelle ne se matérialise qu'à travers une décision juridictionnelle. L'erreur juridictionnelle doit être appréciée dans une perspective fonctionnelle, c'est-à-dire dans le sens que le juge possède l'autonomie et la liberté nécessaire pour interpréter les faits qui lui sont soumis et appliquer les normes appropriées à la résolution du conflit juridique (article 228 de la constitution).⁸⁴¹ La Cour précise qu'une interprétation maladroite ne constitue pas une erreur juridictionnelle. Une telle erreur se matérialise par un agissement subjectif, arbitraire et qui viole d'une manière flagrante les règles du procès équitable. En conséquence, la Cour qualifie l'erreur juridictionnelle de la même façon que la voie de fait juridictionnelle : la conduite

⁸³⁸ Sauf dans le cas de privation de la liberté.

⁸³⁹ Conseil d'Etat, Fernando Jimenez, Carlos Hernando Ruiz Peña, 13164, (22-11-2001).

⁸⁴⁰ *Fernando Jimenez, Carlos Hernando Ruiz Peña, 13164.*

⁸⁴¹ C-037/96.

qui manque de fondement objectif, qu'elle soit contraire à la constitution ou à la loi.⁸⁴²

530. *La recherche de la responsabilité au regard de l'indépendance du juge.* Si l'administration de la justice cause un préjudice, la victime a le droit d'être indemnisée. L'engagement de la responsabilité de l'Etat pour une erreur juridictionnelle n'est-t-il pas une atteinte à l'indépendance des juges et aux effets de leurs décisions ? Le Conseil d'Etat juge que la déclaration d'erreur juridictionnelle par la juridiction administrative n'implique pas son immixtion dans les décisions juridictionnelles elles-mêmes : les décisions conservent l'intangibilité de la chose jugée.⁸⁴³ Il s'agit donc de reconnaître la faute juridictionnelle pour indemniser des préjudices, sans que le Conseil d'Etat puisse modifier la décision ayant causé le dommage.

531. *La responsabilité de l'Etat pour le fait des arbitres.* Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat en raison du dysfonctionnement de l'administration de la justice sont équivalentes pour les juges et les arbitres. En conséquence, une sentence arbitrale peut engager la responsabilité de l'Etat.

L'article 67 exige que le plaignant ait exercé tous les recours juridictionnels disponibles contre la sentence. Les parties lésées par une erreur juridictionnelle disposent d'un recours en annulation, d'un recours en révision de la décision d'annulation devant le Conseil d'Etat ainsi que de l'action de *tutela* devant le juge constitutionnel. Cette dernière permet la protection du droit d'accès à l'administration de la justice et la protection du droit au procès équitable applicable aussi bien aux actes nécessaires à l'avancement de la procédure qu'à la décision définitive et même à tout agissement arbitraire des arbitres pendant la

⁸⁴² C-037/96. Cependant, elle ne peut pas être réclamée à l'égard des hautes cours du pouvoir juridictionnel car cela serait reconnaître qu'il y a des organes supérieurs qui n'existent pas dans l'ordre juridique colombien.

⁸⁴³ Conseil d'Etat. Efrain Campo Trujillo vs. Nacion - Ministerio de Justice, 10285, (04-09-1997).

procédure. Le juge de *tutela* peut anéantir les effets de la sentence arbitrale constitutive d'une voie de fait.⁸⁴⁴

Le Conseil d'Etat ne peut donc être saisi d'une action de responsabilité de l'Etat en raison du dysfonctionnement de la justice arbitrale que s'il y a une décision de *tutela* qui déclare l'existence d'une voie de fait.

532. *La responsabilité personnelle de l'agent qui engage la responsabilité de l'Etat.* En tout état de cause, « si l'Etat est condamné à cause d'une faute lourde d'un de ses agents juridictionnels, l'Etat a le droit d'être remboursé par son agent. » (article 71 loi 270 de 1996). L'Etat, condamné en raison d'une erreur juridictionnelle du fait d'une sentence arbitrale, peut se retourner contre les arbitres pour récupérer le montant de l'indemnisation. Les arbitres engagent ainsi leur responsabilité personnelle envers l'Etat pour les préjudices causés en raison de l'irrespect de leurs devoirs juridictionnels. Le droit colombien envisage également que les arbitres puissent engager leur responsabilité personnelle vis-à-vis des parties.

533. **La responsabilité personnelle du juge.** La responsabilité personnelle du juge dans l'exercice de sa fonction n'est pas une question nouvelle. Dans la plupart des cas cette responsabilité est engagée en raison du défaut d'indépendance ou d'impartialité du juge.

Dans les XII tables, la table IX « punit de la peine capitale le juge ou l'arbitre convaincu d'avoir reçu de l'argent pour prononcer sa sentence ».⁸⁴⁵ *Las siete partidas* disposaient que le juge qui décide mal et ce de manière intentionnelle doit payer aux parties les préjudices causés en sus d'une amende, et est privé de sa juridiction [...] si en raison de l'offre ou de la livraison d'une chose le juge décide injustement, le jugement est nul et il doit payer trois fois au roi ce qu'il a reçu.⁸⁴⁶

En France, à partir des textes et de l'iconographie, Robert Jacob montre qu'au Moyen Âge, le fondement de la responsabilité des juges est ancré dans les

⁸⁴⁴ Voir : 952 et s.

⁸⁴⁵ Gell., 20, 1,7.

⁸⁴⁶ Partie III, titre XXII, Lois 24 et 25.

références symboliques et religieuses. Suite au serment d'entrée en fonction, réitéré annuellement, la faute des juges relève du parjure. Alors que les différends entre les justiciables et leurs juges étaient résolus par un combat judiciaire, la procédure inquisitoire introduit un appel devant les juridictions supérieures pour régler ces conflits.⁸⁴⁷ Thomas Clay affirme que la jurisprudence française, approuvée par la doctrine, a uniformément décidé, depuis 1848, que la procédure de mise en cause des juges non magistrats ne s'applique pas aux arbitres. Cependant, il montre que si les dispositions sur la responsabilité du juge ne sont pas transposables à l'arbitre, les cas visés, eux, le sont.⁸⁴⁸

534. **La responsabilité personnelle de l'arbitre.** Pour la Cour constitutionnelle colombienne, la conception matérielle des affaires publiques permet d'associer des particuliers à sa gestion. C'est pourquoi, les arbitres sont soumis aux mêmes règles de contrôle et de responsabilité que les juges étatiques en raison de l'exécution de fonctions publiques fondées sur l'intérêt public.⁸⁴⁹ L'article 123 de la constitution dispose qu'il revient au législateur d'instituer un régime applicable aux particuliers qui exercent temporairement des fonctions publiques.

535. Les arbitres colombiens sont des juges qui exercent une fonction juridictionnelle publique, de caractère temporaire et leurs décisions ont la même valeur que celles de n'importe quel juge.⁸⁵⁰ En droit français, cette question est traitée différemment. L'arbitrage français tire sa force du pacte arbitral. Ce qui fait que « *l'arbitre est la seule personne qui, bien que n'ayant pas reçu délégation de l'Etat du pouvoir de juger, dispose d'un pouvoir juridictionnel* ». ⁸⁵¹ Il faut observer que si les arbitres

⁸⁴⁷ FRANÇOISE BRIEGEL. *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies, Vol. 6, n°2, (2002). p.2.

⁸⁴⁸ THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* n° 581, p.467.

⁸⁴⁹ C-181/97.

⁸⁵⁰ Cela est exprimé clairement dans le premier paragraphe de l'article 114 de la loi 23 du 21 mars 1991 qui prévoit que « les arbitres ont les mêmes devoirs, pouvoirs et facultés que ceux que le Code de procédure civile accorde aux juges. [...] ».

⁸⁵¹ CHARLES JARROSSON. *La notion d'arbitrage*, in *El contrato de arbitraje*, *Op. cit.* p. 8.

qui exercent leur mission en Colombie sont destinataires de normes qui leur octroient le même statut que les juges publics, les arbitres internationaux ne peuvent en bénéficier car ils ne sont tenus que par les conditions stipulées dans la convention d'arbitrage et dans le contrat d'arbitre.⁸⁵² Cependant, ils peuvent être sanctionnés en Colombie à cause des infractions pénales commises dans l'exercice de leur mission⁸⁵³ si la loi colombienne est la loi du siège de l'arbitrage.

536. L'article 40 du Code de procédure civile dispose que « sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires que la loi prévoit pour les juges et magistrats, ces derniers sont responsables des préjudices causés aux parties dans les cas suivants : 1. Lorsqu'ils agissent par dol, fraude à la loi ou abus d'autorité ; 2. Lorsqu'ils omettent ou retardent de manière injustifiée un jugement; 3. Lorsqu'ils commettent une erreur inexcusable, sauf si le préjudice aurait pu être évité à travers un recours soulevé par une des parties au litige. » La loi *estatutaria* dispose que l'Etat est responsable en raison des erreurs juridictionnelles causées par ceux qui exercent des fonctions d'administration de la justice.⁸⁵⁴ L'Etat doit se retourner contre les fonctionnaires ou les particuliers qui en raison de l'exercice de leurs fonctions ont engagé la responsabilité de l'Etat.⁸⁵⁵

La Cour constitutionnelle a été saisie d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 40 du Code de procédure civile. Elle juge qu'elle n'est pas compétente pour juger la constitutionnalité de cette disposition, abrogée par la loi *estatutaria* de l'administration de la justice.⁸⁵⁶ Cependant, nous pensons que son interprétation est erronée. Si la loi *estatutaria* de l'administration de la justice prévoit que l'Etat peut se retourner contre l'agent qui a engagé la responsabilité de l'Etat en raison d'une erreur juridictionnelle, le Code de procédure civile prévoit bien l'existence d'une action civile.

⁸⁵² Voir sur ce contrat: THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op cit.* Spéc. p. 475 – 795.

⁸⁵³ THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* n° 586 et 942 et s.

⁸⁵⁴ *Loi 270 de 1996. Article 65.* Voir à ce propos C-037/96.

⁸⁵⁵ *Loi 270 de 1996. Articles 71 et 74.*

⁸⁵⁶ Cour constitutionnelle, C-244A, (30-05-1996).

L'interprétation de la Cour constitutionnelle impose au justiciable la charge de prouver la responsabilité de l'Etat en raison de l'activité juridictionnelle pour obtenir la réparation du préjudice, tandis que l'article 40 du Code de procédure civile octroie au justiciable la possibilité d'attaquer directement le juge responsable pour dol, fraude à la loi, abus d'autorité ou erreur inexcusable. Les conditions et le degré de difficulté ne sont pas les mêmes dans les deux cas de figure. Ceci étant, l'article 114 de la loi 23 de 1991 prévoit que « les arbitres ont les mêmes devoirs, pouvoirs et facultés que prévoit le Code de procédure civile aux juges. Ils répondent en matière civile, pénale et disciplinaire dans les termes que la loi fixe pour les juges civils ».

La responsabilité des juges, y compris des arbitres, peut être engagée directement sur le fondement des règles générales de la responsabilité civile, disciplinaire et pénale. Il convient donc d'en étudier les conditions.

537. **La responsabilité civile de l'arbitre** peut être aussi bien contractuelle qu'extracontractuelle.⁸⁵⁷ *La responsabilité contractuelle* est celle qui découle du contrat d'arbitre. Elle peut être engagée lorsque l'arbitre n'accomplit pas les obligations fixées par les parties.⁸⁵⁸ Le juge civil est le juge compétent pour connaître de la responsabilité contractuelle des arbitres. Les parties doivent prouver que le

⁸⁵⁷ A propos de la responsabilité civile de l'arbitre : THOMAS CLAY. *De la responsabilité de l'arbitre*, in El contrato de arbitraje, Legis - Universidad del Rosario, (2006), Sous la direction de EDUARDO SILVA ROMERO. 543-578; JUAN DAVID PALACIO BARRIENTOS. La responsabilidad civil de los árbitros (Camara de comercio de Bogotá - Curso especializado de arbitraje 2010) ; BERNARDO CREMADES. *La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales*, Revista de la Corte Española de arbitraje, 9 - 23 (1990); MARIE GORE. *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in Electronic Journal of comparative law. <<http://www.ejcl.org/113/article113-13.pdf>>. Consulté le 12-12-2007; BIBIANA BERNAL MESA. *Poderes, Deberes y responsabilidades de los árbitros en el derecho colombiano*, Revista Foro del jurista, 23, 69-76 (2002).

⁸⁵⁸ Sur les obligations des arbitres voir n° 506 et s. La possibilité d'engager la responsabilité civile de l'arbitre est garantie de manière expresse par l'ordre juridique colombien depuis 1931 par le Code judiciaire (loi 105 de 1931) article 1226. Cet article détermine qu' « une fois acceptée la mission par les arbitres, ils sont tenus d'exercer les fonctions déterminées par la loi. S'il n'en est pas ainsi, ils sont responsables des préjudices qu'ils peuvent causer. ».

dommage découle du non-accomplissement des obligations contractuelles de l'arbitre.⁸⁵⁹

538. Compte tenu l'interprétation de la Cour constitutionnelle à propos de l'article 40 du Code de procédure civile, il n'existe aucune disposition particulière à propos de la *responsabilité civile extracontractuelle* de l'arbitre. Cependant, lorsque la sentence arbitrale cause des dommages aux parties du litige en raison de la témérité ou du dol dans l'exercice de la fonction arbitrale, rien n'empêche que la responsabilité des arbitres puisse être engagée sur le fondement des règles générales du Code civil. D'ailleurs, ils pourraient aussi engager leur responsabilité envers les autres membres du Tribunal arbitral lorsque le retard ou la non-exécution de ses obligations empêchent le Tribunal de rendre la sentence dans le délai fixé dans le contrat d'arbitre.

539. L'article 71 de la Loi 270 de 1996 dispose que la conduite d'un agent juridictionnel est entachée de dol ou est considérée comme grossière lorsqu'elle viole les normes de droit substantiel ou procédural à raison d'une erreur inexcusable ou de l'irrespect arbitraire des délais prévus par les règles de procédure (sauf lorsque le préjudice aurait pu être évité à travers des recours que les parties n'ont pas exercés).

540. *D'autres cas de responsabilité de l'arbitre.* L'article 102 de la loi 23 de 1991 sanctionne l'arbitre qui n'assiste pas aux audiences : « lorsqu'un arbitre n'assiste pas à deux réunions sans justification, il est renvoyé de ses fonctions. Il doit restituer au président du Tribunal, dans les cinq jours, la totalité des honoraires perçus en sus de 25% du montant. Cette somme sera utilisée pour payer l'arbitre

⁸⁵⁹JAIRO PARRA QUIJANO. La administración de justicia en Colombia, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/474/7.pdf>, consulté le 12-05-2011. L'unique cas de responsabilité civile à l'encontre d'un Tribunal arbitral que nous connaissons est celui de la Cour Suprême de Justice du 29 mai 1978 (Boletín 263-264 del Colegio de Abogados comercialistas). Ce cas

substitut ou sera restituée aux parties. » Une disposition équivalente s'applique en cas de d'absence, même justifiée, de l'arbitre à trois réunions. Dans ce cas, l'arbitre est automatiquement radié du Tribunal. Il doit restituer les honoraires, mais sans pénalité. Il s'agit d'une sanction disciplinaire décidée par les autres membres du Tribunal et d'une sanction pécuniaire afin de dédommager les parties au litige. De la même façon, si un des arbitres refuse de signer la sentence, il perd la moitié de ses honoraires.⁸⁶⁰ Ces sanctions sont prévues par la loi et ne requièrent pas de déclaration juridictionnelle préalable.

541. **La responsabilité disciplinaire de l'arbitre.** La loi 734 de 2002 (Code disciplinaire) prévoit à l'article 55 que « les arbitres et les conciliateurs sont soumis au même régime de fautes,⁸⁶¹ devoirs, prohibitions, inaptitudes,⁸⁶² incompatibilités,⁸⁶³ empêchements et conflits d'intérêts que les fonctionnaires juridictionnels et ce *dans une mesure compatible avec la fonction arbitrale*. Les sanctions applicables sont les mêmes que pour les fonctionnaires juridictionnels et sont imposées au regard de la fonction hiérarchique qu'exerçait le juge ou le magistrat déplacé ». ⁸⁶⁴

est cité par JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá, Tercera ed. (2010). p.289.

⁸⁶⁰ *Décret 1818 de 1998. Article 158.*

⁸⁶¹ L'arbitre est soumis aux procédures disciplinaires: s'il commet un délit à l'occasion de ses fonctions, s'il omet de révéler une cause d'empêchement ou de conflit d'intérêt prévue par la constitution ou la loi. S'il s'approprie directement ou indirectement des ressources publiques ou s'il permet à un tiers de le faire. S'il demande un tarif qui ne correspond pas à son service. S'il offre des avantages aux fonctionnaires publics ou aux particuliers afin d'obtenir des bénéfices personnels contraires à la transparence du service public. S'il exerce ses pouvoirs à une fin différente de celle prévue à sa nomination. S'il exerce ses fonctions en vue de contourner une norme de caractère impératif. S'il abuse des droits liés à l'exercice de sa fonction ou s'il va au-delà de l'étendue de ses fonctions.

⁸⁶² Lorsque les fonctionnaires publics agissent dans des conditions de non honorabilité indiquées par la loi, ces fonctionnaires sont soumis aux procédures disciplinaires et peuvent être sanctionnés.

⁸⁶³ Fonctions dont la loi interdit le cumul.

⁸⁶⁴ Le décret législatif 864 de 1953 transformé en législation permanente par la loi 141 de 1961 dispose que le contrôle sur l'arbitrage est assuré par le Ministère de la justice et le Procureur général de la République. Sur l'application du régime disciplinaire aux particuliers qui exercent des fonctions juridictionnelles transitoires voir *C-286/96*.

L'article 256-3 de la constitution dispose que le Conseil supérieur de la Magistrature et les Conseils locaux de la Magistrature examinent la conduite et sanctionnent les fautes de ceux qui exercent les fonctions juridictionnelles.⁸⁶⁵

L'article 111 de la loi 270 de 1996 dispose que la chambre disciplinaire du Conseil supérieur de la Magistrature est compétente pour juger des fautes disciplinaires commises par les fonctionnaires de la branche juridictionnelle, les avocats ainsi que les personnes habilitées de manière transitoire pour l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ses décisions sont des actes juridictionnels qui possèdent l'autorité de la chose jugée.

Les juges disciplinaires considèrent que les facteurs essentiels d'évaluation de l'activité du juge dans la décision finale sont : la référence à tous les faits et allégations des parties au cours de la procédure et la clarté et la précision des faits et des preuves qui fondent la décision (article 55 Loi 270/96).

542. *La sanction morale.* Il convient de rappeler que l'arbitre est un juge élu par les parties directement ou par l'intermédiaire d'une institution d'arbitrage. Ainsi, les arbitres prennent soin de leur activité juridictionnelle car leur prestige est en jeu. S'ils ne jugent pas conformément aux règles fixées par les parties et au droit en vigueur, la première sanction a un caractère social. Les problèmes touchant à leur conduite ont une conséquence dans le monde des affaires et freinent leur réélection dans d'autres affaires. Si l'agissement de l'arbitre l'expose aux sanctions disciplinaires prévues par les centres d'arbitrage qui l'ont élu, il risque d'être radié des listes, et, si son agissement constitue une faute au regard du Code de discipline, il peut également être sanctionné par une décision publique. En conséquence, il est assez rare que l'arbitre soit l'objet d'une procédure disciplinaire.

543. *Les sanctions disciplinaires.* L'accès à la jurisprudence en matière disciplinaire est plus délicat que dans d'autres domaines. Il n'existe jusqu'à présent aucun accès par internet, et nous n'avons pas connaissance de décisions publiées en la matière.

⁸⁶⁵ Voir Cour constitutionnelle, C-948/02, (06-11-2002).

Cependant, nous avons réussi à collecter quelques décisions au sein du Conseil supérieur de la Magistrature en faisant valoir notre intérêt académique pour le sujet.

Nous avons répertorié neuf affaires jugées par le Conseil supérieur de la magistrature. Sur neuf décisions aucune plainte n'a abouti : quatre décisions ont ordonné la fermeture de la procédure,⁸⁶⁶ deux ont rejeté la plainte,⁸⁶⁷ deux ont déclaré la prescription de l'action disciplinaire⁸⁶⁸ et une la nullité de la procédure.⁸⁶⁹ Huit décisions concernaient un arbitrage dans lequel une des parties était soit une personne publique soit une entreprise avec participation publique.⁸⁷⁰ Deux avaient été déjà l'objet d'un recours d'annulation⁸⁷¹ devant le Conseil d'Etat, et une d'elle a même été l'objet d'une action pénale.⁸⁷² Elles ont toutes été rejetées, tant par le juge administratif que par le juge d'instruction. Une plainte a été présentée en raison du montant de la sanction à laquelle a été condamnée l'entité publique,⁸⁷³ et, enfin, trois étaient fondées sur l'arbitrabilité objective du litige.⁸⁷⁴

Il faut faire observer que dans ces décisions il existe un dénominateur commun : le juge disciplinaire prend soin de réaffirmer les principes d'indépendance et d'autonomie fonctionnelle selon lesquels les décisions prises par les juges dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent pas être mises en cause lors d'une

⁸⁶⁶ Conseil supérieur de la magistrature, 110010102000 200601332 00 (15-03-2007) ; Conseil supérieur de la magistrature, 110010102000 200501242 00 (57 III 05), (16-08-2006) ; Conseil supérieur de la magistrature, 11001010200020050168900, (27-09-2006) ; Conseil supérieur de la magistrature, 11001010200020060005800160-27, (13-08-2008).

⁸⁶⁷ Conseil Supérieur de la Magistrature, 200500121 (7 – 18), (14-02-2005) ; Conseil supérieur de la magistrature, 110010102000200402714 00, (03-02-2005).

⁸⁶⁸ Conseil supérieur de la magistrature - chambre disciplinaire, 11001010200020050230700 00, (19-11-2009). 11001010200020060005800160-27.

⁸⁶⁹ En raison des conflits de compétence. Conseil supérieur de la magistrature, 11001010200020060025800, (16-03-2006).

⁸⁷⁰ 110010102000 200601332 00, *ibidem.* ; 11001010200020060005800160-27, *ibidem.* ; 11001010200020060005800160-27, *ibidem.* ; 200500121 (7 – 18) ; 110010102000200402714 00, *ibidem.* ; 110010102000 200501242 00 (57 III 05), *ibidem.* ; 11001010200020050168900, *ibidem.* ; 11001010200020050230700 00 ; 11001010200020060025800, *ibidem.*

⁸⁷¹ 11001010200020060005800160-27, *ibidem.* ; 110010102000 200501242 00 (57 III 05), *ibidem.*

⁸⁷² 110010102000200402714 00, *ibidem.*

⁸⁷³ Le procureur estimait que cette condamnation était un détriment au patrimoine public, 110010102000 200601332 00, *ibidem.*

⁸⁷⁴ En raison du budget.

instance disciplinaire. Les juges sont donc autonomes et indépendants pour sélectionner la norme applicable au cas qui leur est soumis et prendre la décision qu'ils considèrent la plus adéquate à la résolution du litige ;⁸⁷⁵ Lorsque le Ministère public n'est pas en accord avec la décision de fond prise par les arbitres en matière de contrats publics, il exerce comme ultime recours, après les recours contre la sentence arbitrale elle-même, l'action disciplinaire. Il n'obtient pas de résultats concrets dans les décisions que nous avons réussies à consulter.

544. **La responsabilité pénale de l'arbitre.** En matière de responsabilité pénale, les arbitres colombiens ont été toujours soumis au même régime juridique que le juge.

545. La loi 19 de 1890 (Code pénal) prévoyait, dans le chapitre relatif aux fonctionnaires publics, le délit de forfaiture. L'article 485 distinguait parmi les auteurs possibles de ce délit, les juges et les arbitres en droit et en équité.⁸⁷⁶ Le Code pénal distingue les fonctionnaires et les employés publics. Les premiers exercent une fonction publique avec juridiction et autorité tandis que les seconds collaborent à la réalisation des objectifs de l'Etat. « Les membres d'un tribunal arbitral sont des particuliers parce qu'ils ne sont pas soumis à la hiérarchie juridictionnelle, mais ils sont considérés comme des fonctionnaires publics parce qu'ils administrent la justice au nom de la République et par l'autorité de la loi dans les mêmes conditions que les juges. Par conséquent, ils ont les mêmes attributions et responsabilités. S'ils exercent illégalement ces fonctions, ils sont

⁸⁷⁵ La responsabilité disciplinaire des juges et magistrats ne peut comprendre ce qui concerne leur autonomie dans l'interprétation et l'application du droit et ce dans la limite de leurs compétences. Cour constitutionnelle, T-249/95, (01-06-1995).

⁸⁷⁶ La distinction entre les arbitres et les *arbitradores* faite par le droit espagnol tel qu'appliqué au XIX siècle a été maintenue par le Code Pénal de 1890 (loi 19 de 1890). Il visait (article 485), parmi ceux qui commettaient le délit de malversation, les juges ou les arbitres en droit et les *arbitradores*. Ces délits sont régis dans la section correspondante « aux délits des employés publics dans l'exercice de leurs fonctions et des particuliers dans l'exercice de ces fonctions ». La distinction est très importante parce qu'elle sert de fondement à la classification entre l'arbitrage formel ou rituel par opposition à l'arbitrage informel. Les *arbitradores* étaient donc ceux qui rendaient une sentence arbitrale en conscience ou en équité. Voir à ce propos : Cour suprême de justice, Chambre constitutionnelle, (29-05-1969).

responsables d'après la loi pénale. » La loi 105 de 1931 (Code judiciaire) prévoyait que même si les arbitres ne pouvaient pas être récusés, les parties étaient fondées à déclencher une action pénale pour corruption à leur encontre.

546. Le Code pénal colombien (Loi 599 de 2000) dispose que les particuliers qui exercent des fonctions publiques de manière permanente ou transitoire sont passibles des mêmes délits que les fonctionnaires publics.⁸⁷⁷ Les délits contre l'administration de la justice sont donc applicables aux arbitres *en ce qui est compatible avec leur fonction*. La Cour suprême de justice le juge ainsi depuis 1977.⁸⁷⁸ La question juridique soumise à la Cour est de savoir si l'arbitre peut être déclaré responsable dans les mêmes termes que les fonctionnaires publics pour une falsification commise dans l'exercice de ses fonctions. La Cour juge que l'arbitre est considéré au regard de la loi pénale comme un fonctionnaire : il exerce une fonction publique avec juridiction et autorité. Il y a une substitution de l'organe juridictionnel compétent : les arbitres sont des fonctionnaires publics de manière transitoire. Ils sont, en conséquence, responsables pénalement parce que les délits naissent de manière exclusive de l'exercice des fonctions publiques, qu'elles soient exercées de manière permanente ou transitoire. L'article 233 du Code pénal est donc applicable aux arbitres.⁸⁷⁹

547. En France, depuis la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, tout privilège de juridiction au bénéfice du juge a disparu. Il peut être poursuivi pénalement, comme tout autre citoyen, au nom du principe d'égalité de tous devant la loi pénale : Il peut être poursuivi pour abus d'autorité,⁸⁸⁰ soustraction et détournement de biens⁸⁸¹ en tant qu'agent public, corruption active ou passive⁸⁸² et

⁸⁷⁷ *Loi 599 de 2000. Article 20.*

⁸⁷⁸ Cour suprême de justice - chambre de cassation pénale, (27-10-1977).

⁸⁷⁹ Un arbitre a été condamné pour faux en document public car il a modifié le contenu d'un acte d'audience du Tribunal. (Boletín 212-213 del Colegio de abogados comercialistas). Cité par JULIO BENETTI. *Op. Cit.*

⁸⁸⁰ *Code pénal. Article 432-4.*

⁸⁸¹ *Code pénal. Art. 432-15.*

déni de justice,⁸⁸³ en tant que magistrat. L'arbitre qui exerce sa mission sous l'empire du droit d'un Etat étranger ou qui commet des actes de corruption ou de trafic d'influence passive est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 € d'amende.⁸⁸⁴ L'arbitre qui entrave l'exercice de la justice est également puni de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 € d'amende.⁸⁸⁵

Les arbitres colombiens peuvent être mis en cause en raison des délits commis contre l'administration de la justice énumérés par la loi pénale : violation du secret professionnel, corruption, complicité, blanchiment d'argent, emprise de la drogue, faux en écriture publiques. Les sanctions prévues sont la destitution, des amendes, des peines privatives de liberté, la révocation ou le simple avertissement.

*« Les dommages punitifs, quant à eux, ont essentiellement pour fonction de sanctionner un comportement déloyal ou frauduleux. [...] Certes, les dommages punitifs ont aussi une fonction de réparation du préjudice subi. Mais, par leur aspect punitif, ceux-ci sont « étrangers au droit civil » [5K.J. Tolson, « Conflicts Presented by Arbitral Award of Punitive Damages » p. 257] et présentent un caractère quasi-pénal. »*⁸⁸⁶ C'est pourquoi, pour des raisons d'ordre public, l'arbitre a longtemps été privé du pouvoir d'accorder des dommages punitifs.

548. Le régime de la responsabilité de l'arbitre est donc assez complet. Lorsque le législateur définit la responsabilité des fonctionnaires, il édicte des dispositions expresses à l'égard des arbitres. Si l'Etat leur confère l'exercice de fonctions publiques de nature juridictionnelle, il exige d'eux qu'ils soient à la hauteur de ces fonctions.

⁸⁸² *Code pénal. Art. 434-9.*

⁸⁸³ *Code pénal. Art. 434-7-1* : 7500 euros d'amende et 5 à 20 ans d'interdiction d'exercice des fonctions.

⁸⁸⁴ *Code pénal. Art. 435-7.*

⁸⁸⁵ *Code pénal. Art. 434-9.*

Deuxième section. L'exercice de la fonction publique juridictionnelle par les arbitres

549. L'article 116 de la constitution dispose que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle.⁸⁸⁷ La Cour constitutionnelle définit la juridiction comme le pouvoir de l'Etat d'administrer la justice. Les juges exercent la juridiction au nom de l'Etat mais seulement dans les limites de la compétence que leur octroie la loi.⁸⁸⁸ La justice est qualifiée par la constitution elle-même, de fonction publique.⁸⁸⁹

550. **Sur la fonction juridictionnelle.** Déjà en 1928, Francesco Carnelutti affirmait qu'il n'y pas « *pour la science procédurale de problème plus grave que celui qui concerne la détermination de la fonction juridictionnelle* » [F. Carnelutti, *Lite e funzione processuale*, *Riv.dir. proc.civ.* 1928, 1, p.23].⁸⁹⁰ Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Anrani Mekki montrent comment les constitutionnalistes envisagent la fonction juridictionnelle par rapport aux fonctions administrative et législative. La doctrine administrative s'intéresse davantage à l'autonomie de la fonction juridictionnelle par rapport à la fonction administrative, historiquement confondues. Cela explique le passage de la notion de juridiction à celle d'acte juridictionnel, fondement de la fonction juridictionnelle. Les civilistes s'intéressent

⁸⁸⁶ JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. *Op. cit.* p.93.

⁸⁸⁷ Le Conseil d'Etat détermine que les arbitres exercent des fonctions publiques transitoires depuis 1975. Voir avis : Conseil d'Etat - Avis, Ministerio de Gobierno, (24-09-1975).

⁸⁸⁸ Cour constitutionnelle, C-154/04, (24-02-2004).

⁸⁸⁹ Celle-ci est, dans un sens large, l'ensemble des activités des organes des pouvoirs publics, des organes autonomes et indépendants (article 113 de la constitution) et des autres entités ou agences publiques en vue de réaliser les finalités de l'Etat. Dans un sens étroit, la fonction publique est l'ensemble des principes et règles appliqués à ceux qui ont un lien de subordination avec les différents organes de l'Etat. Cour constitutionnelle C-536/98, (07-10-1998).

⁸⁹⁰ Cité par : LOÏC CADIET. JACQUES NORMAND. SORAYA AMRANI MEKKI. *Théorie générale du procès*. *Op. cit.* p.396.

à la distinction des fonctions contentieuse et gracieuse. « *En droit privé, la notion de juridiction est liée à la chose jugée, à l'imperium et à la possibilité d'exercer une voie de recours.* »⁸⁹¹ « *L'acte de juger, en général, consiste à appliquer une norme à une question. L'application d'une norme à une question litigieuse est un exercice pratique de la raison. La fonction juridictionnelle a pour objet d'apprécier et d'évaluer des situations conflictuelles et contextualisées au regard de raisons d'agir (de règles d'action) pertinentes pour le système juridique.* ».⁸⁹²

551. **La mission et la fonction juridictionnelle de l'arbitre.** D'un point de vue historique, les arbitres ont exercé une « mission juridictionnelle » plutôt qu'une « fonction juridictionnelle ».⁸⁹³

Les expressions « mission juridictionnelle » et « fonction juridictionnelle » ne sont pas équivalentes. Pour le Petit Robert, mission signifie : Charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose ou de faire quelque chose, tandis que fonction signifie l'exercice d'un emploi, d'une charge. Lorsque les parties à un litige choisissent librement l'arbitrage, ils confèrent aux arbitres la mission de résoudre leur litige. Le terme « fonction » a un sens précis dans le contexte colombien car il est défini par la constitution elle-même.

552. La Cour constitutionnelle explique que la constitution de 1991 a conféré un rôle nouveau aux particuliers. Ils deviennent des collaborateurs de l'administration dans les limites fixées par la constitution. La Cour ajoute que la séparation absolue entre le public et le privé est en train de s'effacer en raison du développement d'activités qui intéressent toute la société. Une nouvelle conception matérielle des affaires publiques permet que l'exercice de fonctions et d'activités d'intérêt public soient confiées à des particuliers, qui restent soumis à un régime de contrôle et de responsabilité propre à ces fonctions.⁸⁹⁴ Dans un sens large, la fonction

⁸⁹¹ *Ibidem.* p.396-400.

⁸⁹² PHILIPPE COPPENS. Normes et fonction de juger, Paris, Bruylant - L.G.D.J. (1998). p. 211.

⁸⁹³ Sur la mission juridictionnelle de l'arbitre voir : CLAY, THOMAS *L'arbitre. Op. cit.*

⁸⁹⁴ C-181/97.

juridictionnelle est donc une fonction publique exercée par la branche juridictionnelle du pouvoir public, mais aussi, de manière exceptionnelle, par d'autres autorités.⁸⁹⁵

553. **La nature juridictionnelle de l'arbitrage.** L'arbitrage en Colombie a une nature éminemment juridictionnelle en dépit de son origine contractuelle. Il ne peut avoir arbitrage que si le tiers est investi d'une fonction juridictionnelle. C'est de la constitution que découle une des particularités principales du droit colombien de l'arbitrage : l'exercice de fonctions juridictionnelles de nature publique par les arbitres. Cette particularité paraît aller à l'encontre de la doctrine majoritaire de l'arbitrage qui estime que la mission des arbitres a une nature privée mais également juridictionnelle. Henry MOTULSKY indique à propos de la nature de l'arbitrage en droit français, qu'« *en l'état de la réglementation, il est permis de déclarer, comme d'éminents auteurs n'ont pas hésité à le faire, qu'il existe "deux justices" : celle de l'Etat et celle des arbitres, étant entendu que "l'organe de la justice arbitrale est un juge privé" (...)* l'arbitre répondant en tous points à cette définition, accomplit donc de tels actes au point de vue matériel (solution), formel (procédure) et organique (habilitation légale) ; il est juge comme l'est le magistrat. Mais il est juge privé. Aussi la différence ne réside-t-elle dans la structure de l'acte, mais uniquement dans des éléments qui lui sont extérieurs, à savoir ses conditions de déclenchement et ses effets. »⁸⁹⁶

554. L'arbitrage est donc une vraie juridiction d'un point de vue matériel mais les arbitres ne font pas partie de la structure étatique d'administration de la justice. Nonobstant, en vertu de l'autorisation constitutionnelle, l'arbitrage a un

⁸⁹⁵ Cour constitutionnelle, C-1159/08, (2008).

⁸⁹⁶ HENRI MOTULSKY. *Ecrits et notes sur l'arbitrage* § 2, Paris Dalloz. (1973). Voir également : THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* n° 87-97. CHARLES JARROSSON. *Arbitrage et juridiction*, Revue Droits, 9, 108 (1989) ; HENRI MOTULSKY. *La nature de l'arbitrage, op. cit.* ; CHARLES JARRONSON. *La notion d'arbitrage, op. cit.*

fondement constitutionnel qui implique que les arbitres ont les mêmes devoirs, pouvoirs et responsabilités que les juges étatiques.⁸⁹⁷

555. **La fonction des arbitres par rapport à celle des juges.** Thomas Clay explique que « *le statut d'un juge étatique peut être identifié par trois caractéristiques principales : c'est un juge public, imposé aux parties, et exerçant en principe son activité en permanence. Sur chacun de ces points déterminants, le statut de l'arbitre se définit différemment : il est un juge privé, choisi par les parties et nommé temporairement* ». ⁸⁹⁸ Nonobstant, il démontre qu'il y a bien identité entre les fonctions exercées par l'un et l'autre, axées sur l'exercice de la fonction juridictionnelle. ⁸⁹⁹

556. L'article 114 de la loi 23 de 1991 dispose que « les arbitres ont les mêmes devoirs, pouvoirs et facultés [...] que les juges. Ils peuvent voir engager leur responsabilité civile, pénale et disciplinaire dans les mêmes conditions que les juges civils ». ⁹⁰⁰ Ainsi, si les arbitres ont les mêmes pouvoirs que les juges, comme ces derniers ils ont la *jurisdictio* : ils disent le droit et tranchent le litige.

L'arbitre est, en principe, dépourvu de l'*imperium*.⁹⁰¹ Or, Charles Jarronsson explique que « *l'imperium est un ensemble de pouvoirs : l'un d'entre eux est la jurisdictio* »⁹⁰²

⁸⁹⁷ C-242/97.

⁸⁹⁸ THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* Spéc., n° 87, p. 71.

⁸⁹⁹ En droit interne, tant la loi que la convention d'arbitrage fixent les règles concernant les pouvoirs des arbitres. Néanmoins, les parties ne peuvent moduler les pouvoirs des arbitres que dans les limites déterminées par la loi. C'est donc dans ces limites que la volonté des parties peut s'affirmer comme source de pouvoirs de l'arbitre. En droit international, les pouvoirs des arbitres découlent des stipulations des parties et, en défaut de ces stipulations, des règles déterminées par les ordres juridiques matériels et procéduraux applicables.

⁹⁰⁰ La loi 270 de 1996 accroit les devoirs des juges (article 153) : 1. Les juges doivent veiller au respect de la constitution, des lois et des règlements dans les limites de leur compétence. 2. Exercer avec honorabilité, célérité, moralité, loyauté et impartialité les fonctions attribuées [...] 6. Garder le secret, même après la cessation de leurs fonctions, sans préjudice de l'obligation de dénoncer tout fait délictueux. 7. Respecter les délais légaux. 11. Veiller à la conservation des documents ou biens confiés à sa garde ou administration [...] 15. Résoudre les cas soumis à sa compétence dans les délais et selon les principes et garanties qui orientent la fonction juridictionnelle. [...].

⁹⁰¹ Voir dans ce sens : DAVID CHEKROUN. *L'imperium de l'arbitre*, Thèse doctorale, Panthéon-Sorbonne (Paris I), (2008) ; CHARLES JARROSSON. *Réflexions sur l'imperium*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, (1991), 245 - 279.

[...] La force exécutoire relève donc de l'*imperium merum*, de cet *imperium* à l'état pur qui ne pourra jamais appartenir à l'arbitre.⁹⁰³ [...] L'arbitre possède donc un *imperium mixtum* qui est étroitement lié au pouvoir juridictionnel du juge. Il est la composante de l'*imperium* qui relève principalement de l'*imperium merum*, mais qui en est cependant détachée afin d'être reliée à la *jurisdictio* à l'efficacité de laquelle elle contribue. »⁹⁰⁴

557. A l'occasion d'une demande de déclaration de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle juge que les pouvoirs des juges, y compris des arbitres, sont: a) le pouvoir de décision ayant force obligatoire pour les parties ; b) le pouvoir coercitif pour assurer les conditions nécessaires à l'accomplissement de la décision ; c) le pouvoir d'ordonner le rapport des preuves, à la demande des parties au litige ou même d'office, afin de constater les faits et trancher le litige, et, d) le pouvoir d'exécution qui est étroitement lié au pouvoir coercitif qui impose le respect du mandat judiciaire clair, exprès et exigible qui résulte de la décision juridictionnelle.⁹⁰⁵ La Cour constitutionnelle reconnaît ainsi que le juge arbitral possède un *imperium* lié étroitement à la nature de sa fonction juridictionnelle.

Cet *imperium mixtum* ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle : ce n'est pas un monopole de l'État et peut donc revenir à l'arbitre en vertu de l'autorisation que celui-ci obtient de l'État pour administrer la justice. « *Il est indissolublement lié à la jurisdictio et lui confère sinon sa valeur, du moins une part de son efficacité* ».⁹⁰⁶ C'est donc une source des pouvoirs pour l'arbitre, y compris en matière de contrats publics. Il faut se demander quelle est l'étendue de ces pouvoirs. (Première sous-section). En outre, si l'arbitre a la *jurisdictio*, sa mission

⁹⁰² « Certains auteurs utilisent l'intéressante distinction entre *imperium merum* et *imperium mixtum*, où l'*imperium merum* s'entend le noyau dur de l'*imperium* : le pouvoir de contrainte, et l'*imperium mixtum* est cette parcelle d'*imperium* pur qui est indissociable [V. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 3^{ème} éd. 1876, p. 543...] de la *jurisdictio* [U. Coli, « Sur la nature de l'*imperium* en droit public romain », *Rev. Internat. Des dr. De l'Antiquité*, 1960.361, spéc. p.379.] CHARLES JARROSSON. *Ibidem.* n° 39.

⁹⁰³ *Ibidem.* n° 58.

⁹⁰⁴ *Ibidem.* n° 81.

⁹⁰⁵ La Cour tire ces conclusions de l'article 116 de la constitution et de l'article 114 de la loi 23 de 1991. C-431/95.

⁹⁰⁶ CHARLES JARROSSON. *Réflexions sur l'imperium Op. cit.* n° 80.

ne se réduit pas à rendre une décision juridictionnelle : il doit prendre des mesures provisoires et d'administration judiciaire. Il garantit ainsi les intérêts litigieux des parties à la procédure sans ignorer les privilèges découlant de la nature publique des biens et des personnes parties au contrat public (Deuxième sous-section).

Première sous-section. Les pouvoirs juridictionnels de l'arbitre

558. Dans la première partie de notre travail, nous avons mis en évidence les problèmes découlant de la présence d'actes administratifs dans l'objet litigieux soumis aux arbitres.⁹⁰⁷ Nous avons étudié l'arbitrabilité objective, la jurisprudence constitutionnelle et l'évolution de la position du Conseil d'Etat à propos des « actes administratifs contractuels ». ⁹⁰⁸ Nous avons également vu qu'en vertu des compétences de résolution des litiges, les Commissions de régulation (Autorités administratives indépendantes) édictent des actes administratifs relatifs aux contrats publics contenant une clause compromissoire.⁹⁰⁹ Il convient de se demander s'il est possible d'assimiler les compétences du juge administratif et des autorités administratives indépendantes aux compétences des arbitres en matière de contrats publics (§1). Plus particulièrement, il faut s'interroger sur le point de savoir si l'arbitre a le pouvoir d'annuler un acte administratif lié à un contrat public (§2).

§1. Sur les actes administratifs

559. Si la loi autorise l'arbitrage des contrats publics, elle n'a rien prévu en ce qui concerne les actes administratifs. Les pouvoirs des arbitres sur les contrats sont assez clairs : ils sont les mêmes que ceux du juge naturel du contrat. Ils incluent le

⁹⁰⁷ Voir n° 372 et s.

⁹⁰⁸ Voir n° 408 et s.

⁹⁰⁹ Voir 415 et s.

pouvoir d'annulation du contrat en vertu du principe d'autonomie de la clause compromissoire.⁹¹⁰

Cependant, une des parties au contrat public est l'administration : elle peut édicter des actes administratifs étroitement liés à la formation, l'exécution ou le décompte du contrat public.⁹¹¹ Ces actes peuvent être source d'innombrables litiges. Il convient donc de préciser la notion même d'acte administratif avant de présenter les enjeux de cette notion vis-à-vis des pouvoirs juridictionnels de l'arbitre.

560. Les difficultés découlant de la notion même d'acte administratif.

L'acte administratif et le contrat administratif sont des actes juridiques : ils naissent de la libre volonté de l'administration de produire des effets juridiques. Mais l'administration est soumise au principe de légalité. La constitution dispose que les autorités publiques ne peuvent exercer d'autres fonctions que celles que leur attribuent la constitution et la loi.⁹¹² Les autorités publiques sont responsables de la violation du texte constitutionnel ou de la loi, de l'omission ou de l'extralimitation de leurs fonctions.⁹¹³

561. La définition des pouvoirs des arbitres à l'égard des actes administratifs liés aux contrats publics est une tâche complexe : la notion d'acte administratif n'est pas univoque, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence administrative. « *La définition de l'acte administratif peut être faite en se plaçant de points de vue différents. Les définitions qui en résultent ne coïncident pas ; mais à chacune s'attachent des intérêts juridiques précis. C'est pourquoi l'on est obligé de tenir compte de la coexistence de plusieurs notions de l'acte administratif, chacune dotée de son intérêt propre par les distinctions et classifications auxquelles elle conduit* ». ⁹¹⁴

⁹¹⁰ Décret 1818 de 1998. Article 118. Paragraphe.

⁹¹¹ Domaines arbitrables selon l'article 70 et 71 de la loi 80 de 1993.

⁹¹² Constitution. Article 121.

⁹¹³ Constitution. Article 6.

⁹¹⁴ YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif*; Op. cit. p.513, n° 1099.

562. **Les critères de définition de l'acte administratif.** L'acte administratif peut être défini selon un critère formel (l'acte administratif est l'acte édicté par un organe administratif de l'Etat)⁹¹⁵ ou selon un critère matériel (par son contenu à portée générale ou individuelle). Les actes réglementaires sont des dispositions à caractère général, abstrait, impersonnel, édictés impérativement par l'Etat. Les actes individuels touchent à la situation juridique d'un *administré nommé dans l'acte*.⁹¹⁶

*« Le pouvoir de prendre des décisions s'imposant par la seule volonté de leur auteur et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent est un pouvoir remarquable de l'administration. C'est la première des prérogatives de la puissance publique. Cette prérogative permet d'imposer des obligations, de délivrer des autorisations, de conférer des droits sans titre juridictionnel, c'est-à-dire sans avoir à faire reconnaître par un juge son droit d'agir. »*⁹¹⁷

563. **L'application des différents critères de définition de l'acte administratif à l'arbitrage des contrats publics.** Si l'on retient la définition formelle de l'acte administratif en matière d'arbitrage des contrats publics, les arbitres ne peuvent pas être compétents pour juger un acte administratif même s'il est étroitement lié à l'objet du litige contractuel (première étape de la jurisprudence).⁹¹⁸ A l'inverse, si l'on retient le critère matériel, l'arbitre ne peut être compétent que sur le contenu disponible de l'acte administratif individuel (deuxième et troisième étape).⁹¹⁹

Il est essentiel d'envisager une approche critique du domaine de compétence des arbitres au regard de la jurisprudence administrative afin de savoir si les arbitres ont un pouvoir d'annulation des actes administratifs.

⁹¹⁵ *Ibidem.* n° 1100.

⁹¹⁶ *Ibidem.* n° 1118 et s.

⁹¹⁷ C'est à cette prérogative qu'Hauriou a donné le nom de « privilège du préalable ». RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général* § 1, Paris, L.G.D.J. (1999). 15 ed. Spéc. p.501, n° 668.

⁹¹⁸ Voir n° 391 et s.

564. **Les débats jurisprudentiels.** Les grands débats jurisprudentiels se focalisent sur l'arbitrabilité des actes administratifs et sur le contrôle de leur légalité. La limite à l'arbitrabilité objective des litiges s'est consolidée, dans les termes de la jurisprudence constitutionnelle sur les actes administratifs « édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels ». Cependant, l'interprétation de l'expression de la Cour constitutionnelle n'est pas uniforme.

Dans une première période, la jurisprudence administrative a procédé à une interprétation très large du dispositif constitutionnel qui limite la compétence des arbitres sur les actes édictés en vertu des pouvoirs exceptionnels. Le Conseil d'Etat étend cette limite à *toutes sortes d'actes administratifs contractuels* (conception formelle de l'acte administratif).⁹²⁰ Il est revenu, ensuite, sur la notion même d'acte administratif en envisageant son contenu de manière à distinguer parmi eux, ceux qui constituent de *réels actes administratifs* (conception matérielle de l'acte administratif).⁹²¹ Enfin, il ne limite plus aujourd'hui l'arbitrabilité qu'aux *actes édictés par l'administration en vertu de ses pouvoirs exceptionnels, c'est-à-dire, les seuls actes visés à l'article 14 de la loi 80 de 1993* (actes unilatéraux d'interprétation, de modification, de résiliation et de résiliation-sanction.)⁹²² Il élargit donc le domaine de compétence arbitrale au contrôle de légalité des autres « actes administratifs contractuels ». Le Conseil d'Etat explicite sa position : il juge désormais que les arbitres sont compétents pour contrôler la validité des actes administratifs autres

⁹¹⁹ Voir n° 402 et s.

⁹²⁰ *Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394. *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973. *Pinski vs. Carbocol*, 10882. *IDU vs. World Parking*, 19090 ; *Sociedad Molinares vs. Universidad de la Guajira*, 12910. *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041 ; *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356 ; *Invias vs. Consorcio Richi*, 21040 ; *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca*, 21217. *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561. *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846 ; *Medardo Serna Vallejo vs. Caja de sueldos de Retiro de la Policia Nacional*, 10875 ; *Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación*, 25154.

⁹²¹ *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356. *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021. *Telecom vs. ETB*, 25156. *Consorcio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima*, 19333. *Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias*, 25561. *Unidad Administrativa Especial de la Aeronautica Civil vs. Sociedad Aereoportuaria de la Costa*, 27946. *Departamento de Casanare*, 16718.

⁹²² *Porvenir vs. Incoder*, 36252. *ETB vs. Celcaribe*, 33644. *ETB vs. Comunicacion Celular Comcel*, 33645. *ETB vs. Ocel*, 33643.

que ceux visés à l'article 14 de la loi 80 de 1993. Or, la distribution des compétences juridictionnelles procède de la loi : le Code de procédure administrative définit les compétences de la juridiction administrative, parmi lesquelles le contrôle de la validité des actes administratifs ; la loi 142 de 1994 confère la faculté de résolution de litiges aux Commissions de régulation,⁹²³ et le décret 1818 de 1998 définit le régime juridique de l'arbitrage.

Il convient de s'interroger d'abord sur l'étendue des compétences de la juridiction administrative et des arbitres, pour déterminer ensuite si les arbitres peuvent réellement exercer le contrôle de légalité des actes administratifs autres que ceux visés à l'article 14 de la loi 80 de 1993.

565. **Le cadre juridique de distribution des compétences.** *La loi estatutaria de l'administration de la justice*, loi 270 de 1996, définit les principes et la structure générale de l'administration de la justice.⁹²⁴ Cette loi dispose que les fonctions de la juridiction administrative, à l'instar de celles des arbitres et des conciliateurs, sont déterminées par la loi.⁹²⁵

Il est essentiel d'étudier le contenu des règles qui déterminent les compétences de la juridiction administrative et des arbitres afin de cerner leurs domaines de compétence respectifs sur les actes administratifs.

Le Code de procédure contentieuse administrative (article 82) dispose que la juridiction administrative juge les litiges nés de l'activité des entités publiques, y compris les sociétés d'économie mixte lorsque leur capital public est supérieur à 50 % et les personnes privées qui exercent des fonctions publiques. La juridiction administrative est composée du Conseil d'Etat, des tribunaux et des juges administratifs. L'article 83 du même Code dispose que la juridiction administrative

⁹²³ Parmi les fonctions et facultés des Commissions de régulation, l'article 73.8 de la loi 142 de 1994 établit celles de résoudre les conflits découlant des contrats ou de servitudes existants entre les entreprises, si ces compétences n'ont pas été attribuées à d'autres autorités administratives. La Commission peut être saisie par les parties au conflit. La décision fait l'objet d'un contrôle juridictionnel de légalité.

⁹²⁴ *Constitution. Article 152.*

⁹²⁵ *Loi 270 de 1996. Articles 8, 13, chapitre III, articles 33 et suivants.*

juge les actes administratifs, les faits, les omissions, les opérations administratives et les contrats administratifs.

L'article 84 définit les causes de nullité des actes administratifs⁹²⁶ et l'article 85 dispose que celui à qui fait grief un acte administratif peut en demander l'annulation ainsi que l'indemnisation du préjudice subséquent. L'article 87 dispose que les actes édictés avant la conclusion du contrat public et les actes édictés en raison de l'activité contractuelle sont passibles des actions en nullité (art. 84) et de plein contentieux (art. 85) dans les 30 jours suivant la notification de l'acte administratif.

Le décret 1818 de 1998 (article 115), qui compile les normes relatives aux modes alternatifs de résolution de litiges, dont l'arbitrage, définit ce dernier dans les termes suivants : « l'arbitrage est un mécanisme par lequel les parties à un conflit susceptible d'être résolu par voie de transaction, le soumettent à la décision d'un Tribunal arbitral qui est investi transitoirement de la faculté d'administrer la justice au travers d'une sentence arbitrale [...] » (Nous soulignons).

La loi 80 de 1993, portant statut des contrats publics, dispose (articles 70 et 71) que les litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution, du développement, de la résiliation ou du décompte des contrats publics peuvent être soumis à l'arbitrage. L'article 75 dispose que sans préjudice des articles 70 et 71, la compétence pour connaître des litiges relatifs aux contrats publics et aux procédures d'exécution ou d'accomplissement relève de la juridiction administrative.

566. **L'arbitrage vis-à-vis de la structure de la juridiction administrative.** Si les arbitres, en tant que juges du contrat public, se substituent à la juridiction

⁹²⁶ Les actes administratifs sont nuls lorsqu'ils sont émis en contrariété avec les normes juridiques sur lesquelles ils doivent se fonder ainsi que lorsqu'ils sont émis par des fonctionnaires ou organismes incompetents, lorsqu'ils violent le procès équitable ou les droits de la défense, ou lorsqu'ils sont édictés sans motivation.

administrative,⁹²⁷ ils ne font pas pour autant partie de sa structure. En effet, le Conseil d'Etat juge que :

« Il n'est pas possible de soutenir que les tribunaux arbitraux sont des juges administratifs lorsqu'ils tranchent les litiges découlant des contrats publics. La juridiction administrative est parfaitement délimitée par la *loi estatutaria* de l'administration de la justice. Celle-ci énumère de manière rigoureuse les organes qui font partie de cette juridiction, dont les tribunaux arbitraux ne font pas partie. C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a estimé que l'existence d'une juridiction spécialisée dans la préservation du principe de légalité de l'action administrative, laquelle doit s'exercer dans les termes de la loi, est de valeur constitutionnelle. »⁹²⁸

La Cour constitutionnelle rappelle que « l'article 116 de la constitution énumère les organes et les personnes qui peuvent administrer la justice, mais cela ne signifie pas qu'ils s'intègrent tous à la branche juridictionnelle des pouvoirs publics. Seul les organes visés au paragraphe premier de l'article 116 font partie de cette branche et administrent la justice de manière permanente. »⁹²⁹

Le Tribunal arbitral ne se constitue qu'en raison de l'existence d'un litige particulier. Il disparaît une fois qu'il a accompli sa mission juridictionnelle. Le Tribunal arbitral ne peut donc appartenir organiquement à la juridiction administrative.⁹³⁰

Même si l'arbitre se substitue à la juridiction administrative en raison de la nature du litige qui lui a été confié, nous ne pouvons pas affirmer que l'arbitre dispose des mêmes compétences que le juge administratif : les siennes se limitent au

⁹²⁷ Conseil d'Etat, *Consortio L&A vs. IDU*, 33795, (19-07-2010). Conseil d'Etat, Colombia Móvil S.A. ESP, 35564, (22-07-2009) ; *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004.

⁹²⁸ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973.

⁹²⁹ C-037/96.

⁹³⁰ Cependant, en droit français, M. Chapus estime que « il [l'arbitre] aura la qualité d'une juridiction administrative, si le litige est de ceux qui entrent dans le domaine de compétence de l'ordre administratif et il se trouvera substitué à la juridiction (le tribunal administratif, normalement) qui aurait jugé le litige en premier ressort (et que, après le prononcé de la sentence arbitrale, les parties ne pourront plus saisir) »⁹³⁰. RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, n° 299, p. 269.

domaine contractuel de nature disponible.⁹³¹ C'est pourquoi, il est nécessaire de vérifier si les arbitres disposent de la compétence légale de contrôler la légalité des actes administratifs afin de déterminer la portée du revirement de la jurisprudence administrative dans l'arrêt Incoder.⁹³²

§2. Sur le contrôle des « actes administratifs contractuels »

567. A part les dispositions du cahier des charges qui ont une nature mixte,⁹³³ les actes administratifs édictés en raison de l'activité contractuelle de l'administration sont, en principe, des actes particuliers. L'arrêt Incoder juge que les arbitres ont compétence pour contrôler la validité des actes administratifs qui ne touchent pas l'exercice des prérogatives consacrées par l'article 14 de la loi 80 de 1993. Or, le contentieux de la validité des actes administratifs particuliers se décompose en deux étapes essentielles : le juge contrôle d'abord la légalité de l'acte administratif (contentieux objectif), puis évalue, le cas échéant, les préjudices causés à l'administré et ordonne son indemnisation (contentieux subjectif).

568. **Le cadre juridique du contrôle de validité des actes administratifs.** Aux termes de l'article 84 du Code de procédure administrative, la nullité des actes administratifs est prononcée lorsqu'ils violent les normes juridiques supérieures, lorsqu'ils sont émis par des fonctionnaires ou organismes incompétents, lorsqu'ils violent le droit à un procès équitable ou les droits de la défense ou encore lorsqu'ils sont édictés de manière frauduleuse ou par détournement de pouvoir.

⁹³¹ Voir n° 275 et s.

⁹³² Sur cet arrêt voir n° 430 et s.

⁹³³ Le cahier des charges de l'appel d'offre délimite et établit le contenu du contrat. Il est la loi du contrat. Le cahier des charges est un acte de « nature mixte » car il naît comme un acte administratif de caractère général dont le contenu devient une partie essentielle des clauses contractuelles après l'attribution du contrat au mieux disant. Conseil d'Etat, Francisco Ignacio Herrera Gutierrez vs. IPSE, 18059, (30-11-2006).

Nous pouvons ainsi nous accorder avec Carlos Betancur Jaramillo sur le fait que « *le système de garanties des administrés repose sur deux piliers fondamentaux : le principe de la légalité et le principe de responsabilité de l'administration* ». ⁹³⁴

D'une part, « *l'exercice de la fonction administrative est dominé par le principe fondamental de légalité. Ce principe signifie que les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de règles de droit de rangs et de contenus divers, qui sont fonction, dans chaque cas, de la place et des compétences de l'autorité administrative qui agit. Ce principe concerne toutes les activités des autorités administratives : d'abord, au premier chef, les décisions administratives individuelles et les contrats, pour lesquels il signifie que toute mesure particulière doit être conforme aux règles générales préétablies ; mais aussi les actes administratifs réglementaires qui doivent eux-mêmes respecter la légalité* ». ⁹³⁵

D'autre part, l'article 6 de la constitution dispose que les particuliers sont responsables de la violation de la constitution et de la loi. Les fonctionnaires publics sont responsables, dans la même mesure, pour l'omission ou l'extralimitation de leurs fonctions. L'administration doit donc agir en conformité avec la loi. « *Les normes qui définissent les compétences des autorités juridictionnelles sont d'ordre public et obligatoires.* » ⁹³⁶

569. **Approche critique de la position du Conseil d'Etat.** Les compétences des arbitres sont circonscrites uniquement aux seuls litiges de nature disponible. Nous ne partageons donc pas le point de vue du Conseil d'Etat relativement à la compétence des arbitres pour contrôler la validité des actes administratifs contractuels autres que ceux visés à l'article 14 de la loi 80 de 1993.

Le Conseil d'Etat fonde sa position sur les règles relatives à la conciliation. Si le législateur (Loi 446 de 1998) autorise la conciliation sur les actes administratifs passibles de l'action de nullité ou de plein contentieux, il faut relever que la loi

⁹³⁴ CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*. Op. cit. p. 23.

⁹³⁵ YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif*. Op cit., n° 1134, p. 531.

⁹³⁶ Cour constitutionnelle, A-004/96, (22-02-1996).

dispose que la conciliation n'est possible que pour les actes administratifs « particuliers et de contenu économique ».

*On peut donc affirmer, avec le Conseil d'Etat, que les actes administratifs particuliers et de contenu économique ont un contenu de nature disponible, et qu'en conséquence, ils sont susceptibles d'arbitrage. Cependant, il ne nous semble pas que l'arbitre puisse contrôler la validité de ces actes : ce qui est disponible dans ces actes est réductible à leur contenu économique.*⁹⁵⁷

L'arbitre ne peut, selon nous, contrôler ni la compétence du fonctionnaire administratif pour édicter l'acte administratif, ni le respect du droit à un procès équitable dans la procédure d'édition de l'acte administratif, ni juger de la motivation de l'acte administratif, ni vérifier que le fonctionnaire n'a pas commis de détournement de pouvoir (article 84 du Code contentieux administratif). L'attribution d'une fonction semblable aux arbitres dénaturerait l'arbitrage.

570. **L'arbitre n'est compétent que sur le contentieux subjectif.** Si le juge administratif a compétence pour trancher les litiges concernant le contentieux objectif ainsi que le contentieux subjectif des actes administratifs, nous ne pouvons pas faire la même affirmation quant aux arbitres. Ils sont seulement juges des droits subjectifs découlant du rapport contractuel. L'arbitre peut donc être juge du contenu disponible de l'acte administratif. Mais, il ne peut pas contrôler la validité de l'acte administratif. Dans le droit colombien, il ne peut pas en être autrement. La constitution attribue aux arbitres des fonctions publiques juridictionnelles, et la loi leur attribue les mêmes devoirs et responsabilités que les juges étatiques. Le contrôle de légalité n'est pas, pour autant, extensible de manière implicite aux arbitres ou à d'autres autorités : le juge pénal et le juge civil ne peuvent pas non plus juger la légalité d'un acte administratif. Seule une disposition légale expresse pourrait justifier une telle affirmation.

571. **Le critère de libre disponibilité des droits détermine l'étendue de la compétence des arbitres.** Le critère de libre disponibilité est consolidé dans le

droit colombien et répandu en droit comparé.⁹³⁸ Comme le dit Charles Jarrosson, « *disposer de ses droits est l'une des manières d'user de la liberté contractuelle, et la soumission du litige à l'arbitrage est l'une des manifestations de cette liberté [...] l'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté, et, partant à la liberté contractuelle. Elle nous conduit, irrésistiblement, nécessairement vers la notion d'ordre public. [...] Il y a tout d'abord l'ordre public qui nous intéresse au premier chef : celui qui considère qu'au nom de l'intérêt social tel ou tel litige ne peut être abordé que par un juge étatique ; l'arbitrage est alors exclu, car les droits litigieux sont rendus indisponibles par les liens très étroits qu'ils entretiennent avec l'Etat, ses institutions, ou les intérêts essentiels de la société. Il y a ensuite l'ordre public qui, comme on l'a fort bien écrit⁹³⁹ emporte 'uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité' ; dès lors, il appartient à l'arbitre 'de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, telle que le prononcé d'une nullité d'ordre public'. »⁹⁴⁰*

572. Le juge administratif dispose de la compétence générale sur les actes, faits, omissions et opérations de l'administration. Il contrôle seul la légalité de l'activité de l'administration : il s'agit de protéger *l'ordre public qui touche étroitement à l'Etat, à ses institutions ou aux intérêts essentiels de la société*. L'arbitre est uniquement compétent pour les litiges de nature disponible qui découlent de la passation, de l'exécution, du développement et du décompte du contrat public. Ainsi, *l'arbitre juge le litige contractuel dans le respect de l'ordre public et en tire toutes les conséquences*.

⁹³⁷ Le Conseil d'Etat réaffirme après l'arrêt *Incoder* que « seuls les effets économiques des actes administratifs sont susceptibles de conciliation ». Conseil d'Etat, 2009-00241, (15-03-2010).

⁹³⁸ L'Allemagne, La Suisse, La Belgique, Le Brésil, L'Espagne, L'Italie, les Pays bas, le Portugal, L'Argentine, la Bolivie, L'Equateur, Le Salvador, Le Guatemala, Le Honduras, Le Nicaragua, Le Panama, Le Pérou, La République Dominicaine, L'Uruguay, Le Venezuela entre autres. Voir à ce propos : El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Sous la direction de: CRISTIAN CONEJERO ROOS. ANTONIO HIERRO HERNANDEZ-MORA. VALERIA MACCHIA. CARLOS SOTO CAGUILA. Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira, Legis (2009) ; Pour une position a *contrario* voir l'intéressant travail de MARTIN ENRIQUE BERMUDEZ. *Op. cit.*

⁹³⁹ [G. Horsmans, « L'arbitrage et l'ordre public interne belge », *Rev. Arb.* 1978.79, spéc. p.93 s.].

⁹⁴⁰ CHARLES JARROSSON. *L'arbitrabilité : présentation méthodologique. Op. cit.* n° 11, p.3. et 4.

573. Selon le juge constitutionnel : « lorsque le litige soumis aux arbitres concerne *exclusivement les droits patrimoniaux nés d'un acte administratif*, les arbitres sont compétents pour le juger. [...] Cependant, le juge administratif est le *juge naturel de la légalité* des actes administratifs en vertu des articles 236, 237 et 238 de la constitution »⁹⁴¹ (Nous soulignons).

574. L'arrêt Incoder, malgré son caractère explicite, a, à notre avis, une portée incertaine. Il faut prendre en considération le fait que trois des cinq conseillers d'Etat qui ont voté cette décision, ont exprimé des opinions individuelles contestant la compétence des arbitres pour contrôler la légalité des actes administratifs.

575. La *jurisdictio* de l'arbitre l'autorise à résoudre les litiges découlant des contrats publics, y compris les litiges relatifs aux actes administratifs particuliers *dans la mesure où leur contenu est disponible*. Cette *jurisdictio* ne se réduit néanmoins pas à l'activité juridictionnelle. L'activité de la juridiction tient également à des mesures d'administration judiciaire qui sont tout autant nécessaires à l'accomplissement de sa fonction.⁹⁴² Ces pouvoirs sont importants pour que l'arbitre puisse garantir les droits des parties dans la procédure arbitrale et par cette voie rendre une décision juridictionnelle.

Deuxième sous-section. Les pouvoirs d'administration judiciaire

576. Comme le juge, l'arbitre est saisi d'un litige particulier. Il doit conduire l'instance et résoudre le litige dans le cadre fixé par les parties dans leurs prétentions. Il constate les faits, sélectionne la règle de droit à appliquer, l'applique et tranche le litige. Pour accomplir sa mission, il prend des mesures

⁹⁴¹ C-1436/00.

⁹⁴² LOÏC CADIET. JACQUES NORMAND. SORAYA AMRANI MEKKI. *Théorie générale du procès*. Op. cit. p. 400.

d'administration judiciaire (§1) et de sauvegarde les droits de parties à travers des mesures provisoires (§2).

§1. Conduire l'instance arbitrale

577. Les arbitres sont soumis aux mêmes devoirs que ceux que la loi astreint aux juges. Le Code de procédure civile (article 37) dispose qu'ils sont tenus de : 1. Diriger la procédure, veiller à la célérité de la solution du litige, adopter les mesures nécessaires pour empêcher la cessation de la procédure sous peine d'engager leur responsabilité en cas de retard. 2. Garantir l'égalité des parties dans la procédure. 3. Prévenir, remédier et sanctionner tout acte contraire à la loyauté, à la probité, et à la bonne foi et toute tentative de fraude procédurale. 4. Employer les pouvoirs que le code lui octroie en matière de preuves, dans la mesure nécessaire à la vérification des faits soulevés par les parties et à la prévention d'éventuels vices de procédure. 5. Conserver le secret des délibérations au cours de la procédure, sous peine d'engager sa responsabilité. 6. Rendre la sentence dans les délais, [7...] 8. Décider, même si la loi est obscure ou incomplète ou s'il n'y a pas de loi applicable au litige. Dans ce cas, à défaut de lois qui règlent des matières semblables, le juge tiendra compte de la doctrine constitutionnelle, de la coutume et des règles de droit substantiel et procédural. 9. [...] Paragraphe : la violation des devoirs fixés dans cet article sera sanctionnée par voie disciplinaire.

578. **L'arbitre conduit l'instance et rend des ordonnances de procédure qui organisent l'instance arbitrale.** Les ordonnances ne tranchent pas le litige mais permettent d'avancer dans la procédure.⁹⁴³ La loi donne au Tribunal la faculté d'organiser les audiences nécessaires à l'établissement des éléments de fait et de

⁹⁴³ Elles ne sont donc pas des sentences et, en conséquence, elles ne sont pas objet de recours.

droit.⁹⁴⁴ Le Tribunal veille à la régularité de la procédure, prévient les vices de procédure et garantit le procès équitable.⁹⁴⁵

579. **L'arbitre instruit l'affaire, a des pouvoirs d'administration judiciaire de la preuve :** L'arbitre peut effectuer des constats, ordonner la déclaration des parties, la comparution personnelle, les déclarations des tiers, ordonner des attestations ou des enquêtes, expertises ou consultations, ordonner des preuves d'office. Il a le pouvoir d'enjoindre à une partie de produire une pièce et dispose de pouvoirs de sanction envers les parties pour éviter tout acte malhonnête ou contraire au bon déroulement de la procédure. Le Tribunal arbitral est autonome dans l'appréciation des preuves.⁹⁴⁶

Les pouvoirs des arbitres sont donc les mêmes que ceux des juges. Ils sont étroitement liés à l'exercice de sa fonction juridictionnelle : ils se manifestent aussi bien par le pouvoir de conduire l'instance arbitrale que par le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires.⁹⁴⁷

§2. Ordonner des mesures provisoires

580. Les mesures provisoires sont instituées pour la protection d'un droit ou d'une situation juridique. Ces mesures permettent au créancier de se prémunir contre le risque de ne pas être payé à la fin de la procédure. La sauvegarde de ces droits est demandée au juge du fond pour éviter le *periculum mora*. Le droit colombien de l'arbitrage autorise l'arbitre à prendre de telles mesures. Il doit évaluer la pertinence et la proportionnalité de la mesure au regard du risque d'insolvabilité du débiteur.

⁹⁴⁴ Articles 147-5 et 151 du décret 1818 de 1998.

⁹⁴⁵ *Comunicación Celular S.A. Comcel vs. Tribunal de arbitramento*, 11001-22-03-000-2010-00545-01 ; *Comunicación Celular S.A. Comcel vs. Tribunal de arbitramento*, 11001-22-03-000-2010-00545-01. La Cour annule l'ordonnance de procédure du 9 avril 2010 en ce qui concerne la fixation des honoraires des arbitres et secrétaires, et les frais de procédure à travers une décision de *tutela*.

⁹⁴⁶ *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporación Autónoma Regional del Cauca*, 21217., *Comisión Nacional de Televisión vs. Proyectamos Televisión*, 31887.

581. Le pouvoir de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires est institué par le décret 2279 de 1989. Ces mesures provisoires étaient en effet interdites par l'article 2019 du Code de commerce ainsi que par l'article 671-11 du Code de Procédure civile.

L'article 32 du décret autorise « l'inscription de la procédure arbitrale des biens objet du registre » et « la saisie des biens faisant l'objet de la contestation. La partie qui sollicite la mesure doit prêter caution ». Ces biens doivent être maintenus en l'état jusqu'au jugement définitif.⁹⁴⁸

582. **Les débats interprétatifs à propos des mesures provisoires.** La reconnaissance du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires aux arbitres soulève deux interprétations opposées. La première circonscrit les pouvoirs des arbitres aux mesures énoncées de manière expresse à l'article 32.⁹⁴⁹ La seconde considère que cet article fixe des conditions particulières pour ordonner les mesures provisoires, sans les limiter exclusivement à ce type de mesures.⁹⁵⁰

En raison de la constitutionnalisation de l'arbitrage et de l'équivalence qu'établit la jurisprudence constitutionnelle entre la fonction juridictionnelle du juge et celle de l'arbitre,⁹⁵¹ une interprétation stricte des pouvoirs de l'arbitre conduirait, à notre avis, à vider de son sens le devoir de l'arbitre de rendre la justice de manière efficace.⁹⁵² Ainsi, la Cour constitutionnelle juge que « les mesures provisoires

⁹⁴⁷ THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* p.618. Spéc. n° 804.

⁹⁴⁸ Sur la saisie de biens publics voir n° 866 et s.

⁹⁴⁹ JULIO BENETTI SALGAR. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Op cit.* Spéc. p.180. HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO. *Procedimiento civil especial. Op cit.* p.838.

⁹⁵⁰ Voir à ce propos : RAMIRO BEJARANO GUZMAN. *Procesos declarativos*, Bogotá, Temis, cuarta ed. (2008). RAFAEL BERNAL GUTIERREZ. *El arbitraje, alternativa actual*, Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá. (1997). GABRIEL HERNANDEZ VILLAREAL. *Medidas cautelares en los procesos arbitrales. ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 9 (1), 183-203 (2007). MARIA PAULA BERNAL BERMUDEZ. DAVID LUNA SANCHEZ. *El decreto y práctica de medidas cautelares en el Arbitraje*, monographie, Universidad del Rosario, (1999).

⁹⁵¹ C-431/95.

⁹⁵² Cour constitutionnelle, C-379/04, (27-04-2004).

garantissent les principes d'efficacité de l'administration de la justice, d'accès à l'administration de la justice et d'égalité processuelle. »⁹⁵³

583. La Cour constitutionnelle a été saisie d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 32 du décret 2279 de 1989. Le citoyen requérant faisait valoir que « seules les autorités revêtues de l'*imperium* peuvent ordonner et mettre en œuvre des mesures provisoires. L'article 32 viole la constitution car un tribunal nommé par des particuliers ne peut usurper les compétences exclusives de la juridiction étatique. L'investiture des arbitres provient des parties au litige, celles-ci ne peuvent pas revêtir l'arbitre du pouvoir coactif que possèdent les pouvoirs publics. »

La Cour rejette ces arguments et déclare la conformité dudit article à la constitution. La Cour juge que « malgré l'origine volontaire de l'arbitrage, c'est la constitution qui autorise les arbitres à administrer la justice. [...] Il est de la compétence du législateur, d'établir : a) les matières et la forme selon laquelle les arbitres administrent la justice ; b) les limites et les termes dans lesquels les arbitres sont habilités pour administrer la justice, et, c) leurs fonctions et facultés qui sont celles que possèdent les juges judiciaires. En conséquence, les arbitres peuvent ordonner ou supprimer des mesures provisoires dans les conditions fixées par l'article 32. Si le juge possède la faculté d'ordonner des mesures provisoires, l'arbitre a la même faculté car il est investi du pouvoir d'administrer la justice. Ainsi, lorsque l'arbitre ordonne les mesures provisoires, il utilise son pouvoir coercitif afin de garantir l'effectivité de sa décision. Il n'usurpe pas les compétences exclusives du juge étatique. »⁹⁵⁴

584. **L'arbitre a-t-il les mêmes pouvoirs lorsque des biens publics sont en jeu dans la procédure arbitrale ?** Un créancier peut-il être en péril en raison de l'insolvabilité de l'administration ? Ce risque ne procède-t-il pas davantage de l'attitude arbitraire de l'administration qui se soustrait aux injonctions de l'arbitre ?

⁹⁵³ C-379/04.

⁹⁵⁴ C-431/95.

585. Lorsqu'il s'agit de l'arbitrage des contrats publics, les biens des personnes publiques et privées peuvent être en cause. Il n'existe pas de règle particulière quant aux pouvoirs des arbitres en matière de contrats publics. Il faut d'ailleurs rappeler que la loi 80 de 1993 établit que la désignation, la constitution, et le fonctionnement du tribunal relève des règles en vigueur sur la matière.⁹⁵⁵

Qu'il s'agisse de personnes publiques ou privées, les arbitres ont les mêmes pouvoirs que les juges en matière de mesures provisoires. Même si les biens des personnes publiques sont le support de l'intérêt général, le droit des biens publics connaît des règles qui garantissent les droits litigieux des cocontractants de l'administration.⁹⁵⁶

*

* *

586. Juge du contrat, l'arbitre a le statut de juge, qu'il s'agisse de contrats publics ou de contrats privés. Si son investiture dépend des parties au litige, il exerce bien une fonction publique juridictionnelle. Il est placé dans une relation double : avec les parties au litige, qui le choisissent et envers lesquelles il doit rester entièrement indépendant et impartial ; avec l'Etat qui l'autorise à juger un litige particulier de manière temporaire. L'arbitre peut voir engager sa responsabilité pour l'inaccomplissement de la mission qui lui est confiée par les parties au litige, ou pour le non-respect de la fonction déléguée par l'Etat.

En tant que juge, il a un domaine de compétence attribué par la loi. Il est en droit colombien, le juge des droits disponibles.

En tant que juge, l'arbitre se substitue au juge ordinaire des contrats publics. Il a les mêmes devoirs et les mêmes pouvoirs que le juge ordinaire. Cependant, sa compétence se limite aux contentieux subjectifs dont le droit litigieux a une nature

⁹⁵⁵ Article 70.

⁹⁵⁶ Sur la saisie des biens publics voir n°868 et s.

disponible. Le contentieux objectif des actes administratifs est de la compétence de la juridiction administrative.

L'arbitrage des contrats publics est soumis aux règles du droit commun de l'arbitrage. Il faut se demander si ce régime peut être appliqué tel quel ou si le fond du litige exige des aménagements de la procédure arbitrale.

Deuxième chapitre. La réponse de l'instance aux besoins du contentieux arbitral des contrats publics

587. L'arbitrage suppose un accord entre les parties pour soumettre leur litige à un tiers spécialisé. Il s'agit d'un outil sur mesure qui permet aux parties d'obtenir une solution rendue en fonction de paramètres fixés à l'avance : « *à tort ou à raison, il est souvent admis aujourd'hui que, dans le domaine des valeurs, à défaut de s'entendre sur ce qui est intrinsèquement bon, on peut s'accorder sur la « procédure » à suivre [...] La procéduralisation est le signe de l'autorité et de l'influence exercée aujourd'hui par le droit [...] L'arbitrage est une des illustrations les plus saillantes de la procéduralisation.* »⁹⁵⁷

588. La Cour constitutionnelle juge que le législateur a une grande liberté pour la définition de la procédure applicable à l'arbitrage. La constitution dispose que c'est au législateur qu'il revient de fixer les limites de l'arbitrage. Le législateur doit respecter les principes constitutionnels de justice et d'égalité, de protection des droits fondamentaux du citoyen, du procès équitable, les principes de proportionnalité, de respect de la primauté du droit substantiel sur les formes procédurales.⁹⁵⁸ Il convient de rappeler que la loi des contrats publics dispose que l'arbitrage ne peut être rendu qu'en droit. La constitution du Tribunal arbitral relève des règles en vigueur en la matière.⁹⁵⁹

589. L'instance arbitrale va de la saisine du Tribunal arbitral au jugement rendu par les arbitres. L'instance se nourrit des échanges entretenus par le demandeur, le défendeur et l'arbitre.

Le déroulement de l'instance dépend autant des règles prévues par les parties que des règles découlant du régime juridique de l'arbitrage. La loi 80 de 1993 dispose

⁹⁵⁷ DOMINIQUE TERRE. Les questions morales du droit, Paris, PUF. (2007). p.223 et s. et, p.311.

⁹⁵⁸ C-378/08.

que la désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral sont régis par les règles en vigueur de l'arbitrage (article 70). Il convient de se demander si le contentieux arbitral des contrats publics suppose le respect de règles spécifiques au contentieux contractuel de l'administration.

L'information par l'une des parties de sa volonté d'engager la procédure arbitrale et la saisine du Tribunal arbitral sont des étapes successives et distinctes. Les parties doivent s'accorder dans un premier temps sur la nomination des arbitres. Une fois que ceux-ci ont accepté leur mission, ils sont investis du pouvoir de conduire l'instance arbitrale qui se décompose comme suit : la composition du tribunal, c'est-à-dire l'étape pré-arbitrale (première section) ; l'établissement des éléments de fait et de droit nécessaires à la résolution du litige, c'est-à-dire l'étape arbitrale (deuxième section).

Première section. L'étape pré-arbitrale

590. A l'origine de la phase pré-arbitrale, une des parties au litige manifeste son intention d'introduire une action devant la justice arbitrale ;⁹⁶⁰ elle met l'autre partie en demeure de nommer avec elle les arbitres. L'acceptation par les arbitres de leur nomination a pour effet de déclencher la constitution du Tribunal arbitral : *« elle marque en effet le point de départ de la mission des arbitres. A partir de ce moment, ils sont tenus d'exécuter leurs obligations de juges privés, et ils doivent conduire, avec diligence et impartialité, la procédure arbitrale »*.⁹⁶¹ L'acceptation de la *mission juridictionnelle* par l'arbitre lui confère le pouvoir de déclarer sa propre compétence sur le litige (deuxième sous-section). En amont, il faut prendre en compte le fait que les

⁹⁵⁹ Article 70 loi 80 de 1993.

⁹⁶⁰ La présentation de la demande d'arbitrage a pour effet de suspendre les délais de prescription et de caducité. Article 90 du Code de procédure civile.

⁹⁶¹ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international. Op. cit.* Spéc. n° 948.

conditions de composition du tribunal varient selon le type d'arbitrage choisi par les parties dans la convention d'arbitrage (première sous-section).

Première sous-section. La constitution du Tribunal arbitral

591. Il convient d'étudier les difficultés pratiques liées à la participation des personnes publiques à l'instance contentieuse. Ces difficultés achoppent sur deux points : le choix par les personnes publiques du type d'arbitrage (§1) ; les conditions nécessaires à la composition du Tribunal arbitral (§2).

§1. Le type d'arbitrage

592. **Les catégories légales.** La forme et les démarches nécessaires à la mise en place de l'arbitrage varient en fonction du type d'arbitrage choisi par les parties au litige. L'article 111 de la loi 446 de 1998 (compilé à l'article 116 du décret 1818 de 1998) dresse une classification tripartite axée sur la liberté des parties de fixer les règles de procédure applicables à l'arbitrage.

« L'arbitrage peut être « indépendant », institutionnel ou « légal ». Dans le premier cas, les parties s'accordent de manière autonome sur les règles de procédure applicables à la solution au litige. Dans le second cas, les parties se soumettent à la procédure établie par un Centre d'arbitrage. A défaut d'accord des parties sur l'une des deux premières hypothèses, l'arbitrage est « légal », c'est-à-dire qu'il est régi par les dispositions procédurales en vigueur. »

Dans la théorie de l'arbitrage, l'arbitrage indépendant correspond à l'arbitrage *ad hoc*⁹⁶² et l'arbitrage légal au régime légal qui s'applique de manière supplétive à la volonté des parties. Ainsi, malgré la terminologie retenue par la loi, nous

⁹⁶² « L'arbitrage *ad hoc*, celui qui est organisé à l'occasion d'un litige particulier sans recourir aux services d'une organisation, est loin d'avoir perdu son intérêt à notre époque » RENÉ DAVID. L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica. (1982) n° 42.

préférons nous référer à la terminologie utilisée couramment par la théorie de l'arbitrage, tout en sachant que les termes « indépendant » et « *ad hoc* » sont équivalents.

Cependant, il faut insister sur l'impropriété de la terminologie. En effet, la loi crée une catégorie nouvelle dénommée « arbitrage légal » qui équivaut au régime supplétif de la volonté des parties.

Danièle Lockak explique qu'« *on peut définir les catégories juridiques comme des classes ou ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques.* » Or, même si la loi n'avait pas créé de catégories, lorsque les parties à l'arbitrage ne choisissent pas entre arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, les arbitres appliqueraient le régime légal existant. En outre, ce n'est pas une spécificité du régime juridique de l'arbitrage d'établir qu'à défaut de stipulations contractuelles, la loi supplée à la volonté des parties.

En effet, « *la transformation d'une notion en catégorie juridique n'est pas neutre. D'abord, parce que cette transformation, qui se réalise par l'introduction de cette notion dans un texte ou une norme juridique, résulte toujours d'un choix, fondé soit sur des considérations pratiques, soit sur des valeurs, soit sur les deux à la fois. Ensuite, parce que cette transformation produit à son tour des effets non seulement pratiques mais aussi symboliques : qualifier juridiquement une situation ou une conduite, la prendre en compte pour la réglementer positivement, c'est-à-dire autrement qu'en l'interdisant purement et simplement, cela revient nécessairement à lui conférer un minimum de reconnaissance officielle, admettre la légitimité de son existence.* »⁹⁶³

593. Pour reprendre l'analyse de Danièle Lochak, les effets de cette classification tripartite de l'arbitrage ne sont pas neutres dans le droit colombien. Cette classification suscite de vifs débats, lesquels questionnent la nature même de l'arbitrage et la portée de la volonté des parties.

⁹⁶³ « *Si les catégories sont des « classes dans lesquelles on range des objets de même nature », selon la définition du Robert [...] Une norme s'énonce par conséquent toujours à l'aide de catégories juridiques, et, inversement, toute notion, tout terme autre que purement fonctionnel utilisé dans l'énoncé d'une norme acquiert de ce fait même le caractère d'une catégorie juridique.* » DANIELE LOCHAK. *La race: une catégorie juridique ?*, Mots, 33, 291-303 (1992). p. 242.

594. Ces débats n'épargnent pas l'arbitrage des contrats publics. L'évolution législative traduit le respect de la volonté des parties quant à l'organisation de la procédure arbitrale. Cependant, cette ouverture n'est pas transposable aux personnes publiques : s'il leur était possible de choisir le type d'arbitrage tant que l'article 13 de la loi 270 de 1996 était en vigueur, cette option semble devenue impossible en raison de la modification opérée en 2009. Cette restriction législative ne semble pas adaptée aux engagements internationaux de la Colombie. Il convient alors d'étudier l'évolution de cette possibilité pour les personnes publiques afin de déceler les effets de l'interdiction.

595. Le droit de l'arbitrage était intégré au Code de procédure civile de 1890⁹⁶⁴ à 1989.⁹⁶⁵ Il en était ainsi avec les lois 103 de 1923⁹⁶⁶ et 105 de 1931,⁹⁶⁷ puis avec le Code de procédure civile de 1970.⁹⁶⁸ Aucune de ces dispositions successives n'a autorisé les parties à fixer les règles de procédure applicables à l'arbitrage.

Ce n'est qu'à partir du décret 2279 de 1989 que le droit de l'arbitrage repose sur un corps normatif distinct du Code de procédure civile.⁹⁶⁹ Le droit de l'arbitrage a fait l'objet de trois réformes partielles au cours des années 90 par la loi 23 de 1991, le décret 2691 de 1991 et la loi 446 de 1998. Cette dernière a habilité le gouvernement à compiler les normes applicables à la conciliation et à l'arbitrage dans le décret 1818 de 1998. Deux projets de loi sur l'arbitrage ont, quant à eux, échoué devant le Congrès colombien ⁹⁷⁰ et un nouveau projet est actuellement en débat devant le sénat.⁹⁷¹ Un des points les plus débattus est relatif à l'arbitrage des contrats publics.

⁹⁶⁴ Code de procédure civile. Articles 308 et s.

⁹⁶⁵ Le décret 2279 de 1989 recueille dans un corps autonome de règles le régime juridique de l'arbitrage.

⁹⁶⁶ *Loi 103 de 1923. Articles 1134 à 1150.*

⁹⁶⁷ *Loi 105 de 1931. Articles 1214 à 1228.*

⁹⁶⁸ Articles 663 à 677. Ce Code est actuellement en vigueur.

⁹⁶⁹ Celui-ci déroge aux règles sur la matière du Code de procédure civile comme du Code de commerce.

⁹⁷⁰ Projet de loi 085 de 2002 et 177 de 2007.

⁹⁷¹ Projet de loi 176 de 2011 (Chambre de représentants) et 018 de 2011 (Sénat) en cours d'approbation par la Chambre des représentants.

596. Si l'arbitrage est en constante évolution, il n'y a pas consensus sur le modèle d'arbitrage adéquat. Certains estiment que l'arbitrage est une procédure comme les autres.⁹⁷² Le régime légal est donc, selon eux, l'unique moyen de garantir l'égalité des parties, le droit de la défense et le procès équitable. D'autres perçoivent l'arbitrage comme un instrument contractuel qui, bien que limité par la loi, permet que les parties décident de la manière de l'organiser.⁹⁷³

Les différentes réformes du droit de l'arbitrage menées au cours des années 90 répondent à un objectif de désengorgement de la justice, politique prioritaire du gouvernement. L'arbitrage est conçu comme un instrument capable de soulager l'engorgement des juridictions étatiques.

Le développement de l'arbitrage s'accompagne également d'une politique d'ouverture de l'économie adaptée aux défis de la globalisation économique et favorable aux investissements étrangers. La ratification des traités s'est ainsi intensifiée durant cette période. L'intérêt pour l'arbitrage doit être replacé dans ce contexte.

597. Cependant, il existe un décalage entre l'évolution de l'arbitrage en droit comparé et en Colombie. La liberté des parties se heurte, en effet, à la tradition d'application de la procédure légale de l'arbitrage.

598. De 1923 à 1991, aucune règle n'autorisait les parties à stipuler directement des règles de procédure ou à déléguer cette fonction à un Centre d'arbitrage. La situation évolue à partir de 1991. Le législateur crée des catégories nouvelles en droit colombien, inexistantes en droit comparé.

⁹⁷² HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO. *Procedimiento civil especial*. *Op. cit.* p. 753-849. RAMIRO BEJARANO GUZMAN. *Procesos declarativos*. *Op. cit.* p. 753-849.

⁹⁷³ Voir à ce propos : EDUARDO SILVA ROMERO. *El contrato de arbitraje*. *Op. cit.*; FERNANDO MANTILLA SERRANO. *La autonomía de las partes frente al proceso arbitral: el centro del debate*, *Juriscrítica - Crítica de jurisprudencia*, Legis, No.4, 3 (2002) ; ARTURO SANABRIA GOMEZ. *La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje*, in *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. 153-172.

599. La loi 23 de 1991 dispose, d'abord, que « l'arbitrage institutionnel s'organise à travers des centres d'arbitrage constitués selon les règles établies par cette loi, et l'arbitrage 'indépendant' s'organise selon les règles du décret 2279 de 1989 ». L'arbitrage « *indépendant* » est, selon la terminologie légale, celui qui se déroule conformément au régime légal de l'arbitrage. L'article 92 traite de l'arbitrage institutionnel précisant bien qu'il « est soumis aux règles procédurales établies pour l'arbitrage 'indépendant' ». ⁹⁷⁴

Si l'article 93 admet que chaque Centre d'arbitrage ait son propre règlement, il restreint leur contenu : le règlement ne concerne pas la procédure applicable à l'arbitrage. L'article 93 régit la manière dont le Centre d'arbitrage fixe les listes d'arbitres et de secrétaires, impose au Centre d'arbitrage de déterminer les critères de fixation des honoraires des arbitres et des secrétaires, les frais administratifs, les normes administratives de fonctionnement du centre et la forme de désignation du Directeur du centre, ses fonctions et ses facultés. Le statut de l'arbitrage de 1991 admet que la procédure d'arbitrage soit *organisée* au sein d'un Centre d'arbitrage mais soumet cet arbitrage aux règles de procédure du décret 2279 de 1989.

600. La loi 270 de 1996 marque ensuite un premier pas vers la flexibilisation de la procédure d'arbitrage. L'article 13 dispose que : « les particuliers peuvent administrer la justice [...] Ils sont habilités par les parties au litige à agir comme arbitres ou conciliateurs selon la procédure déterminée par la loi. En matière d'arbitrage, les lois spéciales règlent la procédure. Nonobstant, les particuliers peuvent s'accorder sur les règles de procédure de leur choix. » Ce n'est qu'à partir de la loi 446 de 1998 que les parties peuvent fixer la procédure d'arbitrage. Les parties à l'arbitrage ont le droit de soumettre leurs différends aux règles d'un Centre d'arbitrage, ou encore de définir eux-mêmes la procédure.

⁹⁷⁴ Les Chambres de commerce : Loi 111 de 1890 (art. 7), Loi 28 de 1931 et Code de commerce art 86-7 (décret 410 de 1971); Tribunaux de commerce en tant qu'arbitre.

La Cour constitutionnelle juge que « les particuliers, dans les cas prévus par le législateur, peuvent fixer leurs propres règles pour administrer la justice dans les limites établies par la constitution et par la loi. »⁹⁷⁵ Cette expression est interprétée par la jurisprudence constitutionnelle comme « la faculté du législateur de régler la procédure arbitrale sans méconnaître le principe d'autonomie de la volonté des parties dans l'arbitrage. [...] le législateur peut donc établir différentes alternatives de procédures arbitrales. Il peut opter pour laisser à la volonté des parties la liberté d'établir les règles procédurales, d'exiger certaines conditions ou étapes ou d'établir des règles supplétives. »⁹⁷⁶ Les arbitres peuvent commettre une voie de fait constitutionnelle (faute procédurale) lorsqu'ils méconnaissent la procédure établie par la loi ou par la volonté des parties. Ils violent alors les droits de la défense et le principe du contradictoire.⁹⁷⁷

601. Les lois 270 de 1996 et 446 de 1998 autorisaient le recours à l'arbitrage *ad hoc*. Cette autorisation devait-elle être interprétée, a contrario, comme une interdiction pour les personnes publiques entre 1996 et 2009?

Pour y répondre, il faut tenir compte du fait que la jurisprudence constitutionnelle n'a pas interprété la loi comme interdisant le recours à l'arbitrage *ad hoc* pour les personnes publiques entre 1996 et 2009. A propos de la liberté de stipulation de la procédure arbitrale la Cour fait alors référence à la liberté des « parties » sans distinguer selon leur nature publique ou privée.⁹⁷⁸

En outre, la loi 315 de 1996 comme les traités relatifs à l'arbitrage international, admettent cette liberté. La loi 315 dispose que :

⁹⁷⁵ C-037/96.

⁹⁷⁶ SU-174/07.

⁹⁷⁷ SU-174/07. La voie de fait juridictionnelle est la violation d'un droit fondamental. [...] Le contrôle constitutionnel de la voie de fait juridictionnelle est exceptionnel et limité [...] Il s'opère vis-à-vis des actes juridictionnels arbitraires au plan formel ou matériel. [...] L'action de *tutela* est alors possible non seulement, lorsque la violation du droit fondamental est manifeste, mais encore lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen ordinaire de défense. Cependant, si un tel moyen de défense a été mis en œuvre mais que la situation irrégulière se prolonge, l'action de *tutela* sera admise. Cour constitutionnelle, T-231/94, (13-05-1994). Voir n° 302 et s. et 948 et s.

⁹⁷⁸ Voir : C-1038/02. C-037/96. SU-174/07.

« *Article 2: normes applicables à l'arbitrage international.* Tout ce qui concerne l'arbitrage international est réglé par cette loi, les dispositions des Traités, les Conventions, les protocoles et autres actes de droit international signés et ratifiés par la Colombie. Ces actes priment sur les règles du Code de procédure civile. Les parties sont, en tout cas, libres de déterminer la norme substantielle selon laquelle les arbitres doivent résoudre le litige. Elles peuvent également déterminer, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, tout ce qui concerne la procédure arbitrale y compris l'intégration et la constitution du Tribunal arbitral, la langue, la désignation et la nationalité des arbitres ainsi que le siège du Tribunal en Colombie ou dans un pays étranger. »

602. L'arbitrage *ad hoc* a été fortement contesté par une partie de la doctrine qui estimait que les particuliers ne pouvaient stipuler des règles de procédure que dans le silence de la loi. Plusieurs recours en inconstitutionnalité ont été introduits à l'encontre de dispositions qui consacraient la liberté des parties de stipuler sur la procédure. Faisant fi des arguments des requérants, la Cour constitutionnelle déclare ces règles constitutionnelles dans les décisions C-037 de 1996 et SU-174 de 2007.

Si l'arbitrage administré est admis depuis longtemps en Colombie, l'arbitrage institutionnel, au sens de l'article 112 de la loi 446 de 1998, est assez récent. Si les personnes publiques n'ont pu y recourir qu'entre 1998 et 2009, sa mise en œuvre effective est liée à l'édiction de règlements relatifs à la procédure d'arbitrage des centres d'arbitrage et de conciliation. Or, si des règlements existaient, ceux-ci ne visaient que l'organisation du centre. L'arbitrage institutionnel auquel se soumettaient les personnes publiques en Colombie correspondait davantage à un arbitrage administré par les centres d'arbitrage qu'à une procédure souple d'arbitrage. A notre connaissance, ce n'est qu'à partir de 2005 que le Ministère de la Justice a commencé à autoriser des règlements sur la procédure applicable à

l'instance arbitrale.⁹⁷⁹ L'accession des personnes publiques à l'arbitrage institutionnel a donc été limitée dans le temps, alors que l'arbitrage *ad hoc* a été pratiquement inexistant.⁹⁸⁰

603. Les parties à l'arbitrage ont désormais le droit de se soumettre aux règles d'un Centre d'arbitrage ou de fixer eux-mêmes la procédure applicable. Cette disposition est renforcée par l'article 6 de la loi 1285 de 2009 qui modifie l'article 13 de la loi 270 de 1996 : « Les particuliers administrent la justice [...] en tant que conciliateurs ou arbitres habilités par les parties, dans les termes de la loi. En matière d'arbitrage, *auquel l'Etat ou l'une de ses entités ne font pas partie, les particuliers peuvent stipuler les règles de procédure à suivre, directement ou par référence à un Centre d'arbitrage, dans le respect des principes constitutionnels et notamment le procès équitable.* » (Nous soulignons).

Le Ministère public a demandé à la Cour constitutionnelle (le 23 février 2008) la déclaration d'inconstitutionnalité de l'expression « *dont l'Etat ou une de ses entités ne font pas partie* ». Il considère que cette expression viole le principe d'égalité. Pour le Ministère public, le choix de la procédure applicable à l'arbitrage doit être identique qu'il s'agisse de l'Etat ou des particuliers. La cour constitutionnelle a cependant rejeté cette demande ; elle a réaffirmé la liberté du législateur d'établir des formes spécifiques à chaque procédure.

A l'occasion de la déclaration de constitutionnalité de cette disposition législative la Cour constitutionnelle a jugé que la restriction faite à l'Etat ou à ses entités n'est pas contraire à la constitution. Pour la Cour, « il est raisonnable que le législateur permette plus de flexibilité dans la procédure lorsque les parties au

⁹⁷⁹ C'est ainsi que le règlement du Centre de conciliation et d'arbitrage du collège d'avocats est autorisé le 29 décembre 2005, de la Chambre de commerce de Bogotá le 13 décembre 2007. Le Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de commerce de Medellín adopte le règlement de la CIAC (Chambre interaméricaine d'arbitrage commercial). Le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce de Cali adopte son règlement le 3 août 2009 ; Nous ne connaissons pas de règlements approuvés avant ces dates.

⁹⁸⁰ Même si les arbitres sont obligés de déposer une copie de la sentence arbitrale dans un office notarial afin de lui donner publicité, nous n'avons pas trouvé d'exemples d'arbitrage *ad hoc* concernant des personnes publiques.

litige ont une nature privée. *Il est normal qu'il se réserve le droit de déterminer la procédure à suivre lorsque l'Etat ou d'autres entités publiques sont parties à l'arbitrage, et ce, compte tenu de l'intérêt public qui peut être lié à de tels litiges.* »⁹⁸¹ (Nous soulignons)

Il ne fait aucun doute que les particuliers ont la capacité de se soumettre aux règles de procédure d'un Centre d'arbitrage ou de les fixer eux-mêmes.⁹⁸² Il n'en va donc pas de même pour *l'Etat et les autres entités publiques* puisque la loi 1285 de 2009 retire aux personnes publiques la faculté de stipuler des règles de procédure.

604. **Approche critique de la réforme.** Cette disposition est regrettable pour l'évolution et l'adaptation de l'arbitrage aux contrats publics.

D'abord, la souplesse de la procédure arbitrale est un des principaux atouts de l'arbitrage. Au regard de la complexité et de la technicité de certains contrats publics, les arbitres, techniquement compétents, sont les plus qualifiés pour la résolution de ces litiges. L'arbitrage *ad hoc* offre la possibilité d'utiliser des outils « sur mesure ». Selon Pierre Lalive « *il est désirable [...] de conserver le maximum de souplesse et d'adaptabilité à chaque cas, ce que permet l'arbitrage ad hoc, c'est-à-dire le 'sur mesure'* ». ⁹⁸³

Ajoutons que la soumission aux règlements des centres d'arbitrage octroie la flexibilité et la sécurité juridique nécessaires aux parties qui connaissent les règles préétablies.

⁹⁸¹ Cour constitutionnelle, C-713/08, (15-07-2008).

⁹⁸² Si les parties au contrat d'arbitrage peuvent fixer des règles, elles ne peuvent pas aller à l'encontre des normes impératives ou d'ordre public. L'arbitrage est autorisé par la constitution, mais dans les limites déterminées par la loi. Ainsi, « [...] même si l'accès à la justice arbitrale est volontaire, le législateur doit régler la procédure arbitrale car la fonction d'administration de la justice des arbitres doit s'exercer dans les termes fixés par la loi. Dans ce contexte, l'article 116 doit s'interpréter aux termes de l'article 29 de la constitution selon lequel 'toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue par un juge ou tribunal compétent et selon les règles propres à chaque procès.' C'est pourquoi, si les particuliers ne stipulent pas une procédure spéciale, le législateur règle le procès arbitral. En conséquence, si les arbitres exercent une fonction publique de l'administration de la justice, il est raisonnable que le législateur établisse le cadre légal selon le texte constitutionnel. » C-242/97.

⁹⁸³ PIERRE LALIVE. *Avantages et inconvénients de l'arbitrage < ad hoc >*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), 301 - 321. p.301.

605. **Les effets de la réforme** : la loi de 2009 introduit une limitation à la liberté contractuelle de l'Etat et des entités publiques. Elle provoque également un conflit d'application de la loi dans le temps et un conflit d'interprétation entre les règles de droit interne et de droit international.

606. **1. La création d'une règle limitative de la liberté contractuelle de l'Etat et des entités publiques.** Cette loi interdit à l'Etat et aux entités qui en font partie de stipuler des règles de procédure directement ou par référence à un Centre d'arbitrage. Autrement dit, cette norme interdit aux entités de droit public de recourir à l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel. A *contrario sensu*, elle oblige les entités étatiques à se soumettre au régime juridique de l'arbitrage. Une sentence arbitrale rendue en vertu d'une procédure d'arbitrage institutionnel ou *ad hoc* est donc nulle.

607. **2. Un conflit d'application de la loi dans le temps découle de la réforme de 2009.** La validité des conventions d'arbitrage stipulées *avant* l'entrée en vigueur de la loi ne peut pas être mise en cause. L'article 38 de la loi 57 de 1887 prévoit que « tout contrat est régi par les lois en vigueur au moment de sa passation. Les exceptions à cette disposition sont : 1. Les lois concernant les formes de réclamation juridictionnelle des droits découlant du contrat. 2. Celles qui fixent des pénalités pour la violation des stipulations contractuelles. »

La stipulation d'un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel n'est donc pas une cause d'invalidité de la convention d'arbitrage. Le Conseil d'Etat a néanmoins annulé en 1982 la sentence arbitrale « Corelca vs. Westing House »⁹⁸⁴ et en 2002, dans le célèbre cas Termorio,⁹⁸⁵ une sentence arbitrale rendue conformément aux règles de la Chambre de commerce internationale : il a, à chaque fois, considéré qu'il était contraire à l'ordre public de stipuler un règlement d'arbitrage international

⁹⁸⁴ Conseil d'Etat, Corelca vs. Westinghouse International Power Systems et Westinghouse Electric Corporation, 2721, (04-11-1982).

⁹⁸⁵ *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041. Voir n° 214, 223, 607, 661 et s. et 942 et s.

pour un arbitrage de droit interne. Il convient cependant de rappeler que le Conseil d'Etat est revenu sur sa position dans sa jurisprudence postérieure.⁹⁸⁶

Fernando Mantilla Serrano a écrit à propos du cas Termorio que « *contrairement à ce qu'a décidé le Conseil d'Etat, l'objet de la convention d'arbitrage n'est pas la procédure en elle-même, mais la solution du litige au travers de l'arbitrage.*⁹⁸⁷ *La mention de la procédure à suivre n'est pas un élément essentiel de la convention d'arbitrage, et ne l'a jamais été en droit colombien. Une convention d'arbitrage qui ne mentionne pas la procédure à suivre est valable. Elle n'est donc pas considérée comme une clause « pathologique » ; En conséquence, si elle n'est pas un élément essentiel, elle ne peut pas être considérée comme une condition ad substantiam de la validité de la convention d'arbitrage. C'est pourquoi, en absence de mention de la procédure ou en présence d'un accord invalide sur la procédure le juge ne peut pas déclarer la nullité.* »⁹⁸⁸

Eduardo Silva Romero ajoute à ce propos que « *le choix de la procédure applicable à l'arbitrage ne constitue pas, au terme de l'article 1501 du Code civil colombien,*⁹⁸⁹ *un élément de l'essence ou de la nature de la convention d'arbitrage. Le choix d'une procédure à suivre dans l'arbitrage est tout au plus un élément accidentel au sens du Code civil. D'ailleurs, si les parties ne choisissent pas la procédure applicable, le décret 1818 de 1998 prévoit l'application du régime légal. Il n'est donc pas nécessaire d'établir un accord à cet égard [...]* Le Conseil d'Etat

⁹⁸⁶ *Ferrovias vs. Drummond*, 25261. Voir n° 223-2 et 942.

⁹⁸⁷ [Loi 446/98, art. 115 ; Déc. 1818/98, art. 117 ; Voir: N. MARTINEZ NEIRA. G. PEÑA CASTRILLON. Pacto arbitral y arbitramento en conciencia. Temis. 1988, p. 41 y ss ; J. A. ARRUBLA PAUCAR. Naturaleza y efectos del pacto arbitral, Revista Foro del jurista – Cámara de comercio de Medellín. 2002. Vol. 23. P.86.]

⁹⁸⁸ FERNANDO MANTILLA SERRANO. *La autonomía de las partes frente al proceso arbitral: el centro del debate*, Juriscrítica - Crítica de jurisprudencia, Legis, No.4, 3 (2002). *Op. cit.* p.3.

⁹⁸⁹ « Dans chaque contrat on distingue les éléments qui sont de son essence, de sa nature, et les éléments accidentels. Les éléments de l'essence du contrat sont ceux sans lesquels ce dernier ne peut produire aucun effet ou avec lesquels il devient un contrat différent. Les éléments n'étant pas essentiels au contrat mais qui lui appartiennent sans qu'une clause spéciale le détermine sont des éléments de sa nature. Les éléments accidentels sont ceux qui ne sont ni essentiels ni de la nature du contrat. Ils s'ajoutent par des clauses spéciales. »

Dans un contrat de vente un élément de l'essence du contrat serait le prix. Si les parties établissent dans le contrat que le vendeur renonce au paiement de la valeur de la chose, le contrat n'est pas un contrat de vente mais une donation. Si les parties n'établissent pas dans le contrat qu'il est nécessaire de rendre la chose pour perfectionner le contrat de vente, l'acquéreur aura le droit d'exiger la chose dans les termes établis par le Code de procédure civile. Cette condition est donc un élément qui appartient à la nature du contrat de vente. Par contre, si les parties établissent que le vendeur devra rendre la chose dans les trois mois suivant l'achat, ou que la couleur doit être rose ou verte, il s'agit d'un élément accidentel du contrat.

*a donc annulé la sentence arbitrale « Termorio » en raison de la stipulation d'un élément accidentel de la convention d'arbitrage. »*⁹⁹⁰

608. Les conventions arbitrales stipulées avant l'entrée en vigueur de la loi 1285 de 2009 sont valables. Comme l'interdiction entraîne des conséquences d'ordre procédural, une adaptation des procédures a donc été indispensable compte tenu du caractère immédiat de l'entrée en vigueur des règles de procédure.⁹⁹¹ Les procédures qui étaient déjà en cours ont été achevées selon les règles des centres d'arbitrage. Celles qui n'étaient pas encore engagées doivent, à l'inverse, être conduites selon les règles légales en vigueur.

Les conséquences de cette interdiction sont claires du point de vue du droit interne. En va-t-il de même en droit international ? Quels sont les effets de cette interdiction vis-à-vis des lois d'approbation des traités internationaux et des règles de droit interne relatives à l'arbitrage international ?

609. **3. Le conflit entre les règles du droit interne et les règles du droit international.** La loi 1285 de 2009 modifie certaines dispositions de la loi *estatutaria* de l'administration de la justice. Les lois *estatutarias* ont un rang supra-légal et infra-constitutionnel. La supériorité de ces lois par rapport aux lois ordinaires est justifiée par leur lien étroit avec les droits fondamentaux.⁹⁹² Or, si la loi *estatutaria* de l'administration de justice interdit l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel pour les personnes publiques, de nombreux traités ratifiés et incorporés à la législation colombienne admettent ces formes d'arbitrage. Il y a donc des dispositions matériellement contradictoires dans la loi *estatutaria* et les traités ratifiés par la Colombie. Quel est l'impact de la loi *estatutaria* sur ces lois, compte tenu que la constitutionnalité de ces lois d'approbation des traités comme celle de la loi *estatutaria* a été confirmée par la Cour constitutionnelle ? S'agit-il réellement d'un problème constitutionnel ?

⁹⁹⁰ EDUARDO SILVA ROMERO. Texte corrigé et augmenté de la conférence qui a eu lieu le 23 octobre 2003 pour la célébration des 20 ans de la création du Centre d'arbitrage et conciliation de la Chambre de commerce de Bogotá.

⁹⁹¹ Article 38 de la loi 157 de 1887.

610. La constitution colombienne consacre un système moniste avec primauté du droit interne.⁹⁹³ Elle fonde les rapports internationaux sur le respect des principes généraux du droit international acceptés par la Colombie.⁹⁹⁴ L'article 4 consacre néanmoins la primauté des normes constitutionnelles⁹⁹⁵ sur les autres normes juridiques y compris internationales.⁹⁹⁶ Les autorités politiques doivent veiller, dans la négociation des conventions internationales, au strict respect des normes constitutionnelles ou, le cas échéant, préparer une révision de la constitution.⁹⁹⁷

Le processus de ratification des traités internationaux en Colombie implique la participation des trois branches des pouvoirs publics : l'exécutif négocie le traité, le législatif l'approuve à travers une loi,⁹⁹⁸ et le judiciaire contrôle la conformité de la loi d'approbation à la constitution. Le contrôle de constitutionnalité précède la signature du traité. Il s'agit donc d'un contrôle *a priori*. Il est automatique,⁹⁹⁹ intégral,¹⁰⁰⁰ à la force de la chose jugée et constitue

⁹⁹² C-037/96.

⁹⁹³ Voir n° 152 et s.

⁹⁹⁴ *Constitution. Article 9.*

⁹⁹⁵ Cette primauté est assurée par la procédure établie par la constitution pour la ratification des traités internationaux ainsi que par le contrôle constitutionnel *apriori* des dispositions des traités internationaux.

⁹⁹⁶ Sauf en matière de traités qui protègent les droits de l'homme dans les états d'exception et les traités sur les frontières (*constitution, article 4*).

⁹⁹⁷ La Cour constitutionnelle l'a affirmé ainsi lorsqu'elle juge qu'« au plan interne, la constitution prévaut sur les traités. Ainsi, toute convention contraire à la constitution est inapplicable. La Colombie respecte le principe *pacta sunt servanda*, en conséquence, s'il y a une incompatibilité entre la constitution et les conventions internationales, les autorités politiques doivent modifier les stipulations conventionnelles pour les ajuster aux dispositions constitutionnelles, ou, reformer la constitution en vue de l'adapter aux obligations internationales. » C-400/98.

⁹⁹⁸ *Constitution. Articles 157, 158 et 160.*

⁹⁹⁹ Procédé nécessaire pour insérer ces conventions dans l'ordre juridique colombien. *Constitution. Article 241 n° 10, 150 n° 6 et 241 n° 20.*

¹⁰⁰⁰ Par le *contrôle formel*, la Cour constitutionnelle vérifie : 1. Le renvoi opportun de l'instrument international et de la loi qui l'approuve ; 2. La validité de la représentation de l'Etat colombien dans le processus de négociation et de conclusion de l'accord ainsi que la compétence du fonctionnaire qui l'a souscrit ; 3. La mise en route de la loi d'approbation au Sénat de la République ; 4. le respect des délais de discussion devant le Sénat et la Chambre des représentants ; 5. Les publications nécessaires au sein

une condition *sine qua non* de la ratification du Traité.¹⁰⁰¹ La finalité de ce contrôle est d'ordre préventif : il garantit la primauté de la constitution et l'accomplissement des engagements internationaux de l'Etat colombien.¹⁰⁰² Quel est le rang de ces lois d'approbation des traités dans la hiérarchie en droit colombien ?

611. *Le rang des lois d'approbation des traités dans la hiérarchie des normes.* Les traités sont approuvés par des lois ordinaires, ce qui leur confère, en principe, le même niveau hiérarchique que les autres lois. Les conflits éventuels découlant de la contrariété entre ces dispositions sont résolus par les règles de résolution des conflits de loi dans le temps : la loi postérieure déroge à la loi antérieure.¹⁰⁰³ Or, la différence entre les deux lois ici en cause tient à ce que le non-respect des traités engage la responsabilité internationale de l'Etat.¹⁰⁰⁴

La Cour constitutionnelle juge que l'Etat ne doit pas légiférer en violation de ses engagements internationaux.¹⁰⁰⁵ Pour la Cour, les traités ratifiés par la Colombie, la coutume internationale et les principes généraux du droit acceptés par les

du Congrès ; 6. L'approbation en premier et deuxième débat dans chaque chambre ; 7. le respect des délais entre les débats ; 8. le quorum délibératoire et décisoire ainsi que les majorités nécessaires pour approuver le projet ; 9. la notification qui précède la votation ; 10. La sanction du gouvernement. Voir à ce propos : C-750/08.

Par le *contrôle matériel*, la Cour vérifié la conformité du texte du traité vis-à-vis des dispositions constitutionnelles. Pour cela, la Cour tient compte aussi bien du texte de la constitution que du bloc de constitutionnalité. Ce dernier est formé par les normes et principes qui ne sont pas présents formellement dans les articles constitutionnels, mais qui sont utilisés pour contrôler la constitutionnalité des lois. En effet, ils ont été intégrés à la Constitution par différents procédés déterminés par la Constitution elle-même. Ils sont : 1. les traités internationaux qui reconnaissent les droits de l'homme ; 2. Les règles internationales du droit humanitaire. Ces traités font partie du bloc de constitutionnalité *stricto sensu* ; le bloc de constitutionnalité *lato sensu* intègre des normes qui malgré leur forme législative ont été dotées d'une valeur supérieure par la constitution. Ainsi, les lois *estatutarias*, les lois organiques et quelques conventions internationales concernant les droits de l'homme font partie des sources du contrôle de constitutionnalité. Voir à ce propos : C-150/09 ; C-574/92.

¹⁰⁰¹ C-468/97.

¹⁰⁰² C-578/02.

¹⁰⁰³ *Loi 153 de 1887. Article 2.*

¹⁰⁰⁴ Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Cour constitutionnelle, C-1189/00, (13-09-00).

¹⁰⁰⁵ Cour constitutionnelle, T-568/99, (10-08-1999).

nations civilisées sont les sources d'obligations internationales de l'Etat colombien.¹⁰⁰⁶

612. Cependant, il convient de remarquer que, dans le cas qui nous intéresse, la loi *estatutaria* de l'administration de justice possède une valeur supérieure à celle des lois ordinaires. En va-t-il de même lorsque les lois ordinaires sont des lois d'approbation des traités ?

La Cour reconnaît aux lois d'approbation des traités une « *primauté modérée des normes internationales dans l'ordre juridique interne* » : pour la Cour, cette « primauté n'implique pas l'invalidité des règles nationales qui entrent en conflit avec elles. Dans chaque cas d'espèce, l'application de la loi nationale doit céder face à la norme supérieure. [...] En vertu du principe de primauté modérée du droit international et en application du principe d'interprétation conforme, *les normes internes doivent être interprétées de la façon la plus favorable au respect des préceptes constitutionnels et des obligations internationales colombiennes.* »¹⁰⁰⁷ (Nous soulignons).

613. En conséquence, les lois d'approbation des traités ne font pas partie du bloc de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle ne les prend pas en compte pour contrôler la constitutionnalité des lois. La Cour remarque cependant que « *les opérateurs juridiques doivent appliquer les normes internes de la manière la plus respectueuse des engagements internationaux* ». ¹⁰⁰⁸ (Nous soulignons)

614. L'interdiction adressée aux personnes publiques s'adapte en conséquence au droit international par l'obligation du respect des traités internationaux ratifiés par la Colombie. En conséquence, la réforme de la loi 1285 de 2009 n'a pas de conséquences sur les lois qui autorisent l'arbitrage international *ad hoc* et institutionnel.

¹⁰⁰⁶ C-1189/00.

¹⁰⁰⁷ C-1189/00.

¹⁰⁰⁸ Cour constitutionnelle, C-582/99, (01-08-99).

Ces différentes dispositions s'appliquent dans deux ordres juridiques différents. La loi 1285 de 2009 ne concerne que l'arbitrage interne.¹⁰⁰⁹ Si la loi *estatutaria* de l'administration de la justice a un rang supérieur aux lois ordinaires, elle règle l'administration de la justice en Colombie. D'ailleurs, l'article modifié fait partie du titre second qui règle la structure générale de l'administration de la justice, et du second chapitre qui règle l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'article 6 de la loi 1285 de 2009 pose donc une condition à l'exercice de la fonction juridictionnelle par les particuliers.¹⁰¹⁰ Or, les arbitres internationaux ne sont pas destinataires de ces règles.

Ensuite, la Cour a déclaré la constitutionnalité des traités qui prévoient l'arbitrage *ad hoc* ou l'arbitrage institutionnel,¹⁰¹¹ et ce même après l'entrée en vigueur de la réforme de 2009.¹⁰¹² De plus, les trois branches des pouvoirs publics ont participé au processus d'approbation des traités internationaux. En conséquence, l'Etat tout entier engage sa responsabilité au regard des engagements internationaux de la Colombie.

615. **La portée de la restriction.** La portée de la restriction n'est donc pas la même en droit interne et en droit international. Nous avons pu constater que même s'il existe en Colombie une acceptation générale de l'origine volontaire de l'arbitrage, la liberté dans la fixation de la procédure applicable à l'arbitrage n'est pas encore un acquis dans l'état actuel du droit. L'arbitrage a toujours existé dans le système juridique colombien, mais il a été étroitement lié à une procédure d'arbitrage établie par la loi.

Bien que regrettable, cette interdiction ne vise que le droit interne. Elle constitue une règle limitative de la liberté contractuelle des entités publiques et de l'Etat, de caractère impératif et d'ordre public. Cependant, les pouvoirs exécutif, législatif et

¹⁰⁰⁹ Sur la nature des ordres juridiques voir n° 151 et s.

¹⁰¹⁰ La Cour constitutionnelle a déclaré la conformité de cette norme à la constitution sous la réserve que les parties doivent respecter le contenu des lois spéciales sur l'arbitrage.

¹⁰¹¹ Traités passés avec le Cuba (C-379/96), le Royaume Uni et l'Irlande du Nord (C-358/96), le Pérou (C-008/97), le Chili (C-294/02), l'Espagne (C-309/07), les Etats Unis (C-750/08).

¹⁰¹² La Suisse (C-150/09), le Chili (C-031/09), le Pérou (C-377/10), le Canada (C-608/10).

juridictionnel¹⁰¹³ en ont manifestement décidé autrement s'agissant de l'arbitrage international lors du processus d'approbation de traités internationaux, postérieurement à la loi du 22 janvier 2009.

616. Les traités ratifiés par la Colombie sont une source d'obligations pour l'Etat colombien et engagent sa responsabilité internationale. Les opérateurs juridiques, c'est-à-dire les entités publiques qui compromettent, le Conseil d'Etat, juge de l'annulation lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Colombie, ainsi que la Cour suprême de justice, juge de l'exequatur, sont tenus de respecter *la primauté modérée des normes internationales*. Ils doivent appliquer le principe constitutionnel d'interprétation conforme qui permet d'harmoniser les normes internationales avec les préceptes constitutionnels.

En conséquence, la restriction imposée par la loi du 22 janvier 2009 ne concerne que le droit interne. Le seul type d'arbitrage viable, en droit interne, est celui qui se déroule selon le régime juridique de l'arbitrage. Cependant, ce dernier laisse une marge de liberté aux parties quant à la composition du Tribunal arbitral. Il faut déterminer l'étendue de cette liberté afin de vérifier s'il existe des règles spécifiques applicables en raison de la participation d'une entité publique à l'arbitrage.

§2. La composition du Tribunal arbitral

617. Lorsque la loi colombienne est applicable à l'arbitrage des contrats publics, les règles procédurales contenues dans le décret 1818 de 1998 et dans le Code de procédure civile sont applicables.¹⁰¹⁴ Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage international, la composition du Tribunal doit se faire selon la loi procédurale choisie par les

¹⁰¹³ Sur l'intervention des pouvoirs publics dans la procédure d'approbation et de conclusions de traités voir les notes de bas de page correspondant au n° 147 et s.

¹⁰¹⁴ Voir à ce propos: *El contrato de arbitraje*. Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. *Op. cit.* Spéc. Introduction, n°8. p. xviii.

parties : soit le règlement d'un Centre d'arbitrage, soit les règles *ad hoc* fixées par elles (directement ou au travers d'un règlement) ou par les arbitres.

Le régime juridique colombien impose aux parties de s'accorder pour la nomination de l'arbitre. Il prévoit également l'organisation d'une audience pour la composition du Tribunal arbitral.

Ainsi, avant de développer les conditions nécessaires pour la nomination des arbitres et pour la constitution du Tribunal, il convient de se demander si la loi ou la volonté des parties peuvent imposer des conditions préalables à la composition du Tribunal arbitral.

618. **Les conditions préalables imposées par la loi.** La politique de décongestion des juridictions étatiques a été entreprise en Colombie avec le décret 2651 de 1991 qui impose une conciliation préalable à chaque procédure juridictionnelle.¹⁰¹⁵ Nonobstant, le décret autorise la saisine des arbitres sans que la conciliation ait eu lieu.¹⁰¹⁶ La loi 446 de 1998 a, à l'inverse, prévu que le Tribunal arbitral ne pouvait être composé qu'après l'échec de la conciliation.¹⁰¹⁷ La conciliation avait alors lieu sous l'autorité du Centre d'arbitrage et avait un caractère obligatoire pour les parties.

La Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la procédure de conciliation devant le Centre d'arbitrage :

« Les fonctions juridictionnelles attribuées aux particuliers doivent l'être de manière expresse car leur caractère exceptionnel l'exige. Cette exigence est le corollaire de la volonté des parties. Elles décident non seulement de se soumettre à l'arbitrage, mais choisissent également les arbitres. C'est donc bien de la volonté des parties que procède la juridiction des arbitres et leurs compétences [...] Le principe d'habilitation contenu à l'article 116 de

¹⁰¹⁵ Décret 2651 de 1991. Article 2.

¹⁰¹⁶ Décret 2651 de 1991. Article 2. Paragraphe. Conseil d'Etat, Consorcio Spie Batignolles vs. EEEB, 11632, (24-10-1996).

¹⁰¹⁷ La loi 446 de 1998. Article 122 n° 1.

la constitution permet que les parties investissent les arbitres du pouvoir juridictionnel. La loi ne peut imposer aux parties l'intervention d'entités qu'elles n'ont pas choisies. Ainsi, même si on ne peut ignorer que les centres d'arbitrage puissent donner un appui logistique à l'arbitrage [...] [Ils] ne peuvent pas être habilités par la loi pour prendre des décisions étroitement liées à la procédure arbitrale. Seuls les arbitres habilités par les parties peuvent le faire (article 116) [...] L'attribution de fonctions juridictionnelles aux centres d'arbitrage méconnaît le principe d'habilitation [...] la Cour déclare inconstitutionnelle l'expression '*une fois que la conciliation a échoué ou si elle n'a été que partielle*'. »¹⁰¹⁸

Par l'effet de la décision d'inconstitutionnalité, la conciliation n'est plus une condition légale préalable à la composition du Tribunal arbitral.

619. **Des conditions préalables stipulées par les parties au litige.** Compte tenu qu'en matière contractuelle l'arbitrage n'est pas l'unique moyen de résolution des litiges accessible aux parties, la clause compromissoire est, le plus souvent, précédée de clauses portant sur les conditions préalables à l'arbitrage.¹⁰¹⁹

Les parties au contrat peuvent prévoir le recours à des modes de résolution amiable des litiges avant toute action contentieuse. Le désir de résoudre à l'amiable les litiges est valide et raisonnable. Cependant, si elles s'engagent à tenter une transaction, une médiation ou une conciliation etc. quelle est la valeur de ces engagements par rapport à l'arbitrage ? Constituent-ils des conditions suspensives à la mise en œuvre de l'arbitrage ? Constituent-ils des formalités préalables à la recevabilité de la demande arbitrale ? Equivalent-ils simplement à de bonnes intentions qui ne font pas obstacle à l'arbitrage ?

¹⁰¹⁸ C-1038/02.

¹⁰¹⁹ Sur cette question voir : Tribunal arbitral, *Consortio Cosacol-Hanover vs. Ecopetrol, Ecogas*, María Cristina Morales, Cesar Gómez Estrada, José Alejandro Bonivento, 28-08-2002.

620. Le Conseil d'Etat juge que rien n'empêche les parties de soumettre la convention d'arbitrage à une condition. Il insiste sur la polysémie¹⁰²⁰ du terme « condition » et précise qu'il fait référence à la condition telle que définie à l'article 1500 du Code civil colombien : « l'événement d'un fait futur qui peut ou non se produire », c'est-à-dire une condition suspensive. Cependant, si les parties prévoient dans le contrat qu'avant de déclencher l'arbitrage, la partie intéressée doit envoyer une lettre indiquant la nature et le montant de la réclamation, ce type de clause ne soumet pas la mise en œuvre de l'arbitrage à une condition. Elle ne constitue qu'une constatation de l'existence d'un conflit qui n'empêche pas la mise en œuvre de l'arbitrage. Seule la loi peut fixer des conditions préalables car les parties ne peuvent pas limiter, par une convention privée, l'accès à la justice.¹⁰²¹

D'ailleurs, les parties au litige peuvent être conscientes qu'un arrangement direct n'est pas toujours possible. L'accès à la justice ne peut être restreint par une stipulation contractuelle. Une telle stipulation serait viciée car portant sur un objet illicite, contraire à des normes impératives établies par la loi et la constitution.¹⁰²² Il n'y a donc que la volonté des parties d'engager la procédure d'arbitrage qui puisse commander l'ouverture de l'instance arbitrale.

621. En outre, les délais de forclusion de l'action sont fixés par la loi. Les parties ne peuvent pas modifier ou suspendre ces délais, même pour rechercher des moyens de solution directe du conflit avant de saisir le Tribunal arbitral. La partie qui entend engager la procédure d'arbitrage ne peut pas mettre en péril son droit d'action en justice pour obéir à des formalités préalables à un arrangement amiable. L'accès à l'administration de la justice est un droit fondamental, même

¹⁰²⁰ « La polysémie constitue une ressource pour la langue, elle peut aussi représenter un danger pour le discours juridique dont la norme et son application doivent être transparentes et univoques dans la décision judiciaire. L'examen sémantique est une réponse à tout risque d'erreur judiciaire dans l'emploi d'un terme. La polysémie s'examine d'abord en tenant compte de la contextualisation des termes concernés. » PHILIPPE GRECIANO. *Polysémie dans le discours juridique : Une réponse sémantique aux erreurs judiciaires*, Nouveaux cahiers d'allemand, 26, 23-35 (2008). p. 23 Sur la question, voir également GÉRARD CORNU. *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien. (2005).

¹⁰²¹ *Consorcio LAR vs. IDU*, 32871.

¹⁰²² *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación*, 33669.

s'agissant de l'arbitrage.¹⁰²³ La stipulation des moyens directs de résolution des conflits est tout à fait valable, mais elle n'a pas d'effets procéduraux. Elle n'empêche donc pas la saisine du Tribunal arbitral.¹⁰²⁴

622. La convention d'arbitrage ne suffit pas, en elle-même, à mettre en œuvre l'arbitrage. Il est nécessaire que les parties au litige prévoient, soit dans la convention d'arbitrage,¹⁰²⁵ soit dans un accord postérieur¹⁰²⁶ les conditions de nomination de l'arbitre.¹⁰²⁷ A travers cet accord les parties au litige octroient à l'arbitre l'investiture pour trancher le litige.

623. **La nomination de l'arbitre.** Thomas Clay estime qu'en vertu de la convention d'arbitrage « les deux litigants ont une obligation de résultat de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage, c'est-à-dire de passer un contrat d'arbitre » : le contrat d'arbitre est un contrat dérivé de la convention d'arbitrage.¹⁰²⁸

Les parties opposées dans le litige sont placées dans une même position contractuelle afin d'élire leur propre juge ou de choisir un tiers à qui déléguer cette tâche. Un rapport particulier naît de la sorte entre les parties au litige et l'arbitre. C'est de cet accord que découle la capacité des arbitres à rendre la justice.

¹⁰²³ Corte Constitucional Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰²⁴ *ETB vs. Celcaribe*, 33644 ; *ETB vs. Celcaribe*, 33644. Dans le même sens voir : *Porvenir vs. Incofer*, 36252. *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación*, 33669.

¹⁰²⁵ « *Toujours est-il que la mention du nom de l'arbitre dans la convention d'arbitrage perturbe l'apparente séparation entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre parce qu'elle oblige à s'interroger sur la volonté réelle des litigants. Deux hypothèses : soit ils ont eu principalement en vue de recourir à l'arbitrage, soit, au contraire, ils n'ont choisi l'arbitrage qu'à la condition que la personne désignée soit effectivement leur arbitre* ». THOMAS CLAY. *L'arbitre*. *Op. cit.* n° 666 p. 526.

¹⁰²⁶ Nous ne pouvons pas transposer la démonstration faite par Thomas Clay relative à l'existence d'une catégorie juridique appelée contrat d'arbitre au régime colombien de l'arbitrage. Nonobstant, compte tenu de ses excellents apports, nous ne pouvons nous en servir que pour nourrir notre analyse, mais sans prendre parti en faveur de la dénomination choisie par le professeur Clay. C'est pourquoi, nous ferons référence à l'accord des parties pour la nomination des arbitres.

¹⁰²⁷ Cet accord serait selon Thomas Clay « le point de rencontre extrême des composantes contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage. [THOMAS CLAY. *L'arbitre*. *Op. cit.* n° 179 p.148.] [...] Ce contrat [...] constitue une étape incontournable du processus arbitral et représente même un socle qui permet de plus en plus à l'instance arbitrale de se solidifier. » *ibidem*, n° 588 p. 474.

624. **Effets et dissemblances entre la nomination du juge et de l'arbitre.** Le juge étatique, en raison de sa nomination par l'Etat, a une compétence permanente sur un certain type de litiges qui lui seront soumis en raison de sa place dans la structure juridictionnelle. L'arbitre exerce, quant à lui, une fonction temporaire. Il n'est investi par les parties que pour résoudre un litige concret dans le délai prévu par elles (ou par la loi à défaut de stipulation des parties). Les pouvoirs tirés de l'investiture n'ont qu'un caractère particulier et transitoire.

Cependant, si nous analysons la compétence du juge relativement à un litige déterminé, le juge étatique comme l'arbitre sont dessaisis de leur compétence une fois qu'ils ont rendu la sentence qui tranche le litige pour lequel ils ont été saisis. Si la compétence de la juridiction étatique est permanente, le juge ne peut pas revenir sur un litige qu'il a déjà tranché et seule, éventuellement, une autre instance juridictionnelle étatique pourra être saisie par la voie d'un recours contre la décision rendue. C'est donc en réalité la structure juridictionnelle de l'Etat qui est permanente.

625. **Conditions nécessaires à la nomination de l'arbitre.** La nomination de l'arbitre est un acte juridique « *intuitu personae* », celui-ci n'étant choisi qu'en vertu de ses qualités personnelles et professionnelles. L'arbitre ne peut pas déléguer cette mission à un tiers.

626. Le décret 1818 de 1998 distingue deux phases dans la procédure arbitrale : une phase pré-arbitrale et une phase arbitrale. La nomination des arbitres a lieu dans la première. L'article 122 dispose que les arbitres doivent être choisis, soit conjointement par les parties, soit par un tiers désigné par eux. Si les parties n'ont pas stipulé le nombre d'arbitres, ils seront trois sauf si la valeur des prétentions du litige est inférieure à 400 SMIC. Dans ce cas, les parties peuvent élire un ou trois

¹⁰²⁸ *Ibidem*, n° 681 p.537.

arbitres selon leur volonté. L'article 70 de la loi 80 de 1993 relatif à la clause compromissoire confirme cette règle. L'article 71 qui règle le compromis exige des parties qu'elles déterminent : la forme de désignation des arbitres, le lieu où le tribunal doit siéger ainsi que la provision des dépenses d'arbitrage. Ces conditions peuvent être déterminées par les parties dans un accord postérieur même lorsqu'elles se sont engagées à travers une clause compromissoire.

627. **Difficultés liées à la nomination de l'arbitre.** Les parties ne prévoient pas toujours par avance les conditions de nomination des arbitres. C'est pourquoi, une fois le litige né, il n'est pas toujours aisé que les parties s'accordent sur la nomination de l'arbitre. D'ailleurs La loi veille alors à ce que les parties disposent des moyens pour contraindre l'autre partie de tenir son engagement en établissant les moyens nécessaires à la mise en œuvre de l'arbitrage. La loi permet donc au juge civil, saisi par les parties, d'y suppléer en cas de désaccord sur la nomination de l'arbitre. Cependant, il n'en a pas toujours été ainsi.

628. *Le juge d'appui dans le premier Statut de l'arbitrage.* Le juge civil a été un certain temps le juge d'appui dans la tâche de nomination des arbitres. L'article 5 de la loi 2 de 1938 (qui renvoyait à l'article 325 du Code judiciaire) prévoyait que si l'une des parties refusait de nommer l'arbitre, l'autre partie pouvait demander au juge civil de la suppléer dans cette tâche. Le Code de procédure civile contenait une disposition équivalente ;¹⁰²⁹ celle-ci a été modifiée par le régime arbitral de 1989 (décret 2279 de 1989) : le juge nomme les arbitres sur la liste du Centre d'arbitrage du lieu du litige ou à défaut du centre le plus proche.

629. *Le transfert de la mission du juge d'appui aux Centres d'arbitrage.* Le décret 2651 de 1991 revient sur ce mécanisme en transférant au directeur du Centre d'arbitrage cette compétence. Cette disposition est confirmée par l'article 119 de la loi 446 de 1998 : « le Centre d'arbitrage organisera une audience dans laquelle il invite les

¹⁰²⁹ Code de procédure civile. Article 665.

parties à se mettre d'accord. Si ce n'est pas possible *le centre élira l'arbitre à sa place* » (nous soulignons).

630. Le transfert de cette mission aux centres d'arbitrage ne va pas sans conséquences. En effet, les centres d'arbitrage étaient organisés le plus souvent sous l'égide des Chambres de commerce. Or, parmi les nombreuses fonctions de ces Chambres, elles assument des fonctions administratives déléguées par les pouvoirs publics. Elles ont donc compétence pour édicter des actes administratifs.

Des controverses relatives à la nature administrative ou juridictionnelle des actes édictés par les centres d'arbitrage sont nées en raison de leurs liens avec la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Les parties insatisfaites de la nomination de l'arbitre et voulant exercer leur droit de recours ne savaient pas quelle autorité devait être saisie.

631. *Les conflits découlant du transfert.* Le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt du 7 décembre 2000 que la plupart des fonctions exercées par les centres d'arbitrage dans la phase pré-arbitrale ont une nature juridictionnelle. Ces décisions ne pouvaient être administratives car elles étaient étroitement liées à la procédure d'arbitrage.¹⁰³⁰

Le citoyen Andrés Felipe Ospina a saisi la Cour constitutionnelle d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité des articles 119, 121 et 122 de la loi 446 de 1998.¹⁰³¹ La Cour reprend le raisonnement du Conseil d'Etat à l'occasion de la décision C-1038/00. Elle rappelle que la constitution autorise les particuliers à administrer la justice en tant qu'arbitres, que l'arbitrage est volontaire, temporaire et exceptionnel et que ses limites sont fixées par la loi. La Cour observe que « le principe d'habilitation n'implique pas que les parties soient obligées de choisir directement leurs arbitres, elles peuvent déléguer cette tâche notamment à un Centre d'arbitrage. La nomination fait par le tiers résulte donc de l'autonomie de

¹⁰³⁰ Arrêt cité par le Conseil d'Etat dans la décision 25561.

¹⁰³¹ Ces articles traitent des compétences des centres d'arbitrage dans la phase pré-arbitrale.

la volonté des parties [...] C'est la volonté des parties qui active la justice arbitrale, la compétence des arbitres et leur confère des attributions. [...] En conséquence, les Centres d'arbitrage ne pourront élire les arbitres que s'ils sont autorisés par les parties au litige à le faire. »

Seul l'arbitre dispose de pouvoirs juridictionnels, il est donc le maître de la phase pré-arbitrale et de la phase arbitrale. Si l'attribution reconnue aux centres d'arbitrage d'élire les arbitres en cas de désaccord est contraire à la constitution, quelle est l'autorité compétente pour décider de la nomination des arbitres en cas de défaut d'accord entre les parties ?

632. *Le retour de la fonction vers le juge civil.* Compte tenu que la loi désigne le juge civil pour résoudre toutes les affaires qui ne sont pas attribuées de manière expresse à une autre juridiction, le juge compétent pour assister les parties dans la nomination des arbitres en cas de désaccord est le juge civil. Il ne s'agit pas d'une procédure contentieuse devant lui mais d'une simple démarche.¹⁰³²

633. **Particularités de la nomination des arbitres en matière de contrats publics.** La forme de nomination des arbitres en droit colombien résulte de la volonté conjointe des parties au litige.¹⁰³³ Les parties présentent à chaque arbitre une offre qu'il pourra accepter ou rejeter dans les cinq jours suivants sa notification. Le silence des arbitres vaut rejet de l'offre.¹⁰³⁴

Lorsque la nomination est faite directement par les parties au litige, les directeurs des entités centralisées et décentralisées de la branche exécutive doivent publier le *curriculum vitae* des arbitres choisis sur la page web de l'entité ainsi que sur celle du département administratif de la Présidence de la République. Cette condition résulte du désir de garantir la transparence dans les contrats de prestation de

¹⁰³² Cour constitutionnelle, C-1038/02, (28-11-2002).

¹⁰³³ La modalité de nomination d'un arbitre par chacune des parties, et le fait que le troisième arbitre soit nommé par les deux premiers, n'a été accepté dans notre système que par la loi 2 de 1938.

¹⁰³⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 139.*

services, de conseil, et d'arbitre. Les arbitres doivent joindre leurs *curriculum vitae*, leur casier judiciaire et une attestation de leur conduite disciplinaire et fiscale.¹⁰³⁵

634. **La régularité de la nomination.** La régularité de la nomination des arbitres et des actes réalisés pendant la phase pré-arbitrale ne peut être mise en cause par les parties au litige que lors de la première audience du Tribunal arbitral.¹⁰³⁶ C'est au cours de cette audience que le Tribunal décide de sa propre compétence.

En cas de rejet du Tribunal arbitral sur les demandes tenant à la reconnaissance des irrégularités soulevées par les parties à ce stade, un recours en annulation de la sentence arbitrale ou en opposition à l'exequatur seront possibles.¹⁰³⁷ Une partie qui n'aurait pas soulevé cette question à l'occasion de cette première audience ne pourra plus s'en prévaloir par la suite.

635. **Les effets de la nomination.** L'accord des parties sur la nomination des arbitres est l'acte par lequel les parties au litige écartent définitivement la juridiction de l'Etat et soumettent aux arbitres leur différend.

636. L'accord de volonté sur cette nomination doit donc être exprès sous peine d'annulation de la sentence arbitrale.¹⁰³⁸ Les parties au litige investissent l'arbitre d'une *mission juridictionnelle*, laquelle ne se concrétise qu'avec l'acceptation de l'arbitre.

637. **L'investiture de l'arbitre.** Les arbitres ne sont pas des fonctionnaires publics et ce même s'ils sont investis de la fonction publique d'administration de

¹⁰³⁵ Directive du 23 février 2008 qui complète la Directive 03 de 2006.

¹⁰³⁶ *Décret 1818 de 1998. Article 147.*

¹⁰³⁷ Conseil d'Etat, Centro de Diagnóstico Milenio vs. Central de transporte de Santa Marta, 35262, (28-01-2009).

¹⁰³⁸ *Décret 1818 de 1998. Article 122 et 163-2.*

la justice.¹⁰³⁹ L'investiture de l'arbitre procède de la volonté des parties. Le pouvoir d'habilitation est un pouvoir exclusif des parties au litige. Néanmoins, le constituant a instauré une réserve légale en matière d'habilitation des arbitres¹⁰⁴⁰ : le législateur peut exclure les matières qui, en raison de leur nature, ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage et attribuer compétence exclusive aux juges étatiques.¹⁰⁴¹ En conséquence, les arbitres ne peuvent être habilités que pour juger les litiges autorisés par le législateur.¹⁰⁴² Toutefois, le législateur ne peut vider de sa portée l'autorisation constitutionnelle d'accéder à l'arbitrage, non plus que privilégier l'arbitrage au détriment de la justice étatique.

L'acte d'habilitation de l'arbitre par les parties au litige lui octroie l'investiture. Grâce à cette investiture, l'arbitre pourra accomplir sa *mission juridictionnelle*. Elle lui permettra de trancher le litige, et même avant d'avoir déclaré sa propre compétence, d'exercer certains pouvoirs nécessaires au déclenchement de l'instance arbitrale (phase pré-arbitrale). Les parties peuvent cependant s'accorder pour remplacer (en totalité ou en partie) les arbitres avant la constitution du Tribunal.¹⁰⁴³ L'acceptation de l'arbitre génère des droits qui constituent des obligations aussi bien pour les parties que pour lui.

638. **La mise en œuvre de l'arbitrage.** Une fois que les arbitres ont accepté leur mission, le Tribunal arbitral est formellement composé. Les arbitres sont investis des pouvoirs juridictionnels qui leur permettent de conduire la procédure arbitrale et ce même avant d'avoir déclaré leur propre compétence sur le litige.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ Cour constitutionnelle, C-914/04, (21-09-2004).

¹⁰⁴⁰ C-893/01.

¹⁰⁴¹ C-098/01. La réserve de loi est une institution juridique qui garantit le *principe démocratique*. Elle impose des limites au pouvoir législatif car elle l'empêche de déléguer ses fonctions à un autre organe de l'Etat, et au pouvoir exécutif qui ne pourra pas régler des matières attribuées exclusivement au législateur» Sur la réserve de la loi voir : Cour constitutionnelle, C-570/97, (06-11-1997). Sur l'arbitrabilité objective des litiges voir plus particulièrement : C-242/97. C-1436/00. Cour constitutionnelle, C-672/99, (09-09-1999).

¹⁰⁴² Voir à ce propos le titre relatif à l'arbitrabilité objective n° 236 et s.

¹⁰⁴³ Décret 1818 de 1998. Article 129.

¹⁰⁴⁴ C-1038/02.

Ils doivent garantir l'égalité, le respect des principes du procès équitable et les droits de la défense des parties dans la procédure.¹⁰⁴⁵

639. Ils sont compétents sur plusieurs questions nécessaires à la constitution du Tribunal : la décision du siège de l'arbitrage à défaut d'accord des parties ;¹⁰⁴⁶ la résolution de la récusation d'un des arbitres par les parties lorsque celui-ci ne l'accepte pas ;¹⁰⁴⁷ la saisine du juge civil en cas de partage des voix sur la récusation de l'arbitre, ou lorsque naissent des conflits entre les parties pour la nomination d'un troisième arbitre.¹⁰⁴⁸

640. Lors de l'audience de composition du Tribunal arbitral les arbitres vérifient la régularité de la composition. Ils nomment un président parmi eux et un secrétaire.¹⁰⁴⁹ Si un des arbitres ne vient pas, il est remplacé selon les règles fixées par les parties ou à défaut de stipulation en vertu des règles prévues par la loi.¹⁰⁵⁰

641. Les arbitres décident également de la recevabilité de la demande,¹⁰⁵¹ réceptionnent la réponse et, s'il y a lieu, la demande reconventionnelle.¹⁰⁵² Les parties déterminent alors leurs prétentions et acquièrent des prérogatives et des charges procédurales.

642. Les arbitres fixent le montant des honoraires et des frais d'arbitrage en fonction des prétentions des parties.¹⁰⁵³ Les parties peuvent contester au cours de

¹⁰⁴⁵ Cour constitutionnelle, SU-600/99, (18-08-1999) ; SU-600/99.

¹⁰⁴⁶ Décret 1818 de 1998. Article 132.

¹⁰⁴⁷ Décret 1818 de 1998. Article 133.

¹⁰⁴⁸ Décret 1818 de 1998. Article 134- 135.

¹⁰⁴⁹ Décret 1818 de 1998. Article 140 et 141.

¹⁰⁵⁰ Décret 1818 de 1998. Article 142.

¹⁰⁵¹ Ils vérifient l'accomplissement des formalités exigées par les articles 75 et 76 du Code de procédure civile.

¹⁰⁵² Décret 1818 de 1998. Article 141.

¹⁰⁵³ Décret 4089 du 25 octobre 2007. Article 14.

cette audience le montant des honoraires et des frais d'arbitrage. Les arbitres doivent répondre à cette opposition au cours de la même audience.¹⁰⁵⁴ Les parties ont le devoir de payer le montant à leur charge dans les 10 jours suivant l'audience de composition du Tribunal. Si elles ne le font pas, le Tribunal déclare par une ordonnance de procédure la cessation des effets de la convention d'arbitrage pour le litige qui leur a été soumis. Dans ce dernier cas, les parties sont libres de soumettre leur litige à la juridiction étatique.¹⁰⁵⁵ Si elles payent le montant à leur charge, les arbitres déclenchent la phase arbitrale.

Les conditions de nomination des arbitres sont fixées par les parties au litige. À défaut de stipulation, la nomination se déroule selon les règles du régime légal de l'arbitrage. Une fois que l'arbitre accepte sa mission, il est tenu de publier son curriculum vitae accompagné de son casier judiciaire sur les sites de la Présidence de la République et de l'entité publique partie à l'arbitrage. Cette exigence répond à un souci de transparence et vise à démontrer tant la qualification de l'arbitre sur l'objet du litige que son impartialité à l'égard des parties au litige.

Deuxième sous-section. La compétence des arbitres

643. La compétence des arbitres trouve son origine dans la convention d'arbitrage. Les parties fixent dans cette convention quels litiges seront soumis à l'arbitrage et délimitent de cette façon le domaine de compétence arbitral.

Si les arbitres statuent sur leur propre compétence (§1), cette déclaration peut donner lieu à des conflits de compétence avec d'autres autorités (§2)

§1. La déclaration de compétence par les arbitres

644. La constitution autorise les particuliers à investir des arbitres pour administrer la justice sur un litige précis. Ce sont donc les parties qui déterminent

¹⁰⁵⁴ Décret 1818 de 1998. Article 142-4.

l'étendue de la compétence arbitrale. Les arbitres doivent vérifier l'existence d'une concordance précise entre l'objet du litige à trancher, les limites fixées par la convention d'arbitrage et par la loi pour déterminer leur propre compétence. Les arbitres doivent également déclarer leur compétence sur le fondement d'une convention d'arbitrage valable.

645. **Le principe « compétence – compétence »** est reconnu aussi bien par les conventions internationales sur l'arbitrage qui lient la Colombie que par le droit interne.¹⁰⁵⁶ *« La règle de « compétence – compétence » est une règle de priorité, entendue au sens chronologique et non au sens hiérarchique. Prise sous ses deux aspects, elle se définit comme la règle selon laquelle les arbitres doivent avoir l'occasion de se prononcer - et de se prononcer les premiers - sur les questions relatives à leur compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques. »*¹⁰⁵⁷ Il permet au Tribunal arbitral *« de poursuivre sa mission même si l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est contestée par une partie pour des causes qui affectent directement la clause compromissoire ou le compromis et pas seulement par simple conséquence de l'éventuelle nullité du contrat principal »*.¹⁰⁵⁸

Nous utilisons l'expression « compétence-compétence » dans le sens adopté par le droit français de l'arbitrage. Bien que la jurisprudence constitutionnelle colombienne emploie l'expression « *kompetenz-kompetenz* », il convient de remarquer que le contenu de cette expression fait également référence au sens français du terme et non pas au sens originel employé par le droit allemand. Emmanuel Gaillard illustre bien la différence des sens : *« c'est en effet l'expression allemande de « Kompetenz-Kompetenz » qui s'est imposée lorsqu'il s'est agi de convaincre les juridictions françaises, qui semblent avoir été parmi les premières à le reconnaître [Cass. com.,*

¹⁰⁵⁵ Décret 1818 de 1998. Article 144.

¹⁰⁵⁶ Convention CIRDI. Article 41 ; Loi type de la CNUDCI. Article 16 ; Décret 1818 de 1998. Article 147. « Les arbitres statuent sur leur propre compétence au cours de la première audience de procédure [...] »

¹⁰⁵⁷ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n° 660. P.415.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*. n° 658 p.413-414.

22 février 1949, Caulliez, JCP 1949 II 4899, obs. H. MOTULSKY.], d'admettre le principe. Le sérieux de l'expression, son prestige supposé, ont pu contribuer à l'acceptation du principe. Pourtant, si l'expression existait bien en droit allemand, elle désignait une réalité toute différente. Elle s'appliquait en effet spécifiquement aux hypothèses dans lesquelles un juge a compétence exclusive pour statuer en premier et en dernier ressort sur sa propre compétence. Ce n'est évidemment pas ce dont il est question en matière d'arbitrage, les arbitres ne statuant sur leur compétence que sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques chargées de connaître du contentieux de la validité de la sentence. L'utilisation de l'expression de « *Kompetenz-Kompetenz* » a donc longtemps intrigué les auteurs allemands et ce d'autant plus qu'en matière d'arbitrage, le droit allemand ne reconnaissait pas le principe de *Kompetenz-Kompetenz*, ni au sens allemand, ni au sens français, puis international, du terme [Voir par ex. O. GLOSSNER, Germany, in : ICCA Handbook Commercial Arbitration, p. 14 (1987) ; K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer 1993, p. 359. Cette notion de *Kompetenz-Kompetenz* destinée à supprimer tout contrôle ultérieur des juridictions étatiques a du reste été condamnée par la loi sur l'arbitrage du 22 décembre 1998. Voir K. P. BERGER. Germany adopts the UNCITRAL Model Law, Int. ALR 1998, p. 121, spéc. p. 122.] »¹⁰⁵⁹

646. Si les arbitres peuvent se prononcer « les premiers », lorsque les parties saisissent le Tribunal arbitral,¹⁰⁶⁰ il n'en va pas de même lorsqu'une des parties saisit d'abord la juridiction administrative en Colombie.¹⁰⁶¹ En effet, la jurisprudence administrative considère que les parties renoncent de manière tacite à la convention d'arbitrage lorsque l'une d'elles saisit la juridiction étatique et que l'autre ne soulève pas l'exception d'incompétence. Nous aurons donc l'occasion de traiter ci-après des conflits de compétence résultant d'une telle interprétation.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁹ EMMANUEL GAILLARD. *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de François Poudret, Stampfli, Berne, (1999), Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 387-402. p.389.

¹⁰⁶⁰ Cour suprême de justice – chambre de cassation civile, Jaime Gilinski y otros vs. Bancolombia y otros, T-2008-00384, (28-03-2008).

¹⁰⁶¹ Voir n° 125, 243 (spécialement note de bas de page 474), 716, 739 et s. et 972. Sur la primauté du principe *kompetenz-kompetenz* voir n° 645.

¹⁰⁶² Voir n°696 et s.

647. Les arbitres, comme les autres autorités juridictionnelles, statuent sur leur propre compétence lorsqu'ils sont saisis. L'article 147 du décret 1818 de 1998 dispose que les arbitres statuent sur leur propre compétence au cours de la première audience. Cette décision est rendue par une ordonnance. Les parties ne peuvent la contester qu'au cours de cette audience. La décision des arbitres sur leur compétence est définitive et permet de lancer l'étape arbitrale.

648. En Colombie, les arbitres sont souverains quant à la détermination de leur propre compétence.¹⁰⁶³ Les juridictions étatiques ne peuvent être saisies de cette question qu'une fois la sentence arbitrale rendue.¹⁰⁶⁴

649. D'ailleurs, les arbitres décident de leur propre compétence même si le litige objet de l'arbitrage est soumis à un juge étatique à l'occasion d'un procès en cours. Le Tribunal arbitral informe le juge que les parties ont décidé de soumettre le litige à l'arbitrage, lui envoie une copie de la convention d'arbitrage et de l'ordonnance dans laquelle il assume sa compétence sur le litige, et demande au juge de lui envoyer une copie du dossier de la procédure.

Le juge étatique vérifie la portée de la convention d'arbitrage et ordonne la suspension de la procédure juridictionnelle. Cette procédure ne reprendra que si les arbitres ne rendent pas de sentence arbitrale. Le président du Tribunal arbitral est obligé de communiquer au juge la sentence arbitrale une fois qu'elle est devenue définitive.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³ Voir sur la situation en France : JEAN BAPTISTE RACINE. *La sentence d'incompétence*, Revue de l'arbitrage, 4, 729-223 (2010).

¹⁰⁶⁴ Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne ou que le siège de l'arbitrage international est la Colombie, les parties peuvent saisir le Conseil d'Etat en instance d'annulation de la sentence arbitrale ; lorsqu'il s'agit d'une sentence étrangère ou internationale, elles peuvent saisir la Cour suprême en instance d'exequatur.

¹⁰⁶⁵ Article 146 du décret 1818 de 1998. La sentence arbitrale est définitive lorsque les parties n'ont pas exercé de recours à son encontre ou lorsque ces recours ont déjà été épuisés.

650. Il faut remarquer que la décision de compétence comme la décision d'incompétence sont définitives. Si les arbitres déclarent leur incompétence, le régime juridique de l'arbitrage prévoit que « la convention d'arbitrage perd définitivement ses effets. »¹⁰⁶⁶

Malgré la rédaction de cette disposition, nous ne pouvons pas affirmer que la convention d'arbitrage perd complètement ses effets. Elle ne les perdrait qu'en ce qui concerne le litige soumis aux arbitres. Tout dépend en définitive de la rédaction de la convention d'arbitrage : si elle a une portée générale et concerne par exemple « tous les litiges qui découlent du contrat », l'expression de la volonté des parties serait vidée de son sens si la perte des effets de la convention affectait tous les litiges relatifs à l'exécution de la convention. La convention ne perdrait dans ce cas ses effets, qu'en raison d'un litige inarbitrable, à moins que l'incompétence soit déclarée en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage elle-même.

651. **Le contrôle de validité de la convention d'arbitrage par l'arbitre.** Les arbitres ne peuvent affirmer leur propre compétence qu'en vertu d'une convention d'arbitrage licite.¹⁰⁶⁷ C'est en vertu du principe « compétence - compétence » que les arbitres peuvent contrôler la validité de la convention d'arbitrage. Il convient cependant de remarquer que ce principe est étroitement lié au principe d'« autonomie de la convention d'arbitrage » posé par le paragraphe de l'article 118 du décret 1818 de 1998.¹⁰⁶⁸

Les auteurs du Traité de l'arbitrage commercial international remarquent en ce sens que « sans doute, le principe d'autonomie est le premier maillon d'un raisonnement qui permettra à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Grâce à lui, l'argument selon lequel le

¹⁰⁶⁶ Décret 1818 de 1998. Article 147. Paragraphe.

¹⁰⁶⁷ Voir à ce propos : BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage*. Op. cit. p. 5 et 32. Dans la jurisprudence colombienne : C-163/99 ; C-242/97 ; C-294/95 ; C-431/95.

¹⁰⁶⁸ Loi 446 de 1998. Article 116. Paragraphe. « La clause compromissoire est autonome par rapport à l'existence et à la validité du contrat duquel elle fait partie. En conséquence, les procès dans lesquels sont mis en cause l'existence et la validité du contrat peuvent être soumis à l'arbitrage. Le tribunal pourra donc rendre sa sentence même si le contrat est nul ou inexistant ».

*contrat de fond est entaché d'un vice quelconque perd toute incidence directe sur la convention d'arbitrage et donc sur la compétence de l'arbitre. Il permet ainsi de faire justice de la contestation de la compétence tirée de l'inefficacité du contrat faisant l'objet du différend. Dans cette situation, autonomie et « compétence – compétence » se recoupent et se confortent mutuellement ».*¹⁰⁶⁹

Cependant, si la convention d'arbitrage est le fondement de la compétence des arbitres sur le litige qui leur est soumis, ils ne peuvent pas en tirer compétence pour contrôler sa validité. La compétence ne peut pas provenir d'une convention d'arbitrage nulle. C'est donc la loi qui permet aux arbitres d'exercer cette compétence à travers le principe « compétence – compétence ».¹⁰⁷⁰

652. *Les spécificités découlant du régime des contrats publics.* Le Conseil d'Etat colombien qualifie la convention d'arbitrage de « contrat public »¹⁰⁷¹ en raison du principe d'autonomie.¹⁰⁷² Nous avons vu que le critère de qualification d'un contrat comme « public » dépend de la participation d'une personne publique. En conséquence, il est nécessaire d'analyser les causes de nullité absolue de la convention d'arbitrage en tant que contrat public. Il faut cependant remarquer que si ces causes de nullité se recoupent en raison du renvoi que fait la loi des contrats publics au droit commun des contrats, certaines spécificités découlant de la nature publique de ces contrats persistent.

¹⁰⁶⁹ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n°416, p. 229. Un cas illustratif de cette question est jugé par le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 37004, *Hospital el Tunal*, Enrique Gil Botero, 18-02-2010.) Voir sur ce cas n° 758.

¹⁰⁷⁰ Voir à ce propos : PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Ibidem*. n° 650, p. 409 et s. et SILVA ROMERO, EDUARDO. *Breves observaciones sobre el principio "Kompetenz - Kompetenz"*, in *El contrato de arbitraje*, Legis - Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. 579-588. JUAN PABLO CARDENAS. *El principio de autonomia del contrato de arbitraje o pacto arbitral*, Op. cit., 79 - 105.

¹⁰⁷¹ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

¹⁰⁷² Le paragraphe de l'article 118 du décret 1818 de 1998 est considérée comme un des principes directeurs du droit de l'arbitrage par les décisions suivantes : *C-248/99* ; *Fábrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356 ; Cour constitutionnelle, T-136/03, (20-02-2003).

L'article 44 du statut des contrats publics dispose que les contrats publics sont frappés de nullité absolue dans les cas prévus par le droit commun¹⁰⁷³ et dans les cas déterminés, de manière exhaustive, par le même article.¹⁰⁷⁴ Ainsi, *la convention d'arbitrage en matière de contrats publics est régie tant par le droit des obligations et des contrats que par les règles spéciales de l'arbitrage.*

653. L'article 16 du Code civil colombien¹⁰⁷⁵ dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁰⁷⁶ et l'article 163 du décret 1818 de 1998 dispose que « la nullité absolue de la convention d'arbitrage provient de l'objet et de la cause illicite ». C'est donc au regard de ces deux articles que le juge et l'arbitre colombien contrôlent la validité de la convention d'arbitrage.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷³ *Loi 80 de 1993. Article 13. Sur les normes applicables aux contrats publics.* Les contrats passés par les entités auxquelles fait référence l'article 2 de cette loi sont soumis aux dispositions de droit commercial et de droit civil correspondantes sauf dans les matières réglées de manière particulière par le statut des contrats publics [...].

¹⁰⁷⁴ *Loi 80 de 1993. Article 44. Sur les causes de nullité absolue.* Les contrats publics sont frappés de nullité absolue dans les cas prévus par le droit commun et aussi dans les cas suivants : 1. Quand ils sont passés avec des personnes se trouvant dans une des causes de non honorabilité ou d'incompatibilité prévues dans la constitution et les lois. 2. Quand ils sont passés à l'encontre d'une interdiction constitutionnelle ou légale expresse. 3. Quand ils sont passés avec détournement du pouvoir. 4. Quand les actes administratifs leur servant de fondement sont déclarés nuls. 5. Quand ils sont conclus en s'écartant des critères prévus dans l'article 21 sur le traitement des offres nationales et étrangères ou en violation de la réciprocité à laquelle fait référence cette loi.

¹⁰⁷⁵ L'Article 6 du Code civil français a été repris par l'article 16 du Code civil colombien.

¹⁰⁷⁶ « *Le Code civil, à son article 16, institue un mécanisme de contrôle de l'ordre public et des bonnes mœurs, résolvant ainsi le conflit existant entre deux normes différentes : la première norme, une norme principale qui protège les intérêts généraux de l'Etat colombien et la deuxième, d'origine contractuelle, consacre des intérêts différents. Cependant, l'article 16 du Code civil ne permet pas de sanctionner les contrats qui ont un objet licite mais dans lesquels les parties auraient choisi de s'engager en raison de motifs immoraux ou illicites. Afin de pouvoir contrôler ces contrats, le Code civil autorise le juge – via les articles 1502 n° 4 et 1524 - à chercher les indices lui permettant d'établir les objectifs des cocontractants lors de la conclusion du contrat et à déterminer ainsi si ces objectifs sont contraires aux valeurs supérieures de notre société.* » FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres*, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario et Legis, (2005), Sous la direction d'Eduardo SILVA ROMERO. 507-520. Spéc. 509.

¹⁰⁷⁷ Conseil d'Etat, *Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión*, 22195, (04-07-2002) ; *Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; Conseil d'Etat, *Consultoria Oscar Grimaux y asociados Vs Distrito Capital de Bogotá*, 19488, (20-06-2002) ; *Corantioquia Vs Inversiones Zapata Lotero y Cia Ltda.*, 32514 ; Conseil d'Etat, *Corficolombiana S.A. vs. Departamento del Cauca*, (03-08-2000) ; *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041 ; *Humos Construir vs. Municipio de Arauca*, 13347 ; Conseil d'Etat, *Sociedad Non Plus Ultra S.A. vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá*, 12387, (07-10-1999).

654. En outre, les causes de nullité des contrats publics qui peuvent entacher de nullité absolue la convention d'arbitrage sont celles qui sont établies de manière exhaustive par l'article 44 de la loi 80 de 1993, à savoir : 1. Quand les contrats sont conclus avec des personnes se trouvant dans un des cas de non honorabilité ou d'incompatibilité prévues dans la constitution et la loi. 2. Quand ils sont conclus malgré une interdiction constitutionnelle ou légale expresse. 3. Quand ils sont conclus par détournement de pouvoir. 4. Quand les actes administratifs leur servant de fondement sont déclarés nuls. 5. Quand ils sont conclus en s'écartant des critères prévus à l'article 21 [de la loi 80 de 1993] sur le traitement des offres nationales et étrangères ou en violation de la réciprocité à laquelle fait référence cette loi.

655. *Le principe d'autonomie met-il la convention d'arbitrage à l'abri des vices qui entachent le contrat qui la contient ?* L'autonomie de la clause compromissoire est largement acceptée par le droit de l'arbitrage.¹⁰⁷⁸ La doctrine et la jurisprudence admettent que puissent coexister, au sein d'un même contrat, deux contrats indépendants ou liés par une dépendance réciproque.¹⁰⁷⁹ Même si la clause compromissoire est une clause accessoire au contrat public, la loi reconnaît son caractère autonome.¹⁰⁸⁰ Il paraît légitime de se demander si, en vertu du principe d'autonomie, la clause compromissoire n'est pas finalement à l'abri de tous les types de vices qui peuvent entacher de nullité absolue le contrat public principal.

Pierre Mayer préfère le terme *séparabilité* de la clause compromissoire à celui d'« autonomie »¹⁰⁸¹ : « *si le vice qui affecte les clauses substantielles n'atteint pas directement la*

¹⁰⁷⁸ Voir : PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. (La consécration du principe d'autonomie par les ordres juridiques étatiques). n° 398 – 405.

¹⁰⁷⁹ Voir à ce propos: JUAN PABLO CARDENAS. *El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral Op. cit.* Spéc. p. 86. La Cour Suprême de justice colombienne a adopté cette position dans l'arrêt du 31 mars 1938. Rapporteur : Juan Francisco Mujica.

¹⁰⁸⁰ *Loi 446 de 1998. Article 116.*

¹⁰⁸¹ En effet, il estime que « Dans un second sens, également retenu par l'arrêt [Cour d'appel de Paris, *S.A. Entreprise Ducler*, 8 mars 1990] la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat dans

clause compromissoire, il doit être réputé laisser celle-ci intacte. La solidarité qui lie normalement les clauses d'un contrat, dont les unes ne sauraient subsister sans les autres, cesse à l'égard de la clause compromissoire (comme à l'égard de la clause de choix de la loi) parce que la fonction de celle-ci la commande. »¹⁰⁸²

En tenant compte du fait que la convention d'arbitrage est considérée par la jurisprudence colombienne comme un contrat public,¹⁰⁸³ nous nous demanderons si les causes de nullité absolue du contrat public peuvent invalider la convention d'arbitrage, puis, si la nullité absolue du contrat public principal peut entacher de nullité la convention d'arbitrage. Nous étudierons ces questions à travers le contrôle de conformité de la convention d'arbitrage par rapport à l'ordre public et à la cause licite.

656. Le contrôle de conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public. Le respect de l'ordre public est une condition de validité de la convention d'arbitrage. La conformité de cette convention à l'ordre public est contrôlée tant par l'arbitre qui se prononce sur sa propre compétence, que par les juges de l'annulation¹⁰⁸⁴ ou de l'exequatur s'agissant de la sentence arbitrale internationale.¹⁰⁸⁵ La conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public est essentielle, d'une part à la détermination de la compétence de l'arbitre, d'autre part, à la validité et à l'efficacité de la sentence arbitrale.¹⁰⁸⁶

lequel elle est incluse ; il en résulterait – si l'on comprend bien l'arrêt, rédigé de façon très concise – que la nature civile ou commerciale du contrat serait insusceptible d'affecter la validité de la clause. L'autonomie, en ce sens, est parfois appelée « séparabilité » ou « indépendance », et ces derniers termes paraissent préférables : il s'agit en général d'exprimer que le sort de la clause ne suit pas nécessairement celui des autres dispositions du contrat. » PIERRE MAYER. *Note Coumet, ès qual. et Ducler c/ société Polar - Rakennussos a Keythio*, Revue de l'arbitrage, 675 (1990). Spéc. p. 685. Voir dans le même sens : ROQUE CAIVANO. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Bogotá, Universidad del Rosario - Cámara de comercio de Bogotá. (2008). Spéc. p. 200-255.

¹⁰⁸² PIERRE MAYER. *Note Coumet, ès qual. et Ducler c/ société Polar - Rakennussos a Keythio. Op. cit.* Spéc. p. 686.

¹⁰⁸³ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

¹⁰⁸⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 163*. Voir à ce propos n° 909 et s.

¹⁰⁸⁵ *Code de procédure civile. Articles 693 et s.* Voir à ce propos n° 929 et s.

¹⁰⁸⁶ La validité et l'efficacité de la sentence arbitrale seront analysées dans le dernier titre de la thèse.

Le fait que le respect de l'ordre public constitue une condition même de la validité de la convention d'arbitrage découle, logiquement, de ce qu'« *en droit administratif comme en droit privé, l'ordre public désigne les valeurs sociales les plus importantes pour la société : il s'agit bien entendu de celles qui sont nécessaires au maintien de l'organisation sociale étatique et, au-delà, à la sauvegarde de la paix sociale, mais aussi, plus largement encore, à celles qui définissent un projet d'harmonie sociale inspiré en grande partie par la recherche d'équilibres [...] L'ordre public fonde en particulier les règles juridiques « impératives ». Mais, uni aux libertés par une relation dialectique, il garantit aussi l'exercice de ces dernières en limitant les pouvoirs habilités à les restreindre. [...] C'est essentiellement ce rôle protecteur des libertés qui distingue l'ordre public de l'intérêt général [...] Lorsqu'un contrat déroge à une règle posée dans l'intérêt général, l'ordre public fait prévaloir cet intérêt du « bien commun » : la règle est alors impérative ; si au contraire l'intérêt général que poursuit la règle en cause est utile à la réalisation du « bien commun » sans lui être indispensable, l'ordre public fait primer la liberté contractuelle : la règle est supplétive.* »¹⁰⁸⁷

657. Le contrôle du respect de l'ordre public par le juge n'est pas aisé, tant la définition du concept d'ordre public est peu précise. En effet, l'ordre public fait partie des notions de droit à contenu variable. Chaïm Perelman explique que « *tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent mal aisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce* ». ¹⁰⁸⁸ C'est alors au juge ou à l'arbitre, en tenant compte des circonstances, qu'il incombe d'interpréter si le cas qui lui est soumis constitue une violation des valeurs sociales les plus importantes ou d'une règle impérative. ¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁷ MARIE-CAROLINE VINCENT-LEGOUX. L'ordre public. Etude de droit comparé interne, Paris, Presses Universitaires de France. (2001). p. 525.

¹⁰⁸⁸ CHAÏM PERELMAN. *Les notions à contenu variable - essai de synthèses*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, (1984), Sous la direction de CHAÏM PERELMAN. 363-374. Spéc. P. 365

¹⁰⁸⁹ Le Conseil d'Etat colombien a jugé dans une décision d'annulation de sentence arbitrale que « L'autonomie de la volonté des parties est limitée par l'ordre public et par la loi. Le première est définie par le juge dans chaque cas d'espèce car c'est un concept qui varie et qui s'enrichit selon les

658. En droit colombien, l'arbitrage des contrats publics est pleinement admis et régi par la constitution et par la loi. La convention d'arbitrage doit, en conséquence, être conforme aux normes impératives qui règlent l'organisation juridictionnelle de l'Etat et la distribution légale des compétences. Cependant, les conditions d'exercice de la mission que les parties confèrent aux arbitres sont déterminées par la convention d'arbitrage qu'elles ont elles-mêmes rédigées. Ainsi, si le litige est soumis à l'arbitrage par des sujets capables, sur des matières autorisées par la loi et dans le respect des formalités déterminées par celle-ci, la convention d'arbitrage sera conforme à l'ordre public. Par contre, « *deux types de clauses sont interdites : celles qui adoptent une règle prohibée, par exemple la clause compromissaire ne reposant sur aucun fondement légal, et celles qui écartent une règle impérative, par exemple la renonciation de l'Administration à l'un de ses pouvoirs exorbitants ou une indexation sans relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties* ». ¹⁰⁹⁰ Dans de tels cas, l'arbitre doit se déclarer incompétent en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage, le juge de l'annulation ayant, au besoin, également compétence pour le faire.

659. Il est clair que les parties peuvent contester la compétence des arbitres en vertu de l'opposition entre la convention d'arbitrage et l'ordre public. Mais, l'arbitre peut-il soulever d'office la nullité absolue ? Pierre Mayer estime que « *l'arbitre n'est pas le gardien de l'ordre public, pas plus que ne l'est une personne quelconque à laquelle l'Etat n'a pas confié une telle tâche. Le fait d'avoir été choisi par deux personnes*

circonstances et l'époque de son application ; le deuxième a réservé la validité et les effets des actes administratifs aux juges naturels de ces actes. L'ordre public détermine ainsi que les lois impératives, par opposition à celles de caractère interprétatif ou supplétif de la volonté, ne peuvent être écartées par la volonté des particuliers. » *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394.

Pierre Mayer explique que « *dans l'esprit des rédacteurs [du Code civil], l'« ordre public » est à prendre au sens strict, et fonde l'interdiction de déroger à la règle selon le principe suivant : c'est parce que l'observation de la règle est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société, que les particuliers ne peuvent y déroger dans leurs contrats. [...] l'indérogeabilité, ou l'impérativité, constitue l'ordre public, elle n'en est plus la conséquence.* » PIERRE MAYER. *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, Revue de l'arbitrage, 4, 615 - 652 (1995). Spéc. n° 6, p. 618.

¹⁰⁹⁰ MARIE-CAROLINE VINCENT-LEGOUX. *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*. Op. cit. p. 144.

privées pour trancher le litige qui les oppose ne confère pas à l'arbitre une position privilégiée dans la défense des intérêts publics. Certes, il a le devoir d'appliquer les règles d'ordre public, dans la mesure où elles gouvernent les rapports entre les parties. Mais ce devoir dérive seulement de sa mission privée : trancher le litige, et ne l'investit pas d'une responsabilité analogue à celle d'un organe public. Le gardien véritable de l'ordre public est le juge ; il remplit cette tâche en appliquant lui-même les règles qui l'expriment, et plus spécialement en exerçant son contrôle sur les actes privés : contrats ou sentences. »¹⁰⁹¹

Néanmoins, le droit colombien de l'arbitrage « résiste » au raisonnement de Pierre Mayer car, comme nous l'avons expliqué, l'arbitre (en Colombie) a une fonction publique d'administration de la justice qui lui est conférée expressément par l'article 116 de constitution.¹⁰⁹² A ce titre, le juge constitutionnel estime que l'octroi de pouvoirs juridictionnels aux arbitres, malgré son origine privée (pacte arbitral), émane de la loi. C'est pourquoi la justice arbitrale colombienne a un caractère juridictionnel.¹⁰⁹³ L'arbitre peut soulever d'office la nullité absolue de la convention d'arbitrage, « *mais seulement au titre de sa compétence [...] il y a donc correspondance entre la nullité de la convention d'arbitrage et l'absence de pouvoir juridictionnel de l'arbitre* ». ¹⁰⁹⁴

660. L'article 44 de la loi 80 de 1993 veille au respect de l'ordre public en établissant les causes de nullité du contrat public. Sont visées la nullité des contrats résultant de leur conclusion malgré une interdiction constitutionnelle ou légale expresse (1), la nullité résultant de l'annulation des actes administratifs servant de fondement aux contrats (2) et enfin la nullité des contrats résultant de leur conclusion en violation des critères prévus à l'article 21 [de la loi 80 de 1993] sur le traitement des offres nationales et étrangères ou en violation de la réciprocité à laquelle fait référence cette loi (3).

¹⁰⁹¹ PIERRE MAYER. *La sentence contraire à l'ordre public au fond. Op. cit.* Spéc. p. 630.

¹⁰⁹² Voir à ce propos le chapitre précédent, spéc. n° 485 et s.

¹⁰⁹³ C-431/95.

¹⁰⁹⁴ JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public. Op. cit.* Spéc. n° 250, pp. 147 et 148. Voir dans ce sens la décision du Conseil d'Etat, 32711, *Asesorías y Representaciones Pradilla - Otros vs. Corporación de Abastos de Bogotá*, Enrique Gil Botero, 30-05-2007.

661. **1. La nullité provenant de la violation d'interdictions constitutionnelles ou légales s'assimile à la violation de normes impératives ou d'ordre public.** La décision la plus célèbre est celle qui a été rendue à l'occasion de l'affaire *Termorio vs. Electranta*.¹⁰⁹⁵ Bien que la validité de la convention d'arbitrage n'ait été mise en cause par aucune des parties, ni par les arbitres, le Conseil d'Etat a soulevé d'office la nullité absolue pour l'opposition de la convention d'arbitrage avec l'ordre public et pour objet illicite.

662. En effet, les parties à ce contrat ont modifié la convention d'arbitrage en stipulant que la procédure à suivre est celle de la Chambre Internationale de Commerce de Paris (CCI). Le Conseil d'Etat considérait qu'il s'agissait d'un arbitrage national¹⁰⁹⁶ et que, de ce fait, la convention d'arbitrage était viciée pour objet illicite car les normes de procédure sont d'ordre public en vertu de l'article 6 du Code de procédure colombien.¹⁰⁹⁷ En conséquence, il est interdit aux parties de stipuler l'inapplicabilité de ces règles nationales, y compris en matière d'arbitrage.¹⁰⁹⁸

En premier lieu, il faut remarquer que même si l'article 6 dispose que les normes de procédure sont de « droit public et d'ordre public », « *Le caractère impératif des règles de procédure civile semble devoir être logiquement déduit du fait que celles-ci concernent*

¹⁰⁹⁵ *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041.

¹⁰⁹⁶ Voir dans la première partie de notre travail le débat sur l'internationalité de cet arbitrage (n° 214, 223 et s.).

¹⁰⁹⁷ *Code de procédure civile. Article 6. Le caractère obligatoire des normes de procédure*: Les normes de procédure sont de droit public et d'ordre public. Par conséquent, elles sont impératives et ne pourront en aucun cas être écartées, modifiées ou remplacées par des fonctionnaires ou des particuliers, sauf autorisation expresse de la loi.

Les stipulations contraires à cet article seront considérées comme non écrites.

¹⁰⁹⁸ L'exécution de la sentence arbitrale a été contestée devant la Cour d'appel du District de Columbia aux Etats-Unis. La Cour d'appel a considéré que la décision d'annulation du Conseil d'Etat colombien ne pouvait être mise en cause par le juge américain. United State Cour of Appeals for the Distric of Columbia circuit, *Termorio S.A. E.S.P and LeaseCo Group, LLC. vs. Electranta S.P.*, (12-02-2007). Voir à ce propos : JAN PAULSON. *Note jurisprudence étrangère : United State Cour of Appeals for the Distric of Columbia circuit, "Termorio S.A. E.S.P and LeaseCo Group, LLC. vs. Electranta S.P." Judge Edwards, 25-05-2007. Op. cit.*

l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice. Cependant, on ne peut méconnaître qu'il s'agit en définitive d'assurer la sanction de droits substantiels subjectifs, individuels, dont les titulaires ont souvent la libre disposition. C'est la raison pour laquelle toutes les règles qui gouvernent la matière à étudier ne sont pas absolument impératives. Il y a au demeurant quelque difficulté à déterminer exactement le domaine des règles de procédure qui reposent sur l'intérêt général (et sont donc d'ordre public), et corrélativement le domaine de celles qui sont seulement d'intérêt privé. »¹⁰⁹⁹

Il faut, en outre, distinguer parmi les normes procédurales, celles qui ont un caractère supplétif auxquelles les parties peuvent déroger ; à ce propos, l'article 6 du Code de procédure civile dispose que la loi peut établir des exceptions aux normes procédurales d'ordre public.

Dans ce débat, nous ne pouvons occulter que l'un des principaux intérêts et objectifs de la procédure d'arbitrage réside dans sa célérité. Il est normal que les parties puissent renoncer aux normes « qui sont seulement *d'intérêt privé* ». A l'inverse, le respect des principes du procès équitable comme du contradictoire est impératif car ces principes reposent sur *l'intérêt général* et constituent des droits fondamentaux reconnus par les conventions internationales ratifiées par la Colombie¹¹⁰⁰ et par la constitution colombienne¹¹⁰¹.

En conséquence, nous sommes en désaccord avec les considérants du Conseil d'Etat dans l'affaire qui nous intéresse. En effet, le juge administratif aurait pu constater, en prenant connaissance du règlement d'arbitrage de la CCI, que ce dernier garantit les principes fondamentaux du procès équitable et du contradictoire et en déduire que la stipulation du règlement de la CCI n'est pas contraire aux règles procédurales colombiennes établies afin de protéger l'intérêt général. Il faut remarquer à ce propos qu'au moment où l'arrêt Termorio a été rendu, il n'y avait aucune interdiction faite aux personnes publiques pour la stipulation d'un règlement d'arbitrage.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁹ GÉRARD COUCHEZ. XAVIER LARGARDE. Procédure civile. 16 éd., Paris, Dalloz. (2011). p.5, n° 4 bis.

¹¹⁰⁰ Convention interaméricaine de droits de l'Homme ratifiée par la Colombie le 28 mai 1973.

¹¹⁰¹ *Constitution. Article 29.*

¹¹⁰² Cette interdiction n'existe que depuis la loi 1285 de 2009.

En second lieu, il faut se demander si une clause compromissoire peut avoir un objet illicite du simple fait qu'elle établit la procédure arbitrale applicable au litige, compte tenu qu'au moment où cette décision a été rendue, il n'existait pas d'interdiction légale.

L'objet de la convention d'arbitrage est la matière que la loi autorise à soumettre à l'arbitrage,¹¹⁰³ c'est-à-dire, le type de litige qui va être soumis à la compétence de l'arbitre. En conséquence, lorsque la loi interdit qu'une matière soit soumise à l'arbitrage, la convention d'arbitrage qui a pour objet cette matière est illicite – contraire à la loi- et sera entachée de nullité absolue : les parties au litige ne peuvent pas négocier les délais de forclusion de l'action, une convention d'arbitrage qui le ferait serait viciée comme portant sur un objet illicite.¹¹⁰⁴

Nous estimons que le Conseil d'Etat a commis une erreur d'appréciation car la clause compromissoire stipulée dans le contrat Termorio – Electranta a pour objet de résoudre les différends découlant du contrat. La procédure stipulée n'est donc pas, à notre sens, un élément essentiel de l'obligation de nature à entacher de nullité absolue la clause compromissoire.¹¹⁰⁵

663. **2. Le contrat public est nul lorsque les actes administratifs lui servant de fondement sont eux-mêmes déclarés nuls.** Il faut donc se demander si la convention d'arbitrage peut échapper à l'annulation qui frappe les actes administratifs ayant servi de fondement à la conclusion du contrat principal.

En premier lieu, il convient de rappeler que ces actes administratifs peuvent être des actes administratifs généraux ou des actes administratifs détachables antérieurs à la conclusion du contrat. Nous pouvons envisager l'hypothèse d'un règlement susceptible d'être déclaré nul à cause de sa non-conformité à la loi ou à la constitution, ou, encore, l'illégalité d'actes administratifs antérieurs à la conclusion

¹¹⁰³ « C'est bien connu qu'en matière arbitrale, l'expression objet licite se traduit par la notion d'« arbitrabilité objective ». EDUARDO SILVA ROMERO. *Introducción al capítulo IV: El objeto del contrato de arbitraje: la arbitrabilidad objetiva in* El contrato de arbitraje, Legis et Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction d' EDUARDO SILVA ROMERO. 309-310. Spéc. n° 2.

¹¹⁰⁴ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

¹¹⁰⁵ Voir à ce propos les développements relatifs à l'arbitrage ad hoc et institutionnel n° 592 et s.

du contrat qui lui sont détachables et en conséquence susceptibles d'être attaqués par la voie du recours en excès de pouvoir.¹¹⁰⁶

Dans cette hypothèse, « les actes administratifs antérieurs à la passation du contrat peuvent être attaqués par excès de pouvoir ou de plein contentieux, dans les 30 jours suivant la notification de l'acte administratif. La mise en cause de ces actes n'interrompt pas l'appel d'offre ni la passation du contrat, mais une fois que le contrat a été conclu l'illégalité ne pourra être invoquée que comme fondement de la nullité absolue du contrat. »¹¹⁰⁷

Si l'intéressé exerce un recours en excès de pouvoir ou de pleine juridiction dans les 30 jours suivant la notification, il y aura un jugement établissant la nullité de l'acte administratif ayant servi de fondement au contrat, avant qu'un autre jugement, ultérieur, ne puisse établir la nullité du contrat,¹¹⁰⁸ ou, encore, un seul procès dont l'objectif principal sera la déclaration de nullité absolue du contrat du fait de la nullité de l'acte administratif lui ayant servi de fondement.

664. Les arbitres sont, quant à eux, compétents dans les limites établies par les lois impératives. En conséquence, ils ne peuvent être saisis pour déclarer la nullité absolue du contrat public fondée sur l'illégalité d'un acte administratif parce que le contentieux objectif des décisions administratives est attribué par la loi à la juridiction administrative.¹¹⁰⁹ Les arbitres ne sont pas compétents pour déclarer la nullité de l'acte administratif qui a servi de fondement au contrat public.¹¹¹⁰ Une telle stipulation serait contraire à l'ordre public dans la mesure où elle irait à l'encontre d'une règle impérative de distribution des compétences juridictionnelles. Le litige est inarbitrable. Les arbitres doivent, en conséquence, déclarer leur incompétence : « *Le principe de « compétence – compétence » permet*

¹¹⁰⁶ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 87.*

¹¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹¹⁰⁸ Normalement, ces recours permettent de faire valoir les droits des tiers à la procédure de l'appel d'offre.

¹¹⁰⁹ *Code de procédure administrative. Article 87.*

Bruno Oppetit considère que « *tous les litiges ne sont pas susceptibles d'être portés devant la juridiction arbitrale : le principe de l'attribution générale de compétence aux juridictions étatiques fait obstacle à leur arbitrabilité pour les matières qui intéressent l'ordre public* » BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage. Op. cit.* p. 85.

¹¹¹⁰ Sur les pouvoirs de l'arbitre voir n° 558 et s.

[également] aux arbitres de constater, le cas échéant, la nullité de la convention d'arbitrage et de rendre une sentence concluant à leur incompétence. »¹¹¹¹

Cependant, la nullité du contrat n'apparaît pas toujours de manière manifeste. Si aucune des parties n'a demandé la nullité, l'arbitre qui tranche le litige ne peut se rendre compte de ladite nullité qu'au cours de la procédure. Il peut la déclarer d'office dans la sentence arbitrale.¹¹¹²

665. A l'inverse, si la nullité absolue du règlement qui fonde le contrat principal ou la nullité de l'acte administratif unilatéral d'attribution du contrat public a déjà été déclarée par la juridiction administrative, l'arbitre peut déclarer la nullité du contrat public en vertu du principe d'autonomie,¹¹¹³ soit à la demande d'une des parties, soit même d'office. Il ne s'agit pas dans cette hypothèse de la mise en cause de la validité de la convention d'arbitrage. Elle est à l'abri de la nullité du contrat principal en vertu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage.

666. On pourrait se demander ce qui se passe si la juridiction administrative déclare la nullité de l'acte ayant servi de fondement au contrat après qu'une sentence arbitrale ait été rendue sur un litige relevant du contrat. La sentence arbitrale ayant autorité de la chose jugée, une fois le délai pour demander

¹¹¹¹ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n° 658, p. 414. Dans le même sens voir JEAN BAPTISTE RACINE. *La sentence d'incompétence*. Op. cit. p. 729-223. En droit colombien les arbitres déclarent leur incompétence à travers un ordre de procédure qui n'est pas susceptible de recours en appel. Sur la décision des arbitres à propos de leur incompétence voir n° 722.

¹¹¹² Celle-ci ne pourra pas être annulée en raison de l'incompétence des arbitres, compte tenu que les parties n'ont pas contesté la compétence arbitrale lors de la première audience : *Décret 1818 de 1998. Article 163* : « Les causes d'annulation de la sentence arbitrale sont : 1. La nullité absolue de la convention d'arbitrage en raison de l'objet ou de la cause illicite. Les autres causes de nullité absolue ou relative ne pourront être invoquées que lorsque les parties les ont avancées dans la procédure arbitrale [...] ». Voir à ce propos n° 908.

¹¹¹³ *Loi 446 de 1998. Article 116. Paragraphe*. La clause compromissoire est autonome par rapport à l'existence et à la validité du contrat duquel elle est partie. En conséquence, les procès dans lesquels sont mis en cause l'existence et validité du contrat peuvent être soumis à l'arbitrage. Le tribunal pourra donc rendre sa sentence même si le contrat est nul ou inexistant.

l'annulation de la sentence écopulé, aucun moyen juridique ne permet de revenir sur la décision rendue par les arbitres.

667. **3. Traitement des offres nationales et étrangères ou violation du principe de réciprocité.** L'article 44 de la loi 80 de 1993 prévoit que les contrats publics sont entachés de nullité absolue lorsqu'ils dérogent aux critères prévus à l'article 21¹¹¹⁴ sur le traitement des offres nationales et étrangères ou sont conclus en violation de la réciprocité à laquelle fait référence cette loi. Cette norme, de nature impérative,¹¹¹⁵ a pour finalité de faire prévaloir les offres nationales sur les offres étrangères lorsque les conditions de l'offre sont similaires et, en cas d'attribution du marché aux soumissionnaires étrangers, de garantir que les soumissionnaires colombiens recevront le même traitement qu'eux dans le pays étranger, et de leur assurer les meilleures conditions de transfert de technologie, d'emploi de ressources humaines nationales, de matières et de services nationaux.

Cette cause de nullité n'entache pas de nullité la convention d'arbitrage. Aucun obstacle ne s'oppose à la compétence arbitrale : l'arbitre a le pouvoir de sanctionner le non-respect des normes impératives même si l'objet du litige touche une question d'ordre public et ce, non seulement, en vertu de l'autonomie

¹¹¹⁴ *Loi 80 de 1993. Article 21.* Du traitement et préférence des offres nationales. Les entités contractantes doivent garantir la participation des soumissionnaires de biens et services d'origine nationale dans des conditions de concurrence optimales quant à la qualité, l'opportunité et le prix, toutes les fois qu'il y a des soumissionnaires nationaux.

S'il s'agit de projets d'investissement, on doit prévoir dans le contrat le transfert de technologie.

Dans les emprunts et autres formes de financement différents des crédits aux fournisseurs, on doit éviter de privilégier l'utilisation de main-d'œuvre ou l'achat de biens ou prestation de services de provenance étrangère, comme la possibilité d'obtention de crédits servant à financer de telles prestations. De la même façon, on doit encourager la participation de biens et de services d'origine nationale grâce à des conditions favorisant leur recours.

Face à des conditions d'offres similaires, l'entité contractante doit choisir les biens et services d'origine nationale.

A conditions équivalentes, on doit choisir parmi les soumissionnaires étrangers celui qui emploie le plus de ressources humaines nationales, le plus de matières et de services nationaux et offre les meilleures conditions de transfert technologique. Le conseil supérieur de Commerce Extérieur doit déterminer le régime applicable aux importations par les entités publiques [...].»

¹¹¹⁵ Ce qui est confirmé par l'article 44 qui prévoit que son irrespect engendre la nullité absolue du contrat public.

de la convention d'arbitrage, mais encore parce que les normes impératives mises en cause ne fondent pas la compétence des arbitres.

668. *En résumé, la nullité absolue du contrat principal, en raison de son opposition à l'ordre public, n'entache de nullité la convention d'arbitrage que lorsqu'elle provient de la violation des normes impératives fondant la compétence des arbitres pour trancher le litige. Ainsi, si l'objet d'une convention d'arbitrage est de résoudre un litige lié à l'illégalité d'un règlement qui a servi de base à la passation du contrat, la convention d'arbitrage est viciée de nullité. Il en va de même si elle vise des litiges considérés comme inarbitrables par la loi.*

669. **Le contrôle de licéité de la cause du contrat public.** L'activité contractuelle de l'administration n'est pas étrangère aux pratiques illicites. Celles-ci peuvent découler de la rédaction complexe des contrats publics, conséquence du profil économique et technique d'un des soumissionnaires : mauvaise planification des travaux publics qui conduit à des réajustements de prix dans la phase d'exécution du contrat ; desseins des travaux non nécessaires à la satisfaction de l'intérêt public. Par ailleurs, « *la très vive concurrence que se livrent les entreprises pour l'obtention de marchés et de contrats à l'étranger les conduit parfois à traiter avec des intermédiaires ou des fonctionnaires des conventions ayant pour objet le versement de rémunérations occultes susceptibles de provoquer l'attribution du marché ou du contrat recherché* ». ¹¹¹⁶ Par ces pratiques illicites, le droit et les bonnes mœurs sont mis en cause.

670. La cause est « *le mobile déterminant, c'est à dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé.* » ¹¹¹⁷ La cause du contrat est un des mécanismes qui permet le contrôle des buts illicites poursuivis par les cocontractants. ¹¹¹⁸

¹¹¹⁶ PHILIPPE LÉBOULANGER. AHMED EL KOSHERI. *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences*, Revue de l'arbitrage, 3-18 (1984). p.3

¹¹¹⁷ Cour de Cassation française. Première chambre civile, 12-07-1989, Bulletin civil I, n° 293.

¹¹¹⁸ Sur la cause dans les contrats administratifs voir : ANDRÉ DE LAUBADERE. FRANCK MODERNE. PIERRE DELVOLLE. *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ. (1986). Spéc.

Si la cause de la convention d'arbitrage est illicite ou contraire aux bonnes mœurs, l'arbitre ne peut pas être investi du pouvoir juridictionnel. En conséquence, une étude de la licéité ou de la conformité de la convention d'arbitrage aux bonnes mœurs s'impose à l'arbitre pour déterminer sa propre compétence. Cependant, si la cause du contrat soumis à l'arbitrage est contraire à l'ordre juridique pouvons-nous arriver à la même conclusion?

L'illicéité du contrat, ne ressort pas de toute évidence, les indices de l'illicéité n'apparaissent normalement qu'au cours de la procédure. Dans ces circonstances, l'arbitre rentre dans un domaine subjectif où il est obligé d'aller au-delà du contrat lui-même pour analyser les motifs qui ont conduit les fonctionnaires et les cocontractants de l'administration à se fonder sur de faits illicites pour conclure le contrat.

671. *Les faits ou les actes illicites qui sont susceptibles de fonder la conclusion d'un contrat public.* Pour que le contrat ou la convention d'arbitrage soit annulée, il faut non seulement que les faits ou les actes illicites soient déterminants pour la conclusion du contrat public ; il faut encore que, sur le plan de l'opportunité, ces faits ou actes soient présentés aux arbitres dans les délais procéduraux.¹¹¹⁹

519. OLIVIER FEVROT. *Honneur pour une oubliée: la cause dans les contrats administratifs*, Revue Lamy des collectivités territoriales, 35, 19-21 (2008) ; GEOFFROY BERTHON. DAMIEN CHENU. *L'application de la notion de cause illicite au contrat administratif*, Petits affiches, 148, 13-20 (2008) ; FRÉDÉRIC LOMBARD. *La cause dans le contrat administratif*, Paris, Dalloz. (2008). Sur la cause dans la convention d'arbitrage voir : FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres.* Op. cit.

¹¹¹⁹ « Un arrêt du 14 mars 2008 (http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=14.03.2008_4A_42/2008, en allemand) traite d'une requête en révision d'une filiale d'un groupe français cotée en bourse qui, une année après une sentence partielle constatant la validité du contrat, exposait avoir retrouvé des documents prouvant la corruption justifiant l'invalidation du contrat. Le Tribunal fédéral rejette la requête en révision, qui n'est possible que si le requérant n'avait pas eu la possibilité d'utiliser les moyens de preuves à temps. Or, dans le cas particulier, la requérante avait toujours eu ces documents en sa possession, même si elle ne les avait retrouvés que récemment dans ses archives. Cet arrêt illustre l'importance (évidente, mais peut-être utile à rappeler) de procéder dans les délais procéduraux à une recherche complète de tous les éléments de preuve utiles. » Chronique de Laurent Hirsch sur la jurisprudence arbitrale suisse. www.fr.groups.yahoo.com/group/arbitrage-adr/ .

672. Un contrat est illicite lorsqu'il n'est pas conforme au droit et aux bonnes mœurs, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas conforme à l'ordre juridique. La consécration constitutionnelle du *principe de moralité administrative*,¹¹²⁰ vecteur de la gestion administrative colombienne, et préoccupation croissante de la communauté internationale envers la corruption, a permis une prise de conscience de l'existence de telles pratiques.

La constitution fait de la moralité administrative à la fois un droit fondamental des citoyens¹¹²¹ et un principe du droit administratif qui guide l'activité des fonctionnaires publics y compris lors de la passation de contrats publics. La loi relative aux contrats publics énumère (article 44) les causes de nullité en raison des actes ou des faits contraires aux bonnes mœurs. *Les arbitres deviennent alors les gardiens de ce principe lorsqu'ils sont investis pour trancher les litiges contractuels de l'administration publique.*

Par ailleurs, la moralité administrative intègre le respect de l'intérêt public, du bien commun et de la transparence dans la gestion administrative.¹¹²² En effet, « *la transparence s'impose au 21^{ème} siècle comme un idéal : transparence dans les affaires, transparence financière ou comptable [...] des décisions des pouvoirs publics [...] L'opacité est réputé antidémocratique, le point commun de toutes les corruptions, la forme postmoderne de l'injustice. La transparence, à l'opposé, est une variante du devoir de loyauté. En droit des contrats, l'exigence de transparence est susceptible de fonder un droit à l'information du cocontractant. Elle est également à la base d'un concept qui tend à s'imposer, « la confiance légitime » qui doit régner entre les contractants.* »¹¹²³

¹¹²⁰ *Constitution Article 209.* Cour constitutionnelle, C-046/94, (10-02-1994). Pour la Cour constitutionnelle la moralité concerne tous les comportements d'honnêteté que la société attend du fonctionnaire qui gère les ressources publiques.

¹¹²¹ La constitution protège la moralité publique à travers une action constitutionnelle qui défend les droits collectifs : Article 88°.- La loi règle les actions populaires pour la protection des intérêts collectifs liés au patrimoine public, l'espace, la sécurité et la salubrité publique, la morale administrative, l'environnement, la libre concurrence économique [...].

¹¹²² Sur la gestion administrative en matière de transparence voir : www.transparenciacolombia.org.co.

¹¹²³ VALÉRIE LASSERRE - KIESOW. *Contrat et Morale, in* Los contratos en el derecho privado, Universidad del Rosario et Legis, (2007), Sous la direction de FABRICIO MANTILLA ESPINOSA.1-26.

Ces aspects sont protégés par le législateur qui institue des cas de non honorabilité ou d'incompatibilité dans l'exercice des fonctions publiques, le devoir de motivation des décisions administratives, des sanctions pénales, disciplinaires et fiscales en cas de violation des principes éthiques, etc.¹¹²⁴ L'exigence de moralité publique a conduit le législateur à la création de codes d'éthique qui consacrent des règles claires pour la gestion des ressources publiques et servent d'instruments de lutte contre la corruption.¹¹²⁵ Depuis 1998, il existe même un vaste programme présidentiel de lutte contre la corruption.¹¹²⁶

673. L'article 44-1 dispose que les contrats publics sont nuls « quand ils sont conclus avec des personnes se trouvant dans un des cas de non honorabilité ou d'incompatibilité prévus par la constitution et la loi ». Le législateur institue trois mesures préventives qui garantissent l'éthique des fonctionnaires : 1. Pour l'accès des fonctionnaires à ces postes (déclaration sur leurs propriétés et avoirs sur leurs comptes bancaires) 2. Durant l'activité contractuelle (régime de non honorabilité ou d'incompatibilité) et 3. A la fin de leurs fonctions (contrôle sur leurs propriétés et avoirs sur leurs comptes bancaires). *Cette cause de nullité ne peut pas être sanctionnée par les arbitres car sa nature légale et réglementaire échappe complètement au domaine de la compétence arbitrale.*

674. Au niveau international, différentes règles régissent la conduite des Etats à l'égard des investisseurs étrangers. Les acteurs du commerce international établissent aussi leurs propres règles de conduite professionnelle sous la forme de codes de conduite, d'engagements inter-entreprises et de pactes d'intégrité, etc.

¹¹²⁴ EDDY ALEXANDRA VILLAMIZAR SCHILLER. *El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 8(2), 173-205 (2006). Spéc. p. 187.

¹¹²⁵ *Loi 190 de 1995* (statut anticorruption), *Loi 598 de 2000* (système de contrôle des contrats publics), *Loi 850 de 2003* (mécanismes démocratiques de contrôle que peuvent exercer les citoyens sur la gestion publique dans le cadre de l'article 270 de la constitution.).

¹¹²⁶ Voir : www.anticorruption.gov.co.

[...] ¹¹²⁷ L'arbitre a un rôle essentiel dans le contrôle du respect de ces règles lorsqu'il détermine l'arbitrabilité de litiges qui ont un rapport avec des faits ou des actes illicites ainsi que lorsqu'il sanctionne ces faits dans la sentence arbitrale.

675. Qu'il s'agisse de contrats publics passés avec des cocontractants nationaux ou étrangers, la loi relative aux contrats publics impose le respect du principe de transparence dans l'attribution des contrats. Ce principe est garanti *a priori* à travers les procédures de passation des différents types de contrats publics, et *a posteriori* par le contrôle fiscal, disciplinaire et citoyen. L'importance de la transparence dans les contrats est liée à l'obligation d'honorabilité à laquelle sont tenus les fonctionnaires publics dans la gestion des ressources publiques.¹¹²⁸

676. Le contrat est un des principaux moyens d'action de l'administration. Lorsque l'administration choisit ce moyen d'action, Elle exerce sa liberté contractuelle.¹¹²⁹ Il faut relever que « *la liberté contractuelle des personnes publiques peut*

¹¹²⁷ Voir sur ce point l'intéressante analyse fait par ALEXANDRE COURT DE FONTMICHEL. *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Editions Panthéon Assas. Thèses. (2004). p. 87-94.

¹¹²⁸ Il faut observer que même si la constitution de 1991, la loi relative aux contrats publics et divers instruments internationaux permettent de lutter contre la corruption, les indices de transparence internationaux sur la perception de la corruption dans les contrats publics démontrent que ces efforts sont encore insuffisants. La Colombie fait face à d'importants défis en matière de corruption notamment en ce qui concerne les contrats d'achats de l'Etat et la gestion des budgets publics. La corruption représente de coûts élevés pour l'Etat. Si 50% des contrats impliquent un élément de « *soborno* » les coûts représentent près de 19% du contrat. Selon les réponses des fonctionnaires aux enquêtes, 11% du budget serait utilisé à des finalités différentes de celles prévues par la loi. www.worldbank.org/wbi/governance/colombia/pdf/col_estrategia.pdf. Word Banc. 2002. Dans le même sens voir : Rapport du 6 novembre 2006 Word Banc : gcb_media_pack_esp[1] consulté la dernière fois 11-11-2011.

¹¹²⁹ Sur la liberté contractuelle des personnes publiques voir : ETIENNE PICARD. *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, AJDA, 651-666 (20-09-1998) ; FRANCK MODERNE. *La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?*, Revue Française de Droit Administratif, janvier-février, 2-11 (2006) ; ANTOINETTE HASTINGS-MARCHADIER. *Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle*, AJDA, 683-700 (20-09-2008) ; MAGÜE, CHRISTINE. *Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs*, op. Cit., 20 septembre 694-700 (1998) ; CHRISTINE BRECHON- MOULENES. *Liberté contractuelle des personnes publiques*, op. Cit., 643-650 (20-09-1998) ; OLIVIER FACIO. *Liberté contractuelle et juge administratif*.

avoir ses particularités. Comme en droit privé, la liberté contractuelle recouvre divers aspects de l'activité contractuelle, elle porte sur le droit de choisir ou non le procédé du contrat, sur celui de déterminer le mode de passation et les clauses du contrat, d'écarter ou d'adapter les règles applicables aux contrats. Mais on pressent que la liberté contractuelle des personnes publiques diffère nécessairement de celle des personnes privées. A certains égards, elle est susceptible d'une plus grande intensité, par exemple lorsqu'elle recoupe la libre administration des collectivités territoriales. A d'autres égards, les règles fondamentales du droit public imposent inéluctablement des limites spécifiques tenant, principalement, à ce que les collectivités publiques ne peuvent agir que si elles ont reçu compétence et à l'indisponibilité de ladite compétence. »¹¹³⁰

677. L'agent de l'administration possède une marge d'action lors de la passation des contrats publics. C'est dans cette marge de liberté que le fonctionnaire corrompu trouve l'occasion de favoriser ses intérêts ou ceux des tiers au détriment des biens publics et du respect de la légalité.

Les parties font parfois preuve d'ingéniosité dans la rédaction du contrat de sorte à masquer la corruption ou le trafic d'influence. Qu'il s'agisse du contrat public soumis à l'arbitrage ou de la convention d'arbitrage elle-même, l'arbitre peut déceler les vices au regard d'indices divers tels que des témoignages ou d'autres moyen de preuve.

678. Même si l'objectif des parties est de signer le contrat, il faut distinguer le contrat de corruption et le contrat public obtenu par corruption : les conséquences ne sont pas, selon nous, tout à fait les mêmes. Une palette de contrats d'intermédiaires (de commission, de courtage, de mandat, de représentation, d'agence, de conseil, d'assistance technique, de *sponsoring* ou le

<http://droitfil.free.fr/Contrats%20Publics/la%20libert%20contractuelle%20et%20le%20juge%20administratif.wps.doc> (consulté le 27-09-2007).

FRÉDÉRIC ROLIN. *La liberté contractuelle dans la jurisprudence administrative*. <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/10/17/la-liberte-constructuelle-i-la-valeur-juridique-de-la-libert.html>.(2006) consulté le: 28-09-2007.

¹¹³⁰ LAURENT RICHER. *Droit des contrats administratifs*. *Op. cit.* p. 1.

consulting agreement) sont utilisés fréquemment notamment pour des marchés publics internationaux.

Les indices de corruption dans ce type de contrats peuvent être intrinsèques : le montant et la façon de calculer les honoraires de l'intermédiaire, la durée de la mission, les témoignages, la connaissance de l'arbitre sur les pratiques du pays où s'exécute le contrat, etc. Cependant, même si ces contrats sont assez fréquents et sont considérés comme une pratique courante dans le commerce international,¹¹³¹ il est rare qu'ils fassent l'objet d'un contentieux car « [...] *les parties ont un intérêt à taire l'atteinte à l'ordre public, notamment lorsque les faits à l'origine du litige tombent sous le coup d'une incrimination pénale comme en matière de corruption.* »¹¹³²

D'autre part, le contrat obtenu par corruption peut être, soit la conséquence directe de ces contrats d'intermédiaires, soit le résultat du travail des agents publics corrompus, ou encore les deux éléments à la fois. Ce contrat est conforme à l'ordre juridique d'un point de vue formel même si les buts des cocontractants sont illicites.

679. Ces actes sont contestables juridiquement tant du point de vu pénal que sur le plan du droit disciplinaire. Les moyens des arbitres pour déterminer l'existence des faits ou des actes illicites dans les rapports contractuels sont réduits et les aveux sont rares. Dans cette situation, quelles conséquences aurait la participation d'une entité publique à de telles pratiques ? Quelles seraient les conséquences sur la convention d'arbitrage ?

¹¹³¹ Voir sur ce sujet : BRUNO OPPEIT. *Droit du comcece international et valeurs non marchandes*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lauve, Helbing, (1993), 309 - 319 ; ALEXANDRE COURT DE FONTMICHEL. *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*. *Op. cit.* ; BRUNO OPPEIT. *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, Journal de droit international, 1, (1987). ALEXIS BLOIS. *Contrat et corruption: Le pot-de-vin et les plaideurs*, Revue de droit des affaires internationales, 4, 459-479 (2008) ; DAVID CHILSTEIN. *Les apports en matière d'arbitrage de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption*, Revue de l'arbitrage, 1, 185-186 (2008).

¹¹³² JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris, L.G.D.J. 1999. Spéc. p. 143.

680. *La sanction des motifs illicites du contrat public.* Les effets de l'illicéité d'un contrat public vont au-delà du contrat. Ils concernent la protection de l'intérêt public, le bon fonctionnement de l'administration publique et mettent en cause l'activité du fonctionnaire public. Le droit des contrats publics garantit la protection des intérêts supérieurs de l'Administration et les intérêts des parties pour la bonne exécution du contrat. Ainsi, lorsque les motifs qui conduisent les parties à conclure un contrat public sont contraires à l'ordre juridique, les bonnes mœurs ou l'intérêt général, ils peuvent être contrôlés à travers l'illicéité de la cause du contrat et le détournement de pouvoir.

681. La cause est le motif par lequel une personne décide de conclure un contrat. Nous pouvons distinguer deux types de motifs¹¹³³ : ceux qui sont présents normalement dans tous les contrats et les motifs particuliers des contractants qui ne sont objet de contrôle que lorsqu'ils sont illicites, c'est-à-dire contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Dans le premier sens, la cause de la convention d'arbitrage est de soustraire un litige à la juridiction étatique compétente en le soumettant à l'arbitrage. La cause du contrat dans le deuxième sens est le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs.¹¹³⁴

Si l'autorité administrative « *a agi avec une intention ne correspondant pas au but qu'elle pouvait ou devait se fixer, son acte sera entaché d'une illégalité qu'est le détournement de pouvoir, expression manifestant, selon la formule jurisprudentielle, que l'autorité*

¹¹³³ « *Lorsqu'il s'agit de l'existence de la cause, on parle de la cause de l'obligation ou encore de la cause abstraite. La cause constitue un moyen de protection d'un contractant qui s'est engagé sans aucune raison envers l'autre. Il s'agit de rechercher la justification économique de l'obligation et si l'obligation n'est pas économiquement justifiée, le contrat ne sera pas valable. Lorsqu'il s'agit de l'appréciation de la conformité de la cause à la loi ou aux bonnes mœurs, et, plus généralement, de la prise en considération des raisons particulières que l'on peut avoir de conclure un contrat, on parle de la cause de contrat ou de cause impulsive et déterminante ou encore de motifs principaux et déterminants.*» CHRISTIAN LARROUMET. Droit Civil, Les Obligations, Le contrat, 1ère partie, Conditions de formation § T.III, Paris, Economica, 6ème édition ed. (2007) ; Spéc. n° 447.

¹¹³⁴ Voir sur ce point: FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres Op. cit.*

administrative a exercé un de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré ». ¹¹³⁵

682. Pouvons-nous considérer que la notion de détournement de pouvoir a un sens différent en matière contractuelle ? Dans le procédé contractuel, l'administration agit soit comme sujet de droits et d'obligations à travers des actes contractuels, soit comme puissance publique qui veille sur l'intérêt public et la bonne exécution du contrat public à travers des actes administratifs édictés au cours de l'opération contractuelle.

683. Il est important de distinguer le contrôle des buts des actes unilatéraux détachables du contrat public, qui renvoie plutôt à la notion de compétence (détournement de pouvoir), et le contrôle de l'exercice des droits subjectifs contractuels qui renvoie plutôt à la notion de capacité contractuelle de l'administration (cause illicite).

Il faut cependant remarquer que tant en matière de cause illicite que de détournement de pouvoir, il s'agit de contrôler le but d'un acte juridique. ¹¹³⁶ Les frontières entre ces notions ne sont donc pas faciles à cerner.

L'analyse de Frédéric Lombard à ce propos l'illustre : *« alors que les décisions unilatérales de l'administration sont fondées sur la compétence de l'administration et la réalisation de sa mission légale, la possibilité qui lui est reconnue de conclure des contrats est la traduction de sa capacité, c'est-à-dire de son aptitude à mettre en œuvre des droits subjectifs. Par suite, alors que la capacité s'exprime dans le processus de mise en œuvre de droits subjectifs, dont le contrat est la manifestation la plus classique, la compétence se trouve mise en œuvre par le pouvoir unilatéral de décision de l'administration. Appliqué au contrat administratif, cela revient à dire que la compétence s'exprime dans les actes détachables du contrat alors que la capacité s'exprime dans le contrat lui-même. [...] En d'autres termes, si la capacité des parties ne permet que le contrôle de la cause illicite, la compétence de l'administration appelle le contrôle du seul détournement de pouvoir. »*

¹¹³⁵ RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général* Op. cit. n° 1242, p.1048.

¹¹³⁶ FRÉDÉRIC LOMBARD. *La cause dans le contrat administratif*. Op. cit. n° 144.

684. Le Conseil d'Etat colombien juge que la notion de détournement de pouvoir en matière contractuelle est la même qu'en matière d'actes unilatéraux de l'administration. Il faut contrôler que le fonctionnaire public n'a pas exercé sa fonction administrative dans le but d'en tirer profit pour lui-même ou pour un tiers, c'est-à-dire avec un but différent de celui que poursuit la loi dans l'attribution des compétences.¹¹³⁷

685. En résumé, le détournement de pouvoir est un contrôle objectif de conformité des actes du fonctionnaire aux compétences que la loi lui attribue, tandis que le contrôle de la cause du contrat fait référence aux droits subjectifs contractuels.

686. *Le fait que le contrôle du détournement de pouvoir soit un contrôle objectif empêche-t-il l'arbitre de l'effectuer ?* L'article 87 du Code de procédure contentieuse administrative (et la jurisprudence du Conseil d'Etat)¹¹³⁸ dispose que les actes précédant l'attribution du marché sont attaquables par voie d'excès de pouvoir ou de plein contentieux dans les 30 jours suivant l'édition de l'acte administratif. Il paraît donc difficile de justifier la compétence de l'arbitre à l'égard de ce type d'actes, qui étant détachables du contrat sont de la compétence du juge administratif.

687. Il faut observer que les compétences des arbitres dépendent des termes de la convention d'arbitrage ou de l'acte de mission signé par les parties à cet effet. Lorsque les parties ont stipulé que les arbitres sont compétents pour résoudre tous les litiges résultant du rapport contractuel, l'arbitre déterminera lui-même si les motifs illicites qui ont conduit les cocontractants à conclure un contrat public sont susceptibles d'être sanctionnés sur le terrain de la cause illicite ou sur celui du

¹¹³⁷ Consejo de Estado, Ferrovias vs. Sociedad Cargoplus Ltda, (22-03-2007).

¹¹³⁸ *Martha Cediél de Peña - Gilberto Peña Castrillón, 280Z.*

détournement de pouvoir. S'il s'agit de ce dernier, l'arbitre doit déclarer son incompétence car il s'agit d'un contentieux objectif.

688. Il convient alors de se demander quelle peut être la cause illicite d'une convention d'arbitrage ? Il ne faut pas confondre la cause de l'obligation de l'arbitre avec la cause de la convention d'arbitrage. En effet, « *les litigants n'attendent pas tant de l'arbitre une sentence qu'une décision de justice exécutoire. Telle est la cause de leur obligation dans le contrat d'arbitre. L'arbitre est choisi en fonction de son aptitude à rendre une sentence qui pourra être exécutée par le litigant triomphant.* »¹¹³⁹ Par conséquent, la cause de l'obligation de l'arbitre est illicite si elle a pour but de rendre une sentence arbitrale inefficace.

689. Ainsi, si la convention d'arbitrage détermine les contours précis de la compétence de l'arbitre, la question de l'illicéité du contrat ou de la convention d'arbitrage elle-même se pose différemment. En effet, « *une clause compromissoire peut être rédigée de telle manière qu'elle n'englobe pas dans son champ d'application les questions de validité du contrat. Dans ce cas, les questions de validité du contrat illicite sont exclues de la compétence de l'arbitre. Le défendeur n'a pas la possibilité de soulever l'illicéité du contrat car une telle prétention n'entre pas dans l'objet de la clause compromissoire. De plus, l'arbitre est obligé dans cette situation de statuer sur l'interprétation ou l'exécution d'un contrat ayant violé l'ordre public et donc de rendre une sentence elle-même contraire à l'ordre public. L'ordre public est donc atteint dans la clause compromissoire lorsque le champ d'application de celle-ci ne donne pas la possibilité à l'arbitre de statuer au fond sur l'illicéité du contrat [...] Ainsi, il y a violation de l'ordre public dans la mission de l'arbitre lorsque les parties définissent la contestation de telle manière que l'arbitre est tenu de statuer sur des questions liées à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat illicite.* »¹¹⁴⁰

¹¹³⁹ THOMAS CLAY. *L'arbitre*. *Op. cit.* 2001. p. 637.

¹¹⁴⁰ JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. *Op. cit.*, Spéc. p. 143-144.

690. Goldman écrit qu'il faudrait limiter la non-arbitrabilité aux cas « où l'ordre public est violé, non seulement dans le contrat principal, mais dans la convention d'arbitrage elle-même (parce qu'il est prévu que les parties demanderont aux arbitres une décision pouvant affecter l'ordre public) et finalement dans les demandes effectivement soumises au tribunal arbitral. »¹¹⁴¹

691. Ainsi, il est clair que l'illicéité du contrat soumis à l'arbitrage est susceptible de mettre en cause la compétence de l'arbitre. Deux affaires célèbres illustrent deux solutions possibles en face d'actes de corruption pour l'obtention de contrats publics.

Dans l'affaire *Lagarge*, l'arbitre se considère incompetent pour trancher une affaire car il suppose l'intention illicite des parties au contrat¹¹⁴² en raison de sa connaissance personnelle des mœurs et usages argentins dans la période péroniste.¹¹⁴³ Il se déclare incompetent, « aux motifs que n'est pas arbitrable un litige relatif à un contrat dont la cause est illicite au regard des bonnes mœurs et de l'ordre public international ».

¹¹⁴¹ [B. Goldman, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, arbitrabilité », *Jurisclasseur Droit international*, n° 50, 1994.] Cité par : JEAN-BAPTISTE RACINE. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. *Op. cit.* n° 241.

¹¹⁴² Une société britannique engage les services d'un intermédiaire pour obtenir l'adjudication d'un marché public en Argentine. La rémunération stipulée était de 10% de la valeur du marché que la société n'a pas réussi à avoir. Cependant, cette société obtient l'attribution d'un marché deux ans après avec le nouveau gouvernement argentin. L'intermédiaire du premier marché demande alors le paiement des honoraires convenus car d'après lui, le travail réalisé lors du premier marché a permis l'adjudication du deuxième. L'arbitre, dans son analyse, juge que « d'après les preuves le contrat tendait à la corruption de fonctionnaires argentins afin d'obtenir le marché espéré » et ajoute à ce propos que « si l'on se place du point de vue d'un bon gouvernement ou de celui de l'éthique commerciale, il est impossible de fermer les yeux sur la destination probable de montants de cette ampleur [...] » « Sous le régime péroniste [...] la pratique des commissions versées aux personnes en position d'influencer ou de décider l'attribution publique des contrats paraît avoir été plus ou moins acceptée ou tout au moins tolérée en Argentine à cette époque » ALEXIS BLOIS. *Contrat et corruption: Le pot-de-vin et les plaideurs*. *Op. cit.* et PHILIPPE LEBOULANGER. AHMED EL KOSHERI. *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences*, *Revue de l'arbitrage*, 3-18 (1984).

¹¹⁴³ Voir à ce propos l'analyse présentée par : PHILIPPE LEBOULANGER. AHMED EL KOSHERI. *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences*. *ibidem*.

A l'inverse, dans le cas *World Duty Free Company vs. Republic of Kenya*¹¹⁴⁴ les arbitres se déclarent compétents alors qu'ils ont constaté que deux millions de dollars ont été payés pour l'obtention du marché public.¹¹⁴⁵ Cependant, dans la sentence arbitrale, ils condamnent la violation des conditions de validité du contrat. En effet, ils rejettent les prétentions du demandeur, déclarent le contrat contraire à l'ordre public international, déchargent l'Etat du Kenya de toute responsabilité pour les actes de l'ancien président, et ouvrent la possibilité à l'Etat du Kenya de résilier le contrat au regard du droit anglais.

Ils se fondent sur une conception de la cause où « *le pot de vin est une partie intrinsèque de l'ensemble de la transaction, sans lequel aucun contrat n'aurait été conclu entre les parties* »¹¹⁴⁶ ; « *cette première étape du raisonnement des arbitres qui consiste à déterminer le lien de cause à effet mécanique entre le paiement corruptif et l'obtention du contrat permettra aux arbitres de déterminer que le pot-de-vin n'est pas détachable du contrat avec lequel il forme un tout indivisible au sens du droit anglais.* »¹¹⁴⁷

692. Il est évident que dans ces deux affaires les demandeurs voulaient, au moyen de l'arbitrage, donner effet à des contrats illicites. La tâche des arbitres a été relativement simple. En effet, il était presque évident, au regard des pièces présentées dans la première affaire et des aveux présentés dans la seconde, que la cause des contrats était illicite. Cette situation reste cependant assez rare.

¹¹⁴⁴ Case N° ARB/00/7, Sentence CIRDI rendue le 4 octobre 2006, disponible sur <http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

¹¹⁴⁵Nasir Ibrahim Ali a payé en espèces deux millions de dollars au Président M. Daniel Arap Moi correspondant à un don personnel pour l'attribution d'un marché public pour la construction, la maintenance et l'exploitation des zones *duty free* des aéroports de Nairobi et Mombassa. En 2001, M. Ibrahim Ali a saisi le CIRDI car il avait été exproprié. Dans la procédure d'arbitrage, il argue d'un côté, qu'il a payé cette somme car l'émissaire du président pour le contrat lui avait assuré que ce paiement était valide selon la coutume *Harambee*. De l'autre côté, que le motif réel de l'expropriation était son refus de participer à une affaire d'import-export d'or et de diamants à hauteur de 438 millions de dollars pour le financement de la campagne politique du Président Daniel Arap Moi. « *Sans doute la disproportion entre le don de deux millions de dollars et la fraude de 438 millions de dollars a-t-elle fini par décomplexer le demandeur et lui a permis de se sentir plus à l'aise pour dévoiler aux arbitres le don qu'il avait dû consentir pour obtenir le contrat.* » Sur cette affaire voir : ALEXIS BLOIS. *Contrat et corruption: Le pot-de-vin et les plaideurs*. *Op. cit.* Spéc. p. 460.

¹¹⁴⁶ Point 167. Case N° ARB/00/7, Sentence CIRDI rendue le 4 octobre 2006, disponible sur <http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

693. Compte tenu de la difficulté d'établir l'illicéité du contrat, Pierre Mayer considère qu'« *en toute hypothèse, le rôle de la règle morale ne peut être que subsidiaire : c'est seulement à défaut d'un autre moyen d'éviter une solution immorale que l'arbitre doit l'appliquer directement. Un large recours au procédé des lois de police – dans lequel la règle morale peut d'ailleurs jouer un rôle indirect- rarifierait le recours à un raisonnement propre à susciter des controverses.* »¹¹⁴⁸

694. Il faut remarquer que pour la Chambre des lords le principe de séparabilité de la clause compromissoire, ne permet pas que la validité de la clause compromissoire soit mise en question même s'il s'agit d'un contrat obtenu par corruption.¹¹⁴⁹

695. *La convention d'arbitrage en matière de contrats publics doit être conforme à l'ordre juridique : sa validité dépend de la capacité des parties à compromettre, de sa conclusion par écrit et de la licéité de sa cause et de son objet.*

La compétence de l'arbitre ne peut provenir que d'une convention d'arbitrage licite : sur ce seul fondement, la déclaration de l'arbitre sur sa propre compétence écarte la compétence des juges étatiques. Si les arbitres rejettent la contestation de leur compétence par les parties du litige, les parties ne peuvent la contester qu'en instance d'annulation de la sentence arbitrale.

Cependant, ce n'est pas parce que l'arbitre est souverain dans la déclaration ou le rejet de sa compétence que l'objet du litige n'est pas susceptible de générer des conflits de compétence.

¹¹⁴⁷ ALEXIS BLOIS. *Contrat et corruption: Le pot-de-vin et les plaideurs*. Op. cit. p.465.

¹¹⁴⁸ PIERRE MAYER. *La règle morale dans l'arbitrage international*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec - Editions du JurisClasseur, (1991), 379-402. p.

¹¹⁴⁹ Décision du 17 octobre 2007 dans l'affaire *Premium Nafta Products Limited vs. Fili Shipping Company Ltd*. Voir à ce propos : Revue de droit des affaires internationales, n° 3, juillet 2008, p. 438. Voir également, http://larevue.hammonds.fr/L-Arbitrage-en-Angleterre-s-achete-une-conduite_a150.html.

§2. Les conflits de compétence.

696. Si la conséquence de la déclaration de compétence des arbitres sur un litige est l'exclusion de la compétence de la justice étatique, il ne peut pas, en principe, y avoir de conflits de compétences entre eux. Les arbitres sont compétents dans les limites fixées par la convention d'arbitrage, or celle-ci n'est pas toujours rédigée sans équivoques. La définition de la portée de la volonté des parties telle qu'exprimée dans la convention d'arbitrage revient en pratique à la première autorité saisie pour résoudre le litige.¹¹⁵⁰

697. Les litiges découlant des contrats publics peuvent être résolus par différentes autorités. Ainsi, si le juge naturel de l'administration est le juge administratif, les parties peuvent soumettre le litige aussi bien à l'arbitrage qu'aux Commissions de régulation si l'objet du litige concerne des contrats qui lient les entreprises de prestation de services publics.¹¹⁵¹ Il convient de se demander non seulement comment résoudre les conflits découlant de la saisine simultanée ou successive d'une Commission et d'un Tribunal arbitral, mais encore, quelle est l'étendue de la compétence du Tribunal arbitral quant aux actes édictés par ces Commissions.

698. En outre, nous avons vu que les Tribunaux d'arbitrage exercent une fonction d'administration de la justice, mais qu'ils n'appartiennent pas pour autant à la structure étatique de l'administration de la justice.¹¹⁵² En conséquence, si les arbitres sont saisis d'un litige pour lequel une autre autorité a compétence, le défendeur peut, soit soulever des exceptions à la procédure d'arbitrage en excipant

¹¹⁵⁰ Sur la renonciation tacite à la convention d'arbitrage voir n° 243 (note de bas de page 474), 645, 716, 739 et 972.

¹¹⁵¹ *Loi 142 de 1994. Article 73.8.* Par laquelle le législateur règle les services publics d'eau, d'assainissement, d'électricité, de gaz, et de téléphonie.

¹¹⁵² Voir n° 566 et s., et 624. Voir également : *C-037/96* ; *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

de la compétence d'une autre autorité, soit la saisir simultanément. Ces questions présentent un intérêt certain. Elles permettent de déterminer la forme de résolution des éventuels conflits de compétence, non seulement vis-à-vis des autorités administratives mais encore vis-à-vis des autorités juridictionnelles.

699. **Les conflits de compétence vis-à-vis des autorités administratives.** Il revient au Président de la République de déterminer les politiques relatives à l'administration, au contrôle et à l'efficacité des services publics.¹¹⁵³ Il peut déléguer ses compétences aux Commissions de régulation.¹¹⁵⁴ Ces Commissions ont une nature administrative, sont dotées de l'indépendance administrative, technique et financière, mais sont organiquement rattachées aux ministères qui sont en charge du domaine dans lequel elles interviennent.¹¹⁵⁵ La loi 142 de 1994 attribue aux Commissions de régulation la faculté de « résoudre à pétition des parties, les conflits nés entre entreprises en raison des contrats ou des servitudes et qui n'appartiennent pas à la compétence d'autres autorités administratives. La résolution fera l'objet d'un contrôle juridictionnel de légalité ». ¹¹⁵⁶ Il en résulte clairement que les Commissions de régulation sont des autorités administratives qui rendent des résolutions (actes administratifs individuels) lorsqu'elles tranchent des litiges relatifs aux contrats entre entreprises.

700. Bien que les Commissions de régulation disposent d'une compétence de résolution des litiges, peut-on affirmer qu'il y a une concurrence de compétence en raison des fonctions des Commissions et des arbitres ? Nous avons vu que la Cour constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité de la fonction de résolution des litiges concernant des contrats ou des servitudes en constatant que cette

¹¹⁵³ *Constitution. Article 370.*

¹¹⁵⁴ *Loi 142 de 1994. Article 68.*

¹¹⁵⁵ Ministère de Développement économique pour la commission d'eaux et d'assainissement, Ministère de Mines et Energie pour la commission d'énergie et du gaz, et Ministère de communications pour la commission des télécommunications.

¹¹⁵⁶ *Loi 142 de 1994. Article 73.8.*

fonction a une nature administrative.¹¹⁵⁷ Le Conseil d'Etat a jugé à son tour que les arbitres étaient compétents lorsque le litige avait une origine contractuelle et que la prétention était de nature économique (disponible).¹¹⁵⁸

701. Les différentes compétences des Commissions de régulation peuvent avoir un impact direct ou indirect sur les contrats passés par les différents opérateurs de services publics : les Commissions peuvent édicter des actes administratifs réglementaires qui vont avoir une incidence sur des stipulations contractuelles ; elles peuvent encore édicter des actes administratifs individuels qui tranchent des litiges entre les opérateurs et leurs cocontractants.

702. Cependant, même si le litige est de nature contractuelle et disponible, trois problèmes fondamentaux se posent en relation avec les actes administratifs édictés par les Commissions de régulation et la compétence des arbitres : 1. La nature de l'acte administratif édicté par les Commissions, 2. Le rôle de l'arbitre relativement à l'acte administratif édicté par la Commission de régulation, 3. L'identité entre l'objet du litige soumis à la Commission et celui qui est soumis aux arbitres.

703. L'attitude des arbitres à l'égard des actes administratifs qui règlent les rapports contractuels, et ceux qui tranchent les litiges ne peut pas être équivalente. En effet, même si un acte administratif réglementaire est édicté par l'administration, il a un caractère général, impersonnel et abstrait. Il ne fait donc pas partie à proprement parler de la fonction administrative en ce qu'il est matériellement législatif. Ces actes font partie des règles juridiques qui sont susceptibles d'être appliquées par le juge, étatique ou arbitral, pour résoudre le conflit qui lui a été soumis. Par contre, les actes administratifs non réglementaires visent la situation d'un administré nommément désigné dans l'acte.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ C-1120/05. Voir n° 416.

¹¹⁵⁸ ETB vs. *Celcaribe*, 33644 ; ETB vs. *Comunicacion Celular Comcel*, 33645 ; ETB vs. *Ocel*, 33643.

¹¹⁵⁹ YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif* ; Op. cit. p.513, n° 1099.

704. Cependant, il convient de remarquer que lorsque les Commissions de régulation édictent des actes administratifs qui tranchent un litige, la décision notifiée au destinataire bénéficie du privilège du préalable. Elle est formellement un acte administratif car elle provient d'une autorité administrative, mais nous ne pouvons pas occulter qu'elle est aussi matériellement juridictionnelle dans la mesure où elle tranche un litige. Ainsi, d'un point de vue formel, si les parties ne sont pas satisfaites par la décision de la Commission de régulation, elles peuvent saisir la juridiction administrative qui est la juridiction compétente pour annuler un tel acte. D'un point de vue matériel, si un acte administratif en vigueur édicté par une Commission de régulation est lié au litige soumis à l'arbitre, il convient alors de s'assurer qu'il n'y a pas une exclusion éventuelle de la compétence de l'arbitre, exclusion de compétence provenant de l'identité du litige soumis successivement ou simultanément à la Commission de régulation et aux arbitres.

705. Nous avons vu que la Commission de régulation des télécommunications (CRT ci-après), à travers le règlement 463 de 2001, a octroyé aux opérateurs de télécommunications la faculté de choisir entre les tarifs stipulés dans les contrats déjà conclus ou l'application des tarifs contenus dans la Résolution. Ce règlement a donné naissance à de nombreux litiges. L'Entreprise de Télécommunications de Bogotá (ETB) a décidé d'appliquer les tarifs contenus dans le règlement à certaines entreprises et non à d'autres : Celcaribe, Comunicación Celular Comcel, Ocel et Telefonica. La Commission de régulation des télécommunications a été saisie par les cocontractants de l'opérateur ETB afin de trancher les litiges découlant de l'application faite par ETB dudit règlement.

Dans l'affaire Celcaribe, la Commission a rejeté les prétentions de l'entreprise et confirmé que c'est à ETB qu'il revient de choisir les tarifs applicables au contrat. Dans les affaires Comunicación Celular Comcel et Ocel, la Commission se contente d'établir que seule l'ETB peut saisir la Commission, tandis que dans l'affaire Telefonica, la Commission étudie le fond du litige et considère que l'entreprise doit être rémunérée dans les conditions déterminées par le règlement

463 de 2001. Dans toutes ces affaires, les entreprises ont recours à des tribunaux d'arbitrage afin de trancher les litiges.¹¹⁶⁰

706. En instance d'annulation de ces sentences arbitrales, le Conseil d'Etat vérifie que la Commission de régulation a réellement tranché le litige. Dans les trois premières affaires, il juge que la Commission n'a pas pris de décision de fond sur les prétentions présentées par les entreprises. Par conséquent, comme le litige a une nature contractuelle et économique, les arbitres sont compétents pour trancher les conflits découlant de l'application du règlement 463 de 2001 de la CRT. A l'inverse, le Conseil d'Etat juge, dans la dernière affaire, qu'il y a identité entre les prétentions que l'entreprise a présentées devant la Commission de régulation et celles présentées dans la demande arbitrale (« même *causa petendi* »). Ainsi, compte tenu que la Commission a pris une décision de fond, les arbitres ont méconnu le contenu de l'acte administratif édicté par la CRT et le Conseil d'Etat annule la sentence arbitrale.

707. En conséquence, les arbitres doivent être assez vigilants lorsqu'une décision administrative précède le litige. La *causa petendi* présentée devant la Commissions et les arbitres ne peut être la même. Si les arbitres sont saisis des mêmes prétentions, ils risquent de rendre une sentence arbitrale à l'encontre d'un acte administratif qui bénéficie du privilège du préalable, et dont le seul juge compétent pour juger la légalité est le juge administratif. En outre, compte tenu que la Commission n'est pas partie à la convention d'arbitrage, l'objet et le contenu de l'acte administratif échappent à la compétence des arbitres, même s'ils concernent des droits disponibles des parties.

708. Il ne peut donc y avoir de conflit de compétence entre une autorité administrative et un Tribunal arbitral sur un même litige. Si la saisine de la CRT et celle du Tribunal arbitral est volontaire, les parties au litige décident laquelle de

¹¹⁶⁰ Voir sur ces décisions n° 411 et s.

l'instance administrative ou juridictionnelle est la plus approprié à leurs besoins. Le défendeur peut soulever une exception d'incompétence devant la CRT ou le Tribunal arbitral.

La décision d'une Commission de régulation a une nature administrative tandis que celle des arbitres a une nature juridictionnelle; la décision de la Commission est susceptible d'un recours de plein contentieux devant la juridiction administrative, alors que celle des arbitres peut faire l'objet d'un recours en annulation. Les arbitres ne peuvent juger que des litiges disponibles, et non pas des actes administratifs édictés par des tiers au rapport contractuel. Ils ne sont compétents qu'à l'égard de litiges prévus dans la convention d'arbitrage.

709. Le Conseil d'Etat établit donc, à partir de 2008, de nouvelles règles pour déterminer l'étendue de la compétence arbitrale en matière de contrats publics : dans l'affaire ETB vs. Comunicación celular Comcel, le Conseil d'Etat distingue les compétences des arbitres en matière contractuelle des autres matières. *En matière contractuelle*, il exclut la compétence des arbitres sur : 1. Les actes administratifs au contenu particulier édictés en vertu de l'exercice de pouvoirs exceptionnels. 2. Les actes administratifs généraux édictés en vertu de l'activité contractuelle de l'administration. Les arbitres sont donc compétents sur les autres actes administratifs contractuels au contenu particulier. Il fait ensuite référence, *pour la première fois, aux autres matières* et déclare de manière expresse que « les arbitres ne peuvent pas juger la légalité des actes administratifs généraux ni particuliers pour lesquels la compétence exclusive est attribuée à la juridiction administrative. *Ils sont donc compétents sur les autres actes administratifs particuliers car ils sont susceptibles de transaction selon l'article 115 du décret 1818 de 1998* »¹¹⁶¹ (Nous soulignons). Dans la décision concernant l'entreprise Comcel, le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence en matière contractuelle, et ajoute que peuvent être soumis à l'arbitrage les actes administratifs au contenu particulier ne concernant pas l'exercice de pouvoirs exceptionnels, car ils sont disponibles au sens de la

¹¹⁶¹ ETB vs. Celcaribe, 33644. Voir à ce propos n° 427 et 568.

décision constitutionnelle C-1436/00 et des articles 70 et 71 de la loi 446 de 1998.¹¹⁶²

Le critère général de disponibilité devient donc la règle jurisprudentielle pour déterminer la compétence des arbitres même s'il s'agit d'actes administratifs particuliers autres que les actes administratifs contractuels. En conséquence, le Conseil d'Etat, en l'absence de disposition légale expresse, établit pour la première fois la compétence des arbitres sur des actes administratifs au contenu particulier. Or, l'article 83 du Code contentieux administratif attribue à la Juridiction administrative une compétence générale sur les actes administratifs, les faits, les omissions, les opérations administratives et les contrats administratifs. Jusqu'à ces décisions du Conseil d'Etat, la règle générale était que tous les litiges concernant des actes administratifs appartenaient à la juridiction administrative, sauf disposition contraire de la loi, comme c'est le cas pour l'arbitrage des contrats publics.

710. *Ces décisions démontrent une acceptation étendue de l'arbitrage de la part du Conseil d'Etat. Il fait preuve d'une interprétation assez flexible de règles qui avaient auparavant un caractère impératif. Cependant, la portée de ces arrêts reste, à notre sens, incertaine compte tenu du nombre d'opinions dissidentes et individuelles exprimées, et surtout, parce que le fondement de ces décisions tient encore le pouvoir juridictionnel des arbitres sur le contrôle de la validité des actes administratifs particuliers.¹¹⁶³ Il nous reste donc à analyser les conflits pouvant être soulevés en cas de compétence concurrente entre les arbitres et d'autres autorités juridictionnelles.*

711. **Les conflits de compétence vis-à-vis des autorités juridictionnelles.**

S'il est vrai que « *la notion de compétence doit être adoptée au phénomène de l'arbitrage, [car] les parties confèrent, à la fois et par un même acte à la juridiction arbitrale son existence et sa compétence* », ¹¹⁶⁴ la Cour constitutionnelle juge que le « pouvoir » juridictionnel des arbitres provient de la constitution.

¹¹⁶² ETB vs. *Comunicacion Celular Comcel*, 33645.

¹¹⁶³ Voir n°560 et 569.

¹¹⁶⁴ ERIC LOQUIN. *Compétence arbitrale*, Jurisclasseur procédure civile, fasc. 1030, 262. p.1.

712. La polysémie du terme juridiction génère des interprétations équivoques en matière d'arbitrage : une partie de la doctrine estime que les arbitres font partie de la structure organique de l'administration de la justice.¹¹⁶⁵ Or, le sens précis du terme juridiction en matière d'arbitrage est celui qui provient de l'expression latine *iuris dictio* : dire le droit.

713. Pour la Cour constitutionnelle, « le pouvoir » juridictionnel des arbitres procède de l'autorisation constitutionnelle et légale de l'arbitrage,¹¹⁶⁶ alors que la compétence des arbitres provient de l'investiture que leur confèrent les parties au litige à travers la convention d'arbitrage, l'acte de mission ou les prétentions présentées aux arbitres dans la demande d'arbitrage et dans sa réponse.¹¹⁶⁷ Seule la concordance entre l'objet du litige à trancher, les limites fixées par la convention d'arbitrage, et la loi, détermine l'étendue de la compétence de l'arbitre.

714. Le Conseil d'Etat juge que lorsque la convention d'arbitrage ne précise pas les litiges visés par la convention, elle s'applique à tous les litiges découlant du contrat public,¹¹⁶⁸ ainsi que sur les litiges ayant un rapport direct ou indirect avec le contrat.¹¹⁶⁹ Par contre, les arbitres sont incompétents sur les domaines que les parties au litige¹¹⁷⁰ ou que la loi excluent expressément de l'arbitrage.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁵ Voir par exemple JULIO BENETTI SALGAR. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Op. cit.* p. 133.

¹¹⁶⁶ C-242/97.

¹¹⁶⁷ Conseil d'Etat, Esgamo vs. Departamento del Tolima, 20472, (02-05-2002).

¹¹⁶⁸ *Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394. Conseil d'Etat, *Gobernacion del Tolima vs. Tito Marcelo*, 19413, (26-04-2002). Conseil d'Etat, *Banco de la Republica vs. Rafael Tono Lemaitre*, 25811, (28-04-2005).

¹¹⁶⁹ *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación*, 33669.

¹¹⁷⁰ Conseil d'Etat, *Drummond Limited vs. Carbocol*, 34594, (13-08-2008).

¹¹⁷¹ Les sentences arbitrales par lesquelles les arbitres assument des compétences non attribuées expressément par les parties au litige sont susceptibles d'annulation. La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle sont convergentes quant à l'interdiction de soumettre les actes administratifs résultant de l'exercice de clauses exorbitantes visées par l'article 14-2 de la loi 80 de 1993. Voir par exemple : *Loteria de Santander - Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander ENAPUESTAS U.T.*, 34302. Le Conseil d'Etat annule la sentence arbitrale pour inarbitrabilité

715. Si les litiges de l'Etat et des entités publiques sont de la compétence de la juridiction administrative, lorsque ces entités se soumettent à l'arbitrage interne, elles écartent la compétence de cette juridiction,¹¹⁷² tandis que lorsqu'elles se soumettent à l'arbitrage international, elles renoncent à tout bénéfice d'immunité de juridiction : « *la convention d'arbitrage, qui vient contredire directement l'immunité, s'analyse nécessairement comme une renonciation par l'Etat ou l'organisme étatique concerné à son immunité de juridiction.* »¹¹⁷³

716. Il convient cependant de remarquer qu'en raison du caractère volontaire de l'arbitrage, le juge administratif estime, en principe, que si une partie à une convention d'arbitrage l'a saisi, elle est en train de renoncer à cette convention.¹¹⁷⁴ Il attend donc la réponse de l'autre partie pour savoir si celle-ci soulève l'exception d'incompétence en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage.¹¹⁷⁵ Si celle-ci ne la soulève pas, le juge estime qu'elle a également renoncé à l'arbitrage alors que, si elle l'exerce, le juge est obligé de décliner sa

objective. Le Tribunal arbitral avait reconnu sa compétence alors que l'objet du litige était l'acte administratif de résiliation unilatérale du contrat.

¹¹⁷² L'article 2011 du Code de commerce (décret 410 de 1971) établissait que « [...] Le compromis et la clause compromissoire impliquent la renonciation des parties à faire valoir leurs prétentions devant les juges étatiques. » Le décret 2279 de 1989 déroge le Titre XXXIII du livre III du Code de procédure civile et le titre III du livre sixième du Code de commerce. Cette même disposition a été consacrée dans l'article 2 du décret 2289 de 1989 et l'article 115 de la loi 446 de 1998. Voir à ce propos : MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS. *Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional*, in *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, (2005), Sous la direction de EDUARDO SILVA ROMERO. 697-704.

¹¹⁷³ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n° 642, p.405.

¹¹⁷⁴ *Sociedad industrias Caper Vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal 13070. Diskomatsu Ltda. vs. Departamento de Santander, 13573. Arcangel Clavijo Valencia vs. Invicali, 10439. Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco, 15469* ; *Sociedad industrias Caper Vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal 13070*. Voir également l'intéressant arrêt de cassation : Cour suprême de justice, Fiduciaria Santander S.A. vs. Cipres Trade Center S.A, 11001-3103-039-2000-00310-01, (01-07-2009).

¹¹⁷⁵ *Code de procédure civile. Article 97-3*. Cour constitutionnelle, C-662/04, (08-06-2004).

compétence sur l'affaire. Le Conseil d'Etat admet cette renonciation, mais, cette renonciation n'opère que par rapport au procès en cours.¹¹⁷⁶

La jurisprudence n'a pas toujours été uniforme à cet égard et certains conseillers d'Etat ont manifesté leurs opinions dissidentes à cet égard. Ils considèrent que la juridiction administrative devrait déclarer son incompétence d'office lorsqu'elle constate l'existence d'une convention d'arbitrage passée entre les parties au litige.¹¹⁷⁷

717. Il reste à déterminer si cette exception d'incompétence est justifiée par les termes de la convention d'arbitrage. Il peut s'agir d'une clause « pathologique », c'est-à-dire celle qui ne permet pas de déterminer avec certitude la volonté des parties en raison de sa rédaction.¹¹⁷⁸ Les auteurs du *Traité de l'arbitrage* remarquent que ces clauses exigent, de la part des arbitres et des juridictions étatiques, un acte d'interprétation. Le plus souvent, cette interprétation permet par application du principe de « l'effet utile » de sauver la convention d'arbitrage en

¹¹⁷⁶ *Décret 1818 de 1998. Article 117*: A travers la convention d'arbitrage comprenant la clause compromissoire et le compromis, les parties s'obligent à soumettre leurs litiges à la décision d'un Tribunal arbitral, elles renoncent ainsi à faire valoir leurs prétentions devant les juges étatiques. *Code de procédure civile. Article 97-3*: La partie défenderesse peut présenter dans la réponse de la demande, les exceptions suivantes : clause compromissoire ou compromis. *Code de procédure civile. Article 99-8*: Lorsque l'exception d'incompétence est prouvée, le juge ordonnera l'introduction du dossier à l'autorité compétente [...].

¹¹⁷⁷ Opinion dissidente du Conseiller Daniel Suárez Hernández dans la décision : *Pinski vs. Carbocol*, 10882. Opinion dissidente du Conseiller Mauricio Fajardo Gomez dans la décision : Conseil d'Etat, *Consortio L&A vs. IDU*, 33795 Auto, (13-12-2007). Cependant, dans le cas : *Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco*, 15469. Le Conseil d'Etat estime qu'étant donné que la prétention principale est l'annulation de l'acte administratif de décompte (celui-ci ne reconnaît pas la valeur des ouvrages non prévus dans le contrat), même s'il y a une clause compromissoire, le Conseil d'Etat est compétent car il s'agit d'une demande d'annulation d'un acte administratif. Les parties renoncent de manière tacite à la clause compromissoire. La Cour constitutionnelle a fixé une position différente à cet égard. Elle a jugé dans la décision T-1224/08 que « le principe *Kompetenz-Kompetenz* détermine que les arbitres sont compétents pour décider sur leur propre compétence avant toute autorité juridictionnelle saisie par les parties. Sur le sens de l'expression voir n° 645.

¹¹⁷⁸ Voir à ce propos : FRÉDÉRIC EISEMANN. La clause d'arbitrage pathologique, in *Arbitrage Commercial: Essais in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin, (1974), 129.

rétablissant l'intention des parties déformée par leur ignorance des mécanismes de l'arbitrage.¹¹⁷⁹

718. Il est ainsi possible que les parties au litige décident de saisir simultanément la juridiction étatique et la justice arbitrale. Or, l'application du principe *qui prior est tempore potior est jure*,¹¹⁸⁰ n'est pas toujours d'une application évidente mais dépend de l'attitude des parties dans l'exercice de leurs droits procéduraux.

719. Le conflit de compétence peut donc avoir lieu, lorsque deux autorités déclarent qu'elles sont compétentes sur la même affaire (conflit positif de compétence) ou lorsqu'elles déclarent toutes deux leur incompétence (conflit négatif de compétence).

720. **Le conflit négatif de compétence.** Les pouvoirs juridictionnels conférés par la loi à l'arbitre lui permettent de décliner sa compétence sur un conflit. Il peut le faire, soit en raison de l'inarbitrabilité du litige, soit en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage. « *L'arbitre incompétent n'est en rien assimilé à un juge incompétent. Si le second reste un juge, l'arbitre lui, ne possède cette qualité que dans la mesure où les parties la lui ont valablement conférée. Incompétent, il n'est pas un juge qui excède ses pouvoirs. Il n'est plus juge du tout.* »¹¹⁸¹

721. *La décision de déclinaison de la compétence est une décision définitive.* Nous avons vu que cette décision est prise au travers d'une ordonnance de procédure ; il n'y a donc pas de débat juridictionnel possible qui permette aux arbitres de revenir sur cette décision. Cette décision n'est pas susceptible de recours d'annulation comme

¹¹⁷⁹ PHILIPPE FOUCHARD. EMMANUEL GAILLARD. BERTHOLD GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Op. cit. n° 484, p. 284.

¹¹⁸⁰ *Premier dans le temps, premier dans le droit.*

¹¹⁸¹ ERIC LOQUIN. *Compétence arbitrale*. Op. cit. p.1.

c'est le cas en France, car il ne s'agit pas d'une sentence arbitrale,¹¹⁸² cette décision a un caractère définitif.

722. *Les effets de la décision de déclinaison de la compétence arbitrale.* L'article 147 du décret 1818 de 1998 dispose que la déclinaison de la compétence arbitrale éteint les effets de la convention d'arbitrage sur le litige. Or, il se peut que le juge compétent s'estime également incompétent sur l'affaire. Quelle est l'autorité compétente pour résoudre ce conflit ?

723. Dans l'affaire L&A vs. IDU, l'intervention des trois juridictions suprêmes a été nécessaire afin de trancher un conflit négatif de compétence.

Le contrat (432 de 1999) passé entre la société L&A et l'Institut de Développement Urbain (ci-après IDU) ne contenait pas de clause compromissoire, mais le cahier des charges dressé pour l'appel d'offre du contrat en contenait une. C'est sur le fondement de cette convention que L&A a présenté une demande arbitrale (le 05-11-2002) afin que les arbitres rétablissent l'équilibre financier du contrat.

Le Tribunal arbitral est formé, mais au cours de l'audience de composition du Tribunal (23-05-2005), il décide de ne pas fixer le montant de ses honoraires. En effet, même si ce n'est pas l'audience pendant laquelle il doit décider de sa compétence, par souci d'économie procédurale, il décline sa compétence en raison de l'inexistence de convention d'arbitrage.¹¹⁸³

Il estime, d'abord, que si l'IDU avait prévu dans le cahier des charges, d'inclure une clause compromissoire dans le contrat, il ne l'a pas fait. Il juge, ensuite, que le cahier des charges est un acte unilatéral tandis que le contrat est un acte bilatéral. Ainsi, si L&A souhaitait inclure une clause compromissoire, il aurait pu le demander à l'IDU lors de la négociation du contrat. Enfin, selon le Tribunal, si le cahier des charges intègre l'objet du contrat, la nature de la clause compromissoire

¹¹⁸² Voir : JEAN BAPTISTE RACINE. *La sentence d'incompétence. Op. cit.*

¹¹⁸³ *Code de procédure civile. Article 85.*

n'en fait pas partie. Elle produit des effets procéduraux et la volonté des parties doit apparaître de manière expresse dans le contrat lui-même. Le Tribunal décline en conséquence sa compétence sur le litige et renvoi le dossier au Tribunal administratif de Cundinamarca, juridiction compétente pour résoudre le litige. Même si L&A lui demande de revenir sur sa décision, le Tribunal confirme sa décision.¹¹⁸⁴

724. Au cours du procès devant le juge administratif, L&A soulève l'exception d'incompétence de ce dernier en raison de l'existence de la clause compromissoire contenue dans le cahier des charges du contrat. L'entreprise estime que si le cahier des charges est un acte unilatéral, elle en a accepté les conditions lorsqu'elle a présenté sa réponse à l'appel d'offre. L'entreprise fait valoir plusieurs décisions du Conseil d'Etat qui affirment la primauté du cahier des charges sur les clauses du contrat. L&A en déduit que si ce dernier prévaut sur le contrat le Tribunal arbitral est compétent en vertu de la convention d'arbitrage.

Avant même de se prononcer sur la recevabilité de la demande, le Tribunal administratif demande à l'IDU de l'informer si, au moment de la signature du contrat, sa volonté était de se soumettre à l'arbitrage (24-08-2005). L'IDU répond que si le contrat ne contient pas de clause compromissoire expresse c'est parce qu'il voulait soumettre les conflits découlant du contrat au juge administratif. L'IDU fait également valoir la forclusion de l'action contractuelle.

Le Tribunal administratif rejette alors la demande à cause de la forclusion de l'action (04-10-2006).¹¹⁸⁵ Ce Tribunal juge que la demande arbitrale n'interrompt pas la forclusion de l'action car il n'y a pas de clause compromissoire dans le contrat objet du litige. Si le demandeur s'est trompé quant à la juridiction compétente, il doit en assumer les conséquences.

¹¹⁸⁴ Ordonnance de procédure n° 4, du 23-05-2005.

¹¹⁸⁵ Le délai pour demander le décompte du contrat est de deux ans à partir de la signature de l'acte signé le 10 novembre 2002, et le Tribunal administratif n'a été saisi que le 30-05-2005.

725. La société L&A fait appel de la décision du Tribunal administratif. Elle demande au Conseil d'Etat de prononcer la nullité de la procédure en raison de l'incompétence du juge administratif et de résoudre de la sorte le conflit de compétence.

726. Le Conseil d'Etat décide d'abord du renvoi du dossier au Conseil supérieur de la magistrature afin qu'il règle le conflit de juridiction compte tenu de la décision du Tribunal arbitral de décliner sa compétence sur le litige (Décision du 24-08-2005).

Ensuite, il annule toute la procédure devant le Tribunal administratif au motif que celui-ci n'était pas compétent. La haute juridiction administrative juge que les dispositions du cahier des charges prévalent sur les dispositions contractuelles et qu'elles s'intègrent au contrat.¹¹⁸⁶ En conséquence, les parties au contrat sont réputées s'être accordées pour soustraire le litige de la compétence du juge administratif, à travers une clause compromissoire existante et valide (Décision du 13-12-2007).¹¹⁸⁷ L'IDU ne pouvait donc se soustraire à un engagement qu'il a stipulé dans le cahier des charges.

727. Le Conseil supérieur de la magistrature juge que comme il ne s'agit pas d'un conflit de juridiction mais de compétence, l'autorité compétente pour résoudre le conflit est le Conseil d'Etat (21-05-2009). Pour le Conseil supérieur de la magistrature, il est clair que la clause compromissoire existe et qu'elle est valable. Il précise qu'en vertu de la loi, les arbitres bénéficient d'une investiture transitoire qui leur permet de juger le litige. « *Les Tribunaux arbitraux ne sont donc pas une juridiction différente de celle à laquelle ils se substituent en vertu de la volonté des parties.* En conséquence, ce qui est en jeu, c'est la compétence du Tribunal arbitral ou du

¹¹⁸⁶ Arrêts : *Consortio LAR vs. IDU*, 32871 ; *Francisco Ignacio Herrera Gutierrez vs. IPSE*, 18059 ; Conseil d'Etat *Sociedad confecciones CEM vs. Fondo de Educacion y Seguridad Vial de Bogotá Fondatt*, 10399, (03-02-2000) ; Conseil d'Etat, *Sociedad Construcciones vs. Fondo Aereonautico Nacional*, 10779, (29-01-2004). (Ce dernier est un cas identique à celui-ci).

¹¹⁸⁷ *Consortio L&A vs. IDU*, 33795 Auto, (13-12-2007)

Tribunal administratif sur un litige découlant d'un contrat public. L'entité compétente pour résoudre cette question est le Conseil d'Etat. »¹¹⁸⁸

728. Le Conseil d'Etat fait valoir que dans la décision d'annuler la procédure devant le Tribunal administratif, il avait déjà affirmé l'existence et la validité de la clause compromissoire contenue dans le cahier des charges.

Le Conseil d'Etat juge à nouveau que : « la clause compromissoire peut être contenue dans le contrat lui-même ou dans un document séparé. [...] La clause compromissoire en matière de contrats publics doit produire tous les effets juridiques si elle est stipulée par écrit [...], soit en tant que clause du contrat public [...], soit lorsqu'elle est stipulée dans un document séparé qui contient l'identification des parties et le contrat auquel la clause fait référence [...] Ainsi, l'existence, la validité et l'efficacité de la clause compromissoire ne dépendent pas de l'existence et de la validité du contrat public qui la contient. [...] Cette norme [article 118 du décret 1818 de 1998] n'exige pas que l'accord d'arbitrage soit contenu dans un seul document [...] ainsi, si la convention d'arbitrage a été prévue dans le cahier des charges de l'appel d'offre, la convention d'arbitrage devient obligatoire pour les parties au contrat car le cahier des charges fait partie du contrat public. »¹¹⁸⁹ Il déclare en conséquence que le Tribunal arbitral est le juge compétent dans cette affaire.¹¹⁹⁰ Il ordonne la réintégration du Tribunal arbitral pour résoudre le litige.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ Décision du 21-05-2009 du Conseil supérieur de la magistrature citée par le Conseil d'Etat dans *Consorcio L&A vs. IDU*, 33795, (19-07-2010).

¹¹⁸⁹ Eduardo Silva Romero dans l'ouvrage collectif « el contrato de arbitraje » démontre que la convention d'arbitrage est un contrat, et analyse ce contrat d'arbitrage sous l'optique du droit des obligations. Ce principe a permis de démontrer, entre autres, que la convention d'arbitrage constitue un contrat à part entière, même si elle a des effets procéduraux. *El contrato de arbitraje*. Sous la direction d'EDUARDO SILVA ROMERO. *Op. cit.* En Colombie, ce n'est qu'en 1998 que l'article 118 du décret 1818 de 1998 a consacré expressément l'autonomie de la clause compromissoire. Le Conseil d'Etat le reconnaît expressément dans l'arrêt *Fábrica de Licores del Tolima*, moment à partir duquel il ne cesse de le réaffirmer : *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356. La Cour constitutionnelle l'affirme aussi dans les décisions C-248/99 et SU-174/07.

¹¹⁹⁰ *Consorcio L&A vs. IDU*, 33795 Auto, 2007.

¹¹⁹¹ *Consorcio L&A vs. IDU*, 33795, 2010.

729. **Le conflit positif de compétence.** Dans l'affaire « Centrimed vs. Hospital Militar Central », ¹¹⁹² Centrimed a présenté une demande d'arbitrage (le 29-06-1999) pour la réparation des préjudices résultant du défaut d'accomplissement par l'Hôpital de ses obligations contractuelles ; de son côté, l'« Hospital Militar Central » avait déjà saisi le Tribunal administratif (le 16-06-1999) d'une demande en annulation du contrat passé avec la société Centrimed.

730. Le Tribunal arbitral se déclare compétent pour trancher le litige (le 17-10-2000). L'Hôpital demande, d'abord, la suspension de la procédure en raison l'action en nullité du contrat engagée devant le Tribunal administratif, action dont Centrimed n'avait pas encore été notifié. L'Hôpital soulève, ensuite, l'exception de nullité du contrat public et *non adimpleti contractus* dans sa réponse (du 2-08-1999) à la demande arbitrale.

Le Tribunal ne s'étant pas prononcé rapidement sur la suspension de la procédure arbitrale, l'Hôpital engage alors une action de *tutela* qui a été rejeté en première comme en seconde instance.

731. Le Tribunal administratif a également déclaré sa compétence sur l'action en nullité du contrat. Il tient compte du fait que Centrimed n'a pas soulevé l'exception d'incompétence du Tribunal administratif, ni déclaré l'existence d'une procédure d'arbitrage en cours dans sa réponse à l'action en nullité (le 14-02-2000).

732. Le Tribunal arbitral décide (le 27-02-2002) de suspendre la procédure et de ne pas rendre la sentence arbitrale jusqu'à ce que le Tribunal administratif décide sur la nullité absolue du contrat. Cette décision était indispensable dans la mesure où l'Hôpital avait excipé au fond de la nullité du contrat. Le Tribunal arbitral fait

¹¹⁹² Conseil d'Etat, Centrimed vs. Hospital Militar, 25560, (25-11-2004).

valoir que s'il rend sa décision, il méconnaît la compétence du Tribunal administratif.

733. Centrimed a saisi le juge constitutionnel d'une action de *tutela* afin qu'il ordonne au juge arbitral de décider. La Cour constitutionnelle, dans la décision T-136 de 2003 a donné raison à Centrimed.¹¹⁹³ La Cour juge que la décision de suspendre la procédure d'arbitrage méconnaît le principe d'autonomie de la clause compromissoire.¹¹⁹⁴ Cette décision viole les droits fondamentaux d'accès à la justice et du procès. La Cour ordonne en conséquence au Tribunal arbitral de poursuivre la procédure ; la Cour lui ordonne également d'en informer le Tribunal administratif.¹¹⁹⁵

734. Une fois la sentence arbitrale rendue, le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande en annulation de la sentence. Centrimed argue que le Tribunal arbitral n'a pas statué sur la totalité des questions qui lui ont été soumis dans la demande arbitrale.¹¹⁹⁶

La société requérante fait valoir que le Tribunal a omis de se prononcer sur les questions liées à la nullité du contrat, aux prestations réciproques ainsi qu'au décompte du contrat, alors qu'il était compétent pour décider sur ces différents points.

Centrimed estime que le Conseil d'Etat doit annuler la sentence arbitrale et la réviser en déclarant la nullité du contrat et des prestations dues en raison de l'exécution de celui-ci.

735. Le Conseil d'Etat rappelle que la Cour constitutionnelle a fondé sa décision T-136/03 sur le respect du principe d'autonomie de la clause compromissoire et a ordonné aux arbitres de poursuivre la procédure arbitrale afin de rendre la

¹¹⁹³ T-136/03.

¹¹⁹⁴ C-248/99.

¹¹⁹⁵ T-136/03.

¹¹⁹⁶ Décret 1818 de 1998. Article 163- 9.

sentence. Il considère qu'au terme de l'article 306-3 du Code de procédure civile, les juges ont le devoir de décider expressément sur l'exception de nullité. Il s'agit d'un mandat impératif, le juge n'a pas de marge discrétionnaire d'interprétation sur ce point. Compte tenu de l'importance de cette disposition le législateur extraordinaire a décidé d'inclure la disposition suivante dans le décret 2651 de 1991 : « dans la sentence arbitrale s'appliquera la disposition contenue à l'article 306-3 du Code de procédure civile ». Cette disposition a également été reprise par l'article 162 de la loi 446 de 1998.

Le Conseil d'Etat rappelle d'abord que l'arbitrage en matière de contrats publics est un arbitrage en droit. Les arbitres fondent leur décision sur le droit positif en vigueur (article 115 décret 1818 de 1998). Il est donc évident pour le Conseil d'Etat que *les juges, comme les arbitres, sont soumis à l'empire de la loi (articles 1,6, 122 et 230 de la constitution). Il est donc impératif que l'arbitre applique le mandat de l'article 306 du Code de procédure civile (déclarer la nullité absolue du contrat d'office).*

736. Ainsi, si le Tribunal arbitral a fondé sa décision sur la volonté des parties de soumettre la prétention de nullité à la juridiction administrative, le Conseil d'Etat considère que la compétence des arbitres sur cette question ne provient pas de la volonté des parties, mais d'une norme impérative du droit procédural consacré par l'article 306 du Code de procédure civile ainsi que par l'article 162 de la loi 446 de 1998. C'est pourquoi, les arbitres ont rendu une sentence arbitrale *minima petita*. En conséquence, il complète la sentence arbitrale, déclare la nullité absolue du contrat principal et ne reconnaît pas des prestations réciproques car elles avaient déjà été payées. Enfin, il ordonne l'envoi d'une copie de la décision au Tribunal administratif.

737. *Les deux affaires qui viennent d'être décrites montrent bien que la jurisprudence colombienne converge sur l'exigence du respect de la liberté des parties de soumettre à l'arbitrage leurs litiges et sur l'exigence corrélative de respecter cet engagement.*

La juridiction constitutionnelle rappelle que les parties ne peuvent pas renoncer aux effets de l'autonomie de la clause compromissoire à travers une demande présentée devant la juridiction administrative. Les arbitres sont, en conséquence, tenus de juger le litige qui leur est soumis, même si un procès administratif portant sur le même objet est en cours devant un Tribunal administratif.¹¹⁹⁷

Le Conseil supérieur de la magistrature fait valoir que le cahier des charges est partie intégrant du contrat public. La clause compromissoire est donc valable et le Conseil d'Etat est l'entité compétente pour résoudre tout conflit de compétence né entre la juridiction administrative et le Tribunal arbitral.

Le Conseil d'Etat réaffirme également le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, et l'obligation des arbitres d'appliquer, parmi les dispositions impératives, celle qui concerne la nullité du contrat. Il reproche aux arbitres de ne pas avoir jugé la nullité du contrat principal, et autorise, par cette voie et de manière implicite, les arbitres à ignorer l'action en nullité du contrat engagée devant le Tribunal administratif.¹¹⁹⁸

738. *Il convient de remarquer par ailleurs que l'attitude des parties ajoute à la difficulté de l'affaire.* En effet, l'Institut de Développement Urbain a inclus, pendant un certain temps, dans les cahiers de charges de nombreux contrats, des offres d'arbitrage. Il fait donc preuve d'une certaine mauvaise foi lorsqu'il nie devant le Tribunal administratif sa volonté de soumettre à l'arbitrage les litiges découlant du contrat passé avec L&A, alors que la réponse aux appels d'offre est l'acte d'acceptation des clauses contenues dans les cahiers des charges.

Il est également assez surprenant que si Centrimed a saisi le Tribunal arbitral pour résoudre les litiges liés au contrat passé avec l'Hôpital, il n'ait pas soulevé d'exception devant le juge administratif.

Cette attitude des parties explique la longueur des débats juridictionnels. Cela génère des coûts de procédure et de représentation et allonge la procédure. Les

¹¹⁹⁷ T-136/03.

¹¹⁹⁸ *Centrimed vs. Hospital Militar*, 25560.

conséquences se mesurent non seulement sur la qualité de la décision finale et mettent en cause également l'efficacité même de la justice arbitrale.

Il convient cependant de reconnaître que ces conflits de compétence permettent aux différentes juridictions de fixer leur jurisprudence de façon à garantir une plus grande clarté aux opérateurs juridiques.

739. Nonobstant, si le Tribunal administratif de Cundinamarca a assumé une position équivoque en jugeant inexistante la convention d'arbitrage insérée dans le cahier des charges du contrat,¹¹⁹⁹ nous ne pouvons pas pour autant contester le fait qu'il accepte la renonciation tacite à la convention d'arbitrage.¹²⁰⁰ Il a, ainsi, seulement suivi la volonté du demandeur qui a choisi de soumettre à la juridiction administrative une prétention contractuelle, et celle du défendeur qui n'a pas soulevé l'exception d'incompétence.¹²⁰¹

740. Dans ce dernier cas, les juridictions suprêmes font prévaloir la volonté initiale des parties de recourir à l'arbitrage sur la décision du Tribunal administratif d'accepter la renonciation tacite à la convention d'arbitrage.

Il nous apparaît qu'une position cohérente du Conseil d'Etat serait souhaitable à cet égard. S'il a accepté, par une jurisprudence constante, l'autonomie de la clause compromissoire, la haute juridiction administrative devrait tirer la totalité des conséquences du principe « compétence-compétence » qui a déjà fait preuve de son efficacité en droit comparé, en permettant à l'arbitre de décider « en premier » sur sa compétence. La Cour constitutionnelle a fixé une position différente à cet égard. Si elle présente dans la décision d'unification SU-174/07 l'importance de ce principe, elle juge (T-1224/08) que « le principe *Kompetenz-Kompetenz*¹²⁰² signifie

¹¹⁹⁹ *Consorcio Leza vs. IDU*, 33795 Auto. (13-12-2007).

¹²⁰⁰ Il a suivi la jurisprudence constante du Conseil d'Etat à cet égard : *Sociedad industrias Caper Vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal* 13070. *Diskomatsu Ltda. vs. Departamento de Santander*, 13573. *Arcangel Clavijo Valencia vs. Invicali*, 10439.

¹²⁰¹ *Centrimed vs. Hospital Militar*, 25560.

¹²⁰² La Cour constitutionnelle a employé l'expression *kompetenz-kompetenz*. Nous avons décidé de respecter l'expression utilisée par la Cour, dans les extraits de jurisprudence que nous citons.

que les arbitres sont compétents pour décider de leur propre compétence avant toute instance juridictionnelle saisie par les parties.»¹²⁰³ Ainsi, si la Cour constitutionnelle octroie une protection constitutionnelle au principe *Kompetenz-Kompetenz*, la juridiction administrative est tenue d'en reconnaître la valeur sous peine de voir annuler ses décisions par voie de *tutela*.¹²⁰⁴

L'acceptation des effets de ce principe doit avoir pour corollaire le rejet d'office de la compétence de la juridiction administrative, lorsqu'existe une convention d'arbitrage tel que cela a été suggéré dans les opinions dissidentes des conseillers d'Etat Daniel Suárez Hernández¹²⁰⁵ Mauricio Fajardo Gomez¹²⁰⁶ et Ramiro Saavedra Becerra.¹²⁰⁷

741. Cependant, s'il est tout-à-fait clair pour Mauricio Fajardo Gomez que le juge administratif doit décliner sa compétence en présence d'une convention d'arbitrage, il n'en va pas de même, lorsque l'objet du litige est l'annulation d'un acte administratif relatif au décompte du contrat.¹²⁰⁸ La cohérence sur ce point est également souhaitable en ce qui concerne l'arbitrabilité d'un tel acte administratif. Nous venons de voir à ce sujet, que la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est accordée sur l'arbitrabilité d'un tel acte. Devrions-nous admettre qu'il devrait exister une exception à la renonciation tacite sur ce point ? Nous ne le croyons pas. La sécurité juridique exige que le juge assume une position claire à l'égard des opérateurs juridiques aussi bien les parties au litige que les juridictions administratives.

Cependant, il convient de remarquer que le sens de l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle est celui adopté par la jurisprudence et la doctrine française. Voir sur ce point n° 645.

¹²⁰³ T-1224/08.

¹²⁰⁴ Voir n° 948.

¹²⁰⁵ *Pinski vs. Carbocol*, 10882.

¹²⁰⁶ Conseil d'Etat, 33795 Auto, *Consortio L&A vs. IDU*.

¹²⁰⁷ *Consortio L&A vs. IDU*, 33795 Auto.

¹²⁰⁸ *Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco*, 15469.

Deuxième section. L'étape arbitrale

742. L'étape arbitrale est la phase judiciaire du procès arbitral : son objet est de régler le litige. C'est au cours de cette étape que les arbitres établissent les éléments de fait et de droit nécessaires pour rendre la sentence arbitrale.

743. En matière d'arbitrage, l'organisation de la procédure est, en principe, l'affaire de la volonté des parties. Or, nous avons vu dans la section précédente que les entités publiques ne disposent plus d'une telle liberté dans l'arbitrage interne. Nous avons également vu que cette restriction n'est pas applicable en matière d'arbitrage international. L'organisation de la procédure arbitrale internationale dépend alors des règles fixées par les parties, ou du règlement d'arbitrage choisi.

744. Si la qualification publique d'un contrat procède de la nature publique d'un des cocontractants, nous savons que cette qualification n'emporte pas nécessairement l'application d'un régime juridique de droit public dans la mesure où la loi des contrats publics renvoie à l'application des principes contenus dans la loi mais aussi au droit privé. Ces différentes sources sont applicables aux rapports substantiels entre les parties.

745. S'agissant de la procédure d'arbitrage, l'article 70 de la loi renvoie au régime du droit commun de l'arbitrage (décret 1818 de 1998). Cependant, ce régime ne règle pas toutes les situations en rapport avec l'arbitrage des contrats publics. S'il renvoie de manière expresse au Code de procédure civile dans certaines hypothèses, il ne répond pas à tous les cas de figure qui peuvent se présenter au cours de l'étape arbitrale.

En conséquence, en l'absence de règle posée par le décret 1818 de 1998, l'arbitre qui tranche un litige contractuel administratif doit-il privilégier la règle procédurale applicable à la procédure contentieuse administrative ou à la procédure civile ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de savoir si c'est la nature publique de l'administration (critère organique) ou la nature des affaires soumises à la justice arbitrale (critère matériel) qui justifie l'application de la procédure contentieuse administrative. Il faut ensuite, si la procédure administrative est applicable, se demander si ce régime répond à l'exigence de célérité consubstantielle à l'étape arbitrale (deuxième sous-section). Cependant, nous ne pouvons pas présenter les éléments nécessaires à une telle analyse sans avoir précisé en amont les conditions d'habilitation légale des parties pour agir dans la procédure arbitrale (première sous-section).

Première sous-section. La qualité pour agir dans l'instance arbitrale

746. La qualité pour agir est l'habilitation légale pour exercer le droit d'action. Nous devons nous demander qui dispose de cette qualité dans l'instance arbitrale, lorsqu'il s'agit d'exercer une action découlant d'un contrat public.

747. Le but des parties qui compromettent est de faire trancher un litige à travers l'arbitrage. Celles-ci sont donc liées par une convention à laquelle sont applicables les règles générales du droit des contrats. Parmi les principes applicables, le principe de relativité occupe une place privilégiée : les effets de la convention d'arbitrage ne lient que les parties au contrat. Nonobstant, des tiers à la convention d'arbitrage peuvent également être intéressés à l'objet du litige. Il est donc important de régler cette question au regard du régime juridique colombien afin de dresser la liste des sujets qui ont un intérêt légitime pour agir dans l'instance arbitrale (§1).

748. Il convient d'observer également que l'instance arbitrale ne lie pas uniquement les personnes qui ont consenti à la convention d'arbitrage. Le Ministère public, en tant que gardien de l'ordre juridique, occupe une place essentielle dans la procédure arbitrale en Colombie. Sa participation ne provient pas de la volonté des parties, mais de la constitution et de la loi (§2).

§1. L'intérêt pour agir

749. L'intérêt pour agir est une condition nécessaire à la mise en œuvre de l'action en justice, même s'il s'agit de l'arbitrage. Cet intérêt traduit l'utilité que l'exercice de l'action procure à celui qui en prend l'initiative.¹²⁰⁹ Il doit être personnel, né et actuel. Les parties à la convention d'arbitrage ont intérêt pour agir dans l'instance arbitrale car elles soumettent aux arbitres leur litige. Elles participent à la procédure en tant que demandeur ou défendeur.

Mais, il est possible que des sujets qui ne sont pas partie à la convention d'arbitrage aient un intérêt sur l'objet du litige. Ils peuvent donc participer à l'instance arbitrale en tant qu'intervenants volontaires¹²¹⁰ ou forcés.¹²¹¹ Il est nécessaire de déterminer dans quelles conditions ces tiers à la convention d'arbitrage peuvent participer à l'instance arbitrale afin de faire valoir leurs droits dans le litige. En outre, la position contractuelle d'une des parties à la convention d'arbitrage peut être modifiée dans différentes circonstances : la cession du contrat, la mutation des parties, le décès d'un des cocontractants de l'administration, etc. La convention d'arbitrage est-elle une clause autonome ou accessoire du contrat qui la contient ? Le nouveau cocontractant peut-il faire valoir l'accord d'arbitrage ou celui-ci a-t-il un caractère *intuitu personae* ?

¹²⁰⁹ LOÏC CADIET. JACQUES NORMAND. SORAYA AMRANI MEKKI. *Théorie générale du procès. Op. cit.* n° 81, p. 328.

¹²¹⁰ Ils entrent dans un procès déjà commencé pour y défendre leurs propres intérêts.

¹²¹¹ Une des parties assigne un sujet pour le contraindre à devenir partie au procès en cours auquel il était resté étranger.

750. **L'intérêt des parties.** S'il est clair que les parties originelles à la convention d'arbitrage ont un intérêt certain sur les droits litigieux objet de l'instance arbitrale, nous ne pouvons pas transposer d'emblée la même solution à ceux qui remplacent les cocontractants originels dans le contrat qui contient lui-même la convention d'arbitrage.

751. *Les interprétations possibles en cas de changement de la position contractuelle.* En l'absence de disposition contractuelle expresse sur la clause compromissoire¹²¹² dans l'acte de cession du contrat, il y a deux interprétations possibles : 1. En vertu du principe de relativité des contrats, de l'autonomie de la convention d'arbitrage et de la finalité nettement procédurale de cette convention, seuls peuvent comparaître à l'instance arbitrale en qualité de partie ceux qui ont souscrit la clause compromissoire. Ou, 2. En raison des effets procéduraux de la clause compromissoire, elle n'est pas dissociable des conflits découlant du contrat, même si les parties qui assument les obligations changent.¹²¹³

752. Il convient de préciser que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage habilite l'arbitre à résoudre les conflits découlant de l'existence et de la validité du contrat qui contient la clause compromissoire. Fabricio Mantilla affirme que la cession du contrat en Colombie implique une succession des liens juridiques découlant de la position contractuelle cédée.¹²¹⁴ Ceci permet de faire valoir une clause compromissoire contenue dans le contrat cédé. Ce modèle de cession permet un équilibre entre les intérêts des personnes concernées par l'opération économique : le cédant, le cessionnaire et les tiers.¹²¹⁵

¹²¹² Exemple de clause compromissoire qui prévoit expressément la cession du contrat, voir Tribunal arbitral, Transportadora de gas del interior TGI vs. Ecogas, (02-09-2009).

¹²¹³ Tribunal Arbitral, Conavi vs. Conconcreto S.A., (16-02-2004). Tribunal arbitral, Empresarial consultores limitada vs. Banco de Bogotá, (11-10-2010).

¹²¹⁴ *Code de commerce. Articles 887 à 893.*

¹²¹⁵ FABRICIO MANTILLA ESPINOSA. *La cesión del contrato*, in *Los contratos en el derecho privado*, (2007), Sous la direction de Rosario, Legis - Universidad del, 435-454. Spéc. p.438.

Mais, qu'il s'agisse de la cession de la position contractuelle ou du décès du cocontractant de l'administration, la partie qui remplace le cédant ou le décédé, conserve le lien contractuel intact avec l'administration. La clause compromissoire a pour finalité de résoudre les litiges découlant du contrat qui le contient quelles que soient les parties qui l'ont souscrite. En outre, la clause compromissoire a des effets nettement procéduraux, elle est liée aux éventuels conflits découlant du contrat. Seule une manifestation expresse des parties au contrat de cession pourrait ôter, à notre sens, les effets de la convention d'arbitrage. Une fois le Tribunal arbitral saisi, seuls les arbitres, en tant que juges du contrat, ont la compétence de décider des effets réels de la clause compromissoire.

753. *Une affaire illustre les conflits découlant de la cession de la position contractuelle.* L'affaire « Hospital el Tunal E.S.E, (ci-après HT) vs. Société Fresenius » illustre la position du Conseil d'Etat quant au lien existant entre le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et le principe compétence-compétence à propos d'un contrat de cession.¹²¹⁶

L'H.T intègre un contrat joint-venture afin de présenter l'offre d'un contrat de bail des biens de la Clinique Fray Bartolomé de las Casas. La participation de l'H.T dans ce joint-venture a été contestée par le Conseil municipal en raison de l'absence de documents permettant d'établir l'approbation de cette décision par l'entité publique.

Celle-ci a donc décidé de céder sa position contractuelle à la société Fresenius. Le contrat de cession contient une clause compromissoire en vertu de laquelle Fresenius attaque l'HT. Fresenius prétend que le Tribunal doit déclarer la nullité du contrat de cession car la signature du représentant légal de cette société était fautive. L'H.T demande au Tribunal de décliner sa compétence en raison de l'inexistence de la clause compromissoire : si la signature du contrat de cession est fautive, la convention d'arbitrage est inexistante pour absence de consentement.

La question posée est de savoir si les arbitres pouvaient déclarer leur compétence compte tenu que le défendeur n'avait pas souscrit la clause compromissoire. Il

convient de remarquer que c'est la société Fresenius qui se fonde sur cette clause compromissoire pour saisir le Tribunal arbitral. L'HT utilise cet argument pour mettre en cause la compétence du Tribunal alors qu'il avait bien signé la cession du contrat.

Le Tribunal arbitral fonde sa compétence sur le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et le principe compétence-compétence (article 116 décret 1818 de 1998).

Le Tribunal arbitral a conclu que la signature du représentant de Fresenius était fautive et déclare en conséquence l'inexistence du contrat de cession.¹²¹⁷ Mais il déclare que les préjudices invoqués n'ont pas été établis. L'HT attaque en annulation la sentence arbitrale avec les mêmes arguments que ceux qui ont justifié son opposition à la demande arbitrale.

Le Conseil d'Etat rejette les arguments de L'H.T mais déclare l'annulation de la sentence arbitrale : lorsque la société Fresenius a saisi le Tribunal arbitral l'action contractuelle était déjà forclosée.¹²¹⁸

754. **L'intérêt des tiers à l'instance arbitrale.** Si la convention d'arbitrage ne lie que les parties qui l'ont souscrite volontairement, quel est le rôle de la volonté quant à la participation d'un tiers à la procédure arbitrale ? Autrement dit, les parties doivent-elles s'accorder sur le droit de ce tiers à intervenir dans la procédure ? Est-ce que l'intérêt et la volonté de ce tiers à participer à l'instance arbitrale sont suffisants ? Ou au contraire, s'agit-il d'une affaire qui relève de la seule décision des arbitres ? Les arbitres peuvent-ils décider de la participation d'un tiers qui ne fait partie, ni de la convention d'arbitrage, ni de l'acte de nomination des arbitres ?

¹²¹⁶ Conseil d'Etat, Hospital el Tunal vs. Fresenius medical care, 37004, (18-02-2010).

¹²¹⁷ La Cour de cassation française [décision du 11 juillet 2006. 04-14.950] a déjà déclaré la validité de la clause compromissoire, malgré l'inexistence du contrat qui la contient, en vertu du principe d'autonomie et de celui de compétence-compétence.

¹²¹⁸ Voir à ce propos n° 790 et s.

755. *Les effets de la convention d'arbitrage.* La convention d'arbitrage n'oblige ni les tiers, ni le garant du contrat.¹²¹⁹ Le garant du contrat ne peut donc se prévaloir de la clause compromissoire du contrat pour exciper de la compétence de la juridiction administrative.¹²²⁰ Cependant, *l'autonomie de la volonté des parties à l'arbitrage des contrats publics cesse lorsqu'elles investissent les arbitres de la mission de trancher le litige. C'est le Tribunal qui décide sur la participation des tiers à la procédure.*

756. *Les pouvoirs des arbitres.* Les arbitres ont les mêmes devoirs et pouvoirs que les juges étatiques. Ils ont donc le devoir de se servir des moyens adéquats pour trancher le litige. Les principes directeurs du droit procédural sont appliqués par l'arbitre. Parmi ces principes, le principe d'économie procédurale¹²²¹ occupe une place privilégiée : il implique la recherche des meilleurs résultats avec le minimum d'activité procédurale. La participation des tiers à la procédure fait gagner en efficacité et en temps, aussi bien à l'administration de la justice qu'aux sujets à la procédure.

757. *Les types d'intervention dans la procédure.* Il est nécessaire de différencier l'intérêt des tiers dont la participation à la procédure est obligatoire à la résolution du litige (intervenants forcés), de ceux dont le lien substantiel (légal ou contractuel) avec l'une et/ou l'autre des parties concerne l'objet du litige, mais dont la participation n'est pas essentielle (intervenants volontaires).¹²²²

Tant que ce type de participation ne se fondait pas sur une autorisation légale expresse, les arbitres étaient plutôt réservés sur la question au regard du principe de relativité des contrats.¹²²³ L'autorisation introduite dans la loi, malgré ses

¹²¹⁹ *Municipio de Villavicencio vs. Compania Aseguradora de Finanzas S.A.*, 16380.

¹²²⁰ *Departamento de Casanare*, 16718.

¹²²¹ *Code de procédure civile. Article 82.*

¹²²² Voir à ce propos : MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS. *Partes y terceros en el proceso arbitral*, Revista Jurisconsulta, 5, 55-74 (2002). Spéc. p.71.

¹²²³ Tribunal arbitral. Otto Morales Benítez, Jorge Vélez García, Gilberto Arango Londoño. *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá vs. Estruco*. 15-08-84. Tribunal arbitral, *Inversiones Petroleras S.A. vs. Repsol Exploración – Petrocanadá* Carlos Holguín, Antonio de Irisarri, Fernando Medina, 21-09-1994. Décisions

adversaires,¹²²⁴ a permis l'unification de la position des Tribunaux d'arbitrage et des autres juridictions à cet égard.

Le régime juridique de l'arbitrage ne s'est préoccupé de la question qu'à partir de 1989 avec le décret 2279 de 1989, et seulement en ce qui concerne la possibilité d'intégrer des intervenants forcés à la procédure arbitrale. L'article 30 établit que si la sentence arbitrale est susceptible d'avoir des effets sur un sujet qui n'a pas participé à la procédure arbitrale, les arbitres doivent lui notifier l'existence de cette procédure pour qu'il ait l'occasion d'y participer.¹²²⁵

En 1998, l'article 127 de la Loi 446 de 1998 a ajouté un paragraphe à l'article 30 du décret 2279 de 1989. Il renvoie la possibilité d'intervention des tiers à la procédure d'arbitrage à l'application des dispositions du Code de procédure civile. Ces normes ont été intégrées aux articles 149 et 150 du décret 1818 de 1998 auxquels nous ferons dorénavant référence.

758. Désormais, les arbitres sont autorisés à accepter la participation des tiers à l'instance arbitrale, à la demande des tiers ou d'une des parties à la procédure. Ils peuvent également l'ordonner d'office. Un Tribunal arbitral récent a refusé l'intervention d'un tiers à la procédure. La Cour suprême de justice a été saisie en appel d'une décision de *tutela* rendue à l'encontre du Tribunal arbitral. Elle a qualifié comme voie de fait constitutionnelle le refus de l'arbitre de lier un tiers à la procédure : « l'intervention d'un tiers selon toutes les modalités admises par le

citées par Ernesto Gamboa Morales dans la conférence « le Régime du tiers dans la procédure d'arbitrage » qui a eu lieu au Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de Commerce de Bogotá.

¹²²⁴ Les règles qui l'autorisent ont été objet d'une demande d'inconstitutionnalité.

¹²²⁵ *Décret 1818 de 1998. Article 149.* Si en raison du litige objet de la procédure, la sentence arbitrale génère des effets de chose jugée pour un sujet qui n'a pas stipulé la convention d'arbitrage, le Tribunal arbitral ordonnera sa citation personnelle pour qu'il adhère à l'arbitrage. L'ordonnance de procédure doit être notifiée dans les cinq (5) jours suivants son émission. Les personnes citées devront manifester leur adhésion à la convention d'arbitrage dans les dix (10) jours suivants. A défaut d'acceptation, ou d'échec de la notification, les effets de la convention d'arbitrage seront éteints et les arbitres devront rembourser les honoraires et les frais de procédure déjà versés par les parties dans la forme prévue pour la déclaration d'incompétence des arbitres. Si les personnes citées adhèrent à la convention d'arbitrage le tribunal fixera la contribution qui leur correspond quant aux honoraires et frais. » Voir également *C-672/99*. Cette décision déclare cette norme conforme à la constitution.

Code de procédure civile est entièrement applicable à la procédure arbitrale. La loi ne l'exclut pas. La participation du tiers à la procédure met en valeur l'économie procédurale et la primauté du droit substantiel sur le droit procédural. Les parties à la procédure arbitrale ont les mêmes droits que ceux que la loi octroie aux parties aux autres procédures, y compris le droit de faire intervenir des tiers à la procédure. »¹²²⁶

Cependant, compte tenu de l'origine volontaire de l'arbitrage, le sujet invité n'est pas obligé d'adhérer à la procédure. Qu'il s'agisse d'un intervenant volontaire ou forcé, s'il accepte ou demande sa participation à la procédure, les arbitres déterminent quels sont les frais à sa charge, à proportion de sa participation à l'arbitrage. S'il ne paye pas le montant fixé, la procédure continue et les arbitres rendront la sentence arbitrale sans l'intervention du tiers si sa participation est volontaire.¹²²⁷ Si sa participation est forcée, son refus anéantit les effets de la convention d'arbitrage dans la mesure où sa participation est essentielle pour résoudre le litige. Les arbitres devront, dans ce cas, rembourser leurs honoraires et les frais engagés par les parties.¹²²⁸

759. *La position des Cours suprêmes.* La Cour constitutionnelle, se prononçant sur la demande d'inconstitutionnalité des normes autorisant l'intervention des tiers, a jugé *qu'il n'est pas raisonnable de supposer que les parties à la convention d'arbitrage puissent s'opposer à la participation d'un tiers à la procédure alors même que le Tribunal a déjà été habilité.* Le but de la convention est de résoudre un conflit par l'arbitrage. Les parties à la convention autorisent ainsi, de manière expresse ou implicite, l'intervention des tiers si cela est nécessaire à la résolution du litige.¹²²⁹

¹²²⁶ Cour suprême de justice, 11001-22-03-000-2008-00521-01, *Fiduciaria Superior vs. Tribunal de arbitramento*, Arturo Solarte Rodríguez, 05-06-2008.

¹²²⁷ Tribunal arbitral, *Alianza Fiduciaria S.A. vs Fiduciaria integral S.A en liquidacion*, (18-09-2003).

¹²²⁸ Voir à ce propos *C-163/99*.

¹²²⁹ *C-163/99*.

760. Le Conseil d'Etat juge, quant à lui, qu'une société reconnue par le Tribunal arbitral comme intervenant volontaire (*ad excludendum*)¹²³⁰ est habilitée pour exercer un recours en annulation de la sentence arbitrale car elle dispose d'un intérêt juridique légitime. Pour le Conseil d'Etat, si l'intervention d'un tiers à la procédure arbitrale est acceptée par les arbitres, la sentence arbitrale a forcément des effets sur lui. C'est pourquoi il peut exercer un tel recours en annulation dès lors que cette décision lui cause un préjudice matériel ou moral.¹²³¹

En revanche, l'intervention des tiers prévue par l'article 149 du décret 1818 de 1998 ne peut conduire à accepter le recours d'annulation de celui qui n'a pas participé à la procédure arbitrale. La sentence arbitrale ne peut avoir d'effets, ni être attaquée par des sujets autres que ceux qui ont participé à l'instance arbitrale.¹²³²

761. La Cour suprême de justice, dans une décision de *tutela*, rappelle que les parties qui participent à la procédure arbitrale conservent tous les droits que l'ordre juridique reconnaît aux parties à la procédure, y compris celui de faire intervenir des tiers à travers les mécanismes que la loi établit. La loi colombienne n'impose pas l'accord des parties à la convention d'arbitrage, c'est à l'arbitre de décider.¹²³³

762. *L'arbitre est souverain sur les questions liées au développement de la procédure.* Si la volonté des parties est le pilier essentiel de l'arbitrage des contrats publics, cette volonté est cantonnée à la convention d'arbitrage et à l'acte d'habilitation des arbitres. Les parties à la convention d'arbitrage deviennent les parties à l'instance

¹²³⁰ *Code de procédure civile. Article 53.* Celui qui prétend, en tout ou partie, la chose ou le droit litigieux, pourra intervenir dans la procédure. Il devra présenter sa prétention contre le demandeur et le défendeur. L'intervention se traite avec la procédure [...].

¹²³¹ *Electrohidraulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, 25489.*

¹²³² *Sociedad Ingenieria y Construccion Ltda vs. Invias, 17704.*

¹²³³ Cour suprême de justice, 11001-22-03-000-2008-00521-01, *Fiduciaria Superior vs. Tribunal de arbitramento*, Arturo Solarte Rodriguez, 05-06-2008.

arbitrale. Lorsqu'ils y interviennent, ils ont les mêmes droits et prérogatives que la loi octroie aux participants aux autres procédures.

Lorsque les parties ont saisi le Tribunal arbitral, elles investissent les arbitres de pouvoirs juridictionnels sur lesquels elles ne peuvent pas revenir. En droit interne, l'arbitre est souverain dans l'appréciation des questions liées à la procédure. L'ordre juridique interne ne prévoit pas l'existence de sentences arbitrales partielles. Il n'y a pas non plus le droit de soulever des questions préjudicielles à d'autres juridictions, ni de présenter des recours en annulation sur des décisions liées à la procédure arbitrale.

Les intervenants à la procédure ont le droit de faire observer aux arbitres les possibles dysfonctionnements dans le déroulement de la procédure ou de lui demander de revenir sur certaines décisions.

Seul le Conseil d'Etat peut être saisi d'une contestation contre la décision finale des arbitres (recours en annulation), à moins que la décision des arbitres n'affecte les droits fondamentaux, auquel cas le juge constitutionnel peut intervenir (voie de fait constitutionnelle).¹²³⁴ Il convient maintenant de déterminer, qui possède un intérêt légitime pour participer à l'arbitrage, et ce afin d'établir quels sont ses droits procéduraux.

§2. La participation du Ministère public à l'instance arbitrale.

763. **Le rôle du Ministère public dans l'ordre juridique colombien.** *Les dispositions constitutionnelles.* Sous la constitution de 1886, le Ministère public est exercé sous la « direction suprême du gouvernement par le Procureur Général de la Nation » ;¹²³⁵ il devait assurer « la défense des intérêts de la Nation »¹²³⁶ : il n'intervenait dans les procédures entre particuliers que dans les cas expressément déterminés par la loi. La constitution de 1991 a entraîné d'importants

¹²³⁴ Voir n° 951.

¹²³⁵ *Constitution de 1886. Article 142.*

¹²³⁶ *Constitution de 1886. Article 143.*

changements dans les fonctions et la nature du Ministère public.¹²³⁷ Le Ministère public est désormais un organe de contrôle autonome sous la direction du Procureur Général de la Nation. Il est indépendant des entités qu'il contrôle d'un point de vue tant fonctionnel qu'organique.¹²³⁸ Son organisation hiérarchique reprend la structure territoriale prévue par la constitution. Cette structure garantit l'exercice de sa mission sur l'ensemble du territoire national.

764. *Les critères de l'intervention du Ministère public.* Si le législateur organise la structure et le fonctionnement du Ministère public,¹²³⁹ le Procureur Général de la Nation détermine les objectifs, les critères et les stratégies générales pour l'exercice de ses compétences constitutionnelles.¹²⁴⁰ Pour la Cour constitutionnelle, le Procureur a une compétence réglementaire de nature résiduelle ;¹²⁴¹ Il assure ainsi la coordination et la cohérence nécessaires aux fonctions du Ministère public.¹²⁴²

¹²³⁷ *Constitution. Article 118* : Le Ministère public est exercé par le Procureur Général de la Nation, le Défenseur du peuple, les Procureurs délégués et les agents du Ministère public devant les autorités juridictionnelles [...] Le Ministère public garantit la protection et la promotion des droits de l'homme, la protection de l'intérêt public et la surveillance de la conduite de ceux qui exercent des fonctions publiques.

Constitution. Article 275 : Le Procureur Général de la Nation est le directeur suprême du Ministère public.

Constitution. Article 277 : Le Procureur Général de la Nation exerce, directement ou à travers ses délégués et agents, les fonctions suivantes : [...] 7. Intervenir dans les procédures suivies par des autorités juridictionnelles ou administratives, lorsque c'est nécessaire pour la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public ou des droits et garanties fondamentaux.

Constitution. Article 280 : Les agents du Ministère public ont les mêmes qualités, catégories, rémunérations, droits et prestations que les magistrats et juges devant lesquels ils exercent leurs fonctions.

¹²³⁸ Il rend un rapport de gestion annuel au Congrès de la République.

¹²³⁹ *Constitution. Article 279.*

¹²⁴⁰ *Décret 262 du 22 (février 2000).* Article 36 en concordance avec la *Résolution 017/00* du Procureur Général.

¹²⁴¹ Le Conseil d'Etat a annulé les articles 2 et 3 de la *Résolution 020* du 30 janvier 2002 par laquelle le Procureur de la République a déterminé que : Les accords de conciliation doivent être homologués par le Tribunal administratif compétent. Et que, la conciliation pré-arbitrale ne peut avoir lieu sans la participation du procureur délégué en matière administrative.

Le Conseil rappelle d'abord la jurisprudence administrative selon laquelle il a jugé que l'accord de conciliation ne peut être contrôlé par la juridiction administrative parce que la conciliation pré-arbitrale

Le Ministère public représente les intérêts de la société et la défense de l'intérêt collectif. Il est donc habilité pour intervenir dans les procédures en cours devant les autorités juridictionnelles, et exerce des compétences disciplinaires à l'égard des fonctionnaires publics comme des particuliers qui exercent des fonctions publiques.¹²⁴³

765. *La jurisprudence constitutionnelle sur la participation du Ministère public dans les instances contentieuses.* La Cour constitutionnelle juge que l'intervention du Ministère public a une nature impérative. Il agit pour protéger l'ordre juridique, le patrimoine public et les droits fondamentaux « lorsque cela est nécessaire ». ¹²⁴⁴ Par ordre juridique, on doit comprendre le respect de la constitution, les lois, les décisions juridictionnelles et les actes administratifs,¹²⁴⁵ c'est-à-dire les règles de droit public et de droit privé garantissant l'harmonie sociale. Le patrimoine public, dans un sens large, est celui dont la société est destinataire. Il est intégré par les biens qui sont au service de la communauté.¹²⁴⁶

766. **La participation du Ministère public dans l'instance arbitrale concernant des contrats publics.** Si les compétences ne peuvent pas être implicites, il faut remarquer que la loi 80 de 1993 reste silencieuse quant à l'intervention du Ministère public dans l'arbitrage des contrats publics. A-t-il la qualité pour agir dans la procédure arbitrale ?

a un caractère juridictionnel¹²⁴¹. Ensuite, il remarque que le Procureur n'a pas compétence pour établir des conditions procédurales ou de validité de la conciliation effectuée entre personnes qui ont souscrit un accord d'arbitrage. Sa compétence se limite à établir les directives nécessaires à la coordination et aux critères d'intervention des agents du Ministère public dans la procédure arbitrale. Conseil d'Etat. Alfonso Beltrán García y Andrés Mejía Pizano, Auto : 11001-03-24-000-2002-00202-01, (08-04-2010).

¹²⁴² C-734/98.

¹²⁴³ Nous ne nous intéresserons pas à cette dernière car seules les deux premières ont des incidences sur l'instance arbitrale.

¹²⁴⁴ *Constitution. Article 277-7.*

¹²⁴⁵ Ils peuvent demander la déclaration de nullité absolue du contrat. *Electrohidraulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, 25489* ; *Electrohidraulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, 25489*.

¹²⁴⁶ C-429/95.

L'article 35 de la Loi 446 de 1998, qui modifie l'article 127 du Code de procédure contentieuse administrative, dispose que le Ministère public est une partie et qu'il peut intervenir dans tous les procès qui sont de la compétence de la juridiction administrative.¹²⁴⁷ Cependant, si les agents du Ministère public sont habilités à réaliser tous les actes de procédure que peuvent réaliser les parties, ils agissent dans un but précis : la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public et des droits et garanties fondamentaux. C'est pourquoi, le Ministère public doit se voir personnellement communiquer l'ordonnance de recevabilité de la demande.¹²⁴⁸

Les agents du Ministère public ont une fonction préventive et de contrôle qui leur permet de saisir la juridiction administrative d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale¹²⁴⁹ car ils ont un intérêt juridique.¹²⁵⁰ Ils peuvent même saisir le juge constitutionnel en cas de violation des droits fondamentaux au cours de la procédure.¹²⁵¹

Le Ministère public intervient en qualité de demandeur. Il peut également intégrer les prétentions litigieuses du demandeur ou du défendeur.¹²⁵² En conséquence, il peut s'opposer aux prétentions d'une des parties, demander des preuves, soulever des recours, etc. Les juges sont tenus de répondre aux demandes du Ministère public sous peine d'engager leur responsabilité disciplinaire ou que soit annulée sa décision.¹²⁵³

¹²⁴⁷ *Ministerio Público - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, 21652. Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes, 28990. Inco vs. Coviandes, 34239.* Le Conseil d'Etat fonde cette intervention sur l'article 277 de la constitution, l'article 44 du décret 262 de 2000 et la Résolution 270 du 6 septembre 2001.

¹²⁴⁸ *Décret 2651 de 1991* (modifie le Code de procédure civile). *Article 56.* La notification des autres ordonnances n'est donc pas obligatoire : *Consortio Spi Batúgnolles vs. EEEB, 11632.*

¹²⁴⁹ En vertu de l'article 127 du Code de procédure contentieuse administrative, le Conseil d'Etat considère que le Ministère public peut exercer un recours d'annulation à l'encontre de la sentence arbitrale. *Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes, 28990 ; Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes, 28990.*

¹²⁵⁰ *Electrohidráulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, 25489.*

¹²⁵¹ Article 26-10 et 38 du décret 262 du 22 février 2000. Ils sont aussi habilités pour intervenir dans ces procédures en vertu du Paragraphe de l'article 28 du décret 262 de 2000 : Les agents du Ministère public peuvent intervenir dans les procès des actions de *tutela* devant toute autorité juridictionnelle lorsque cela est nécessaire pour la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public ou des droits ou garanties fondamentaux : sociaux, économiques, culturels, collectifs, aux termes de l'article 277-7.

¹²⁵² *Ministerio Público - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, 21652.*

¹²⁵³ *Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes, 28990.*

767. *L'incidence de la participation du Ministère public à l'instance arbitrale.* Il est clair que l'ordre juridique colombien prévoit la participation du Ministère public dans toutes les procédures. La Cour constitutionnelle a même jugé que son intervention était impérative. Il participe à la procédure par voie de conclusions écrites ou orales. Il convient donc de se demander si cette participation est un obstacle ou si elle contribue au bon déroulement de la procédure arbitrale.

Il faut prendre en compte que si le Ministère public est partie à la procédure, il a les mêmes devoirs, y compris celui de respecter les délais procéduraux. Le contenu des actes de procédure réalisés par le Ministère public ne conditionne pas le sens de la décision des arbitres. Ils peuvent accepter ou rejeter les demandes du Ministère public. En cas de rejet, il aura, comme le demandeur ou le défendeur, l'opportunité d'exercer les recours prévus par la loi. Les arbitres sont tenus également de rendre la sentence arbitrale dans le délai fixé par les parties. Ils ne peuvent pas prolonger ce délai au prétexte de l'intervention du Ministère public.

Le Conseil d'Etat a cependant fait valoir que le Ministère public doit faire preuve de cohérence : la décision d'attaquer une sentence arbitrale en annulation (de la part de l'agent du Ministère public auprès du Tribunal arbitral) est incohérente avec la demande, postérieure, de rejet du recours (de l'agent du Ministère public auprès du Conseil d'Etat.)¹²⁵⁴

768. Dans ce contexte, si le Ministère public garantit l'ordre juridique, le patrimoine public et les droits fondamentaux, sa participation dans la procédure arbitrale ne peut avoir que des effets positifs. Son intervention est impartiale et objective, elle contribue ainsi à l'établissement des éléments de fait et de droit nécessaires à régler le litige soumis à l'arbitrage. Dans les 97 décisions

¹²⁵⁴ L'agent qui exerce le recours estime que la sentence arbitrale doit être annulée parce que les arbitres n'ont pas déclaré la nullité absolue du contrat objet du litige, alors que le délégué du Ministère public au Conseil d'Etat a demandé au juge de rejeter la demande en annulation parce que la nullité du contrat n'est pas une cause d'annulation de la sentence arbitrale. Le Conseil d'Etat a suivi l'avis de ce dernier et a rejeté le recours. *Electrohidráulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, 25489*. Voir également à ce propos : *Inco vs. Coviandes, 34239*.

d'annulation que nous avons eu l'occasion d'analyser, le Ministère public n'a présenté un avis favorable à l'annulation qu'à 23 reprises (37%) : le Conseil d'Etat a suivi son avis dans 7 cas et il l'a rejeté dans les 16 autres cas.¹²⁵⁵

769. Le Ministère public veille au respect de l'ordre juridique. Nous avons vu que l'arbitrage des contrats publics est soumis au régime légal de l'arbitrage. Ce régime est uniforme en Colombie : L'article 11 du décret 2651 de 1991 prévoit que « les normes de ce décret s'appliqueront dans toutes les procédures arbitrales y compris celles qui concernent les contrats administratifs. [...] » Cette règle est confirmée par l'alinéa 3 de l'article 70 de la loi 80 de 1993 qui dispose que « la désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral est régi par les normes en vigueur en la matière. » Cependant, des aménagements sont nécessaires en raison de la présence d'une personne publique au litige, le Ministère public peut également intervenir en ce qui concerne ces aménagements.

Deuxième sous-section. L'aménagement du régime en matière de contrats publics

770. **Les garanties procédurales dans l'instance arbitrale.** Si l'arbitrage a une source contractuelle, « *la norme contractuelle ne doit impartir aux parties, en sus des obligations résultant de la lettre des lois de procédure, que des obligations se rattachant aux principes directeurs du procès, tels au premier chef, le principe de contradiction, qui commande une police de la chronologie des échanges d'arguments, et au second chef, le principe d'efficacité et de transparence, qui commande que chacun soit informé des perspectives raisonnables de cheminement de l'affaire.* »¹²⁵⁶

¹²⁵⁵ Voir annexe n°3, tableau n° 7.

¹²⁵⁶ JEAN-LOUIS GILLET. *La contractualisation de la justice*, in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), Publications de l'Université de Rouen, (2004), Sous la direction de CHRISTIAN PIGACHE. 83-88. Spéc. p. 85.

771. La nature contractuelle de l'arbitrage ne heurte ni les pouvoirs de l'arbitre pour conduire l'instance arbitrale, ni les garanties inhérentes à la qualité de partie à la procédure : « *La reconnaissance de la juridiction de l'arbitre a pour conséquence directe, en droit français en tout cas, l'encadrement de sa décision par les règles essentielles de déroulement du procès civil, au premier rang desquelles figure évidemment le respect des droits de la défense et des règles d'ordre public procédural.* »¹²⁵⁷

772. En droit colombien, les juges étatiques ont garanti ces droits même avant que l'arbitrage ne soit constitutionnalisé en 1991. L'arbitrage est une institution imprégnée de toutes les garanties consubstantielles à l'administration de la justice ; le procès équitable et la garantie des droits de la défense, matérialisés par le principe du contradictoire, sont les piliers essentiels de toute procédure¹²⁵⁸ de résolution des litiges.¹²⁵⁹ Ces garanties sont applicables quel que soit la nature juridique du sujet soumis à la procédure,¹²⁶⁰ ou le type de décision prise par les juges ; tant les ordonnances de procédure que les décisions qui tranchent le litige doivent être prises dans le respect des garanties fondamentales. Le principe du contradictoire est un élément essentiel de la garantie du procès équitable. Les actes de procédure et les ordonnances de procédure doivent être notifiés pour que les parties puissent s'opposer dans les délais établis par la loi.¹²⁶¹

¹²⁵⁷ THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* n° 194, p. 157.

¹²⁵⁸ Judiciaires et administratives : article 29 de la constitution.

¹²⁵⁹ Dans la procédure arbitrale est nécessaire une application rigoureuse des garanties du procès équitable : *C-330/00*.

¹²⁶⁰ Les arbitres doivent garantir les droits fondamentaux : le procès équitable, les droits de la défense et l'accès à l'administration de la justice, selon les modalités propres à l'arbitrage. Les arbitres sont donc tenus de respecter le cadre juridique établi par le législateur ; la procédure d'arbitrage comporte une série d'opportunités préétablies qui permettent aux parties de présenter leur défense, de s'opposer aux arguments présentés par leurs adversaires, et même de demander à l'arbitre de revenir sur certaines décisions prises au cours de la procédure [...] Si les arbitres rendent la sentence arbitrale hors de la procédure établie par la loi ou par la volonté des parties, et que, par cette voie-là, ils violent les droits de la défense, le principe du contradictoire ou une des garanties du procès équitable, la sentence peut être annulée pour voie de fait constitutionnelle. *SU-174/07*.

¹²⁶¹ Cour constitutionnelle, T-148/10, (05-03-2010).

773. La procédure d'arbitrage est unifiée en droit colombien. Or, si le régime juridique de l'arbitrage renvoie au Code de procédure civile dans certains cas, ces renvois ne sont pas suffisants à l'égard des problèmes relatifs à la pratique de l'arbitrage en matière de contrats publics. En conséquence, nous traiterons séparément l'application générale du régime de droit commun de l'arbitrage (§1) des cas où, en l'absence de règle applicable, la jurisprudence prévoit l'application du Code de procédure contentieuse administrative (§2).

§1. L'application générale du régime de droit commun de l'arbitrage

774. Si les parties à l'arbitrage des contrats publics doivent se soumettre au régime légal de l'arbitrage, celui-ci est assez flexible quant à l'organisation de l'étape arbitrale. En effet, il ne règle que les conditions de la première audience de procédure. La loi donne au Tribunal la faculté d'organiser les audiences qu'il considère nécessaires, avec ou sans la participation des parties au litige.¹²⁶² Les arbitres sont tenus d'organiser les autres audiences selon la volonté des parties ou, à défaut, de la façon la plus appropriée pour rendre leur décision dans les délais fixés par les parties. Ils doivent garantir aux parties le respect des droits de la défense, du contradictoire, et du procès équitable sous peine d'annulation de leurs décisions pour voie de fait constitutionnelle.

775. Les décisions des arbitres dans le déroulement de la procédure sont prises par des ordonnances de procédure. S'il est possible que les parties demandent aux arbitres de revenir sur la décision prise par certaines de ces ordonnances, il n'est pas possible de contester par la voie juridictionnelle ces ordonnances ; l'unique recours à l'encontre des décisions des arbitres est le recours en annulation contre la sentence arbitrale.¹²⁶³

¹²⁶² *Décret 1818 de 1998. Articles 147-5 et 151.*

¹²⁶³ *Décret 1818 de 1998. Articles 161 (sur le recours en annulation) et 162 (sur la compétence du Conseil d'Etat sur les recours en annulation des sentences arbitrales relatives aux contrats publics).*

776. **La demande d'arbitrage**¹²⁶⁴ est, en Colombie, un document écrit, contenant la première écriture du demandeur destinée à déclencher la procédure. Elle contient les conclusions qui dressent les faits, lesquels servent de fondement aux prétentions des litigants, les modes de preuve, les défenses et les moyens en droit.¹²⁶⁵ Les parties doivent être représentées par un avocat.¹²⁶⁶

L'article 141 du décret 1818 de 1998 renvoie la recevabilité de la demande et de la réponse aux dispositions du Code de procédure civile.¹²⁶⁷ Le défendeur dispose de 10 jours pour répondre à la demande et pour présenter une demande reconventionnelle s'il le souhaite.¹²⁶⁸ Dans sa réponse, le défendeur fait valoir, sous les mêmes formes, ses prétentions, moyens de défense au fond, les exceptions de procédure,¹²⁶⁹ et les fins de non-recevoir¹²⁷⁰ qu'il entend soulever.

777. **La conciliation.** Une fois que les arbitres ont reçu la réponse à la demande initiale, ou reconventionnelle, s'il y a lieu, le Tribunal arbitral doit inviter les

¹²⁶⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 127.* La demande d'arbitrage doit réunir les conditions exigées par la loi pour les demandes en justice.

¹²⁶⁵ La demande doit donc réunir les conditions prévues par les articles 75 et 76 du *Code de procédure civile*, à savoir :

Code de procédure civile. Article 75. Contenu de la demande. La demande en justice doit contenir : 1. La désignation du juge auquel s'adresse la demande en justice. 2. Le nom, âge, domicile du demandeur [...] 3. Le nom et domicile du défendeur [...] 4. Le nom de l'avocat qui représente le demandeur. 5. Une liste claire et précise des prétentions du demandeur. 6. Les faits qui fondent les prétentions. 7. Le bien-fondé des prétentions. 8. Le montant des prétentions. 9. Le type de procédure applicable à la demande. 10. Les preuves que le demandeur prétend faire valoir. 11. Les coordonnées du demandeur et de son avocat, et celles du défendeur ou de son représentant légal. *Article 76. Conditions supplémentaires pour certains types de demandes.* Les demandes dont l'objet litigieux concerne des biens immeubles doivent contenir tous les éléments nécessaires pour les identifier [...] Si l'objet litigieux concerne des biens meubles, la demande doit contenir la quantité, qualité, poids ou mesure, ou, les critères d'identification si cela est nécessaire. Les demandes qui prévoient des mesures provisoires doivent déterminer les personnes ou les biens qui seront affectés et l'endroit où elles se trouvent.

¹²⁶⁶ *Code de procédure civile. Article 77. Annexes de la demande.* Le défendeur doit joindre à la demande : 1. Le mandat de l'avocat pour le représenter [...] Les documents et preuves que possèdent les parties [...]

¹²⁶⁷ *Décret 1818 de 1998. Articles 428 et 430.* Renvoient aux articles 75 à 96 du Code de procédure civile.

¹²⁶⁸ *Décret 1818 de 1998. Article 141. Dernier alinéa.*

¹²⁶⁹ Pour paralyser la procédure : compétence, litispendance, exception dilatoire. Pour éteindre la procédure : exception de nullité de fond et de forme.

¹²⁷⁰ Met en cause le droit d'action lui-même et a pour objet d'en faire sanctionner l'absence.

parties à concilier,¹²⁷¹ sauf lorsque les parties prouvent qu'une conciliation concernant le même objet du litige a déjà eu lieu avant la procédure d'arbitrage.

En Colombie, l'organisation d'une conciliation dans l'instance juridictionnelle est obligatoire aussi bien pour les arbitres que pour les juges étatiques.¹²⁷² Les arbitres doivent inviter le Ministère public à se joindre à cette audience.¹²⁷³ Si les parties concilient sous la direction des arbitres, la procédure prend fin. Nonobstant, comme la loi n'a rien prévu quant aux honoraires des arbitres dans ce cas de figure, le montant de la rémunération sera le fruit d'un accord entre les arbitres et les parties.¹²⁷⁴ Si les parties ne parviennent pas à concilier, les arbitres fixent la date de la première audience.¹²⁷⁵

778. **La première audience** a une importance capitale. Les arbitres débutent avec la lecture de la convention d'arbitrage et les prétentions des parties afin d'en déterminer leur montant.¹²⁷⁶ Ils jugent de la recevabilité de la demande initiale et, éventuellement, de la demande reconventionnelle ; ils se prononcent sur l'opposition que les parties peuvent présenter à l'encontre de l'ordonnance qui statue sur la recevabilité de la demande. A l'occasion de cette audience, les parties peuvent former une demande additionnelle¹²⁷⁷ et modifier la demande initiale.¹²⁷⁸ Les arbitres peuvent alors modifier le montant des honoraires fixés lors de l'audience d'installation du Tribunal pour l'adapter à proportion des nouvelles prétentions des parties.

¹²⁷¹ *Décret 1818 de 1998. Article 141-2.* Cet article renvoie à l'article 432 Code de procédure civile.

¹²⁷² *Code de procédure civile. Article 101.* La non comparution d'une des parties à l'audience de conciliation peut conduire à la fixation d'une amende à son encontre.

¹²⁷³ Voir : *Loi 446 de 1998. Article 35 ; décret 1818 de 1998. Paragraphe article 59.*

¹²⁷⁴ Sur notre opinion à ce propos voir n° 499.

¹²⁷⁵ *Décret 1818 de 1998. Article 147.*

¹²⁷⁶ Ce montant doit être « raisonnable », selon les termes de l'article 147 du décret 1818 de 1998. La lecture de la convention d'arbitrage et la fixation d'un montant raisonnable semble être une condition légale inutile car le tribunal a déjà estimé le montant des prétentions afin de fixer les honoraires des arbitres et du secrétaire. Voir à ce propos : HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO. *Procedimiento civil especial. Op. cit.* p. 801.

¹²⁷⁷ Par laquelle elle modifie les prétentions de la demande initiale.

¹²⁷⁸ *Décret 1818 de 1998. Article 148.*

La déclaration des arbitres sur leur propre compétence est l'acte essentiel pour la réalisation de tous les actes de procédure prévus par la loi au cours de cette audience. La décision est prise sous la forme d'une ordonnance de procédure susceptible d'être révoquée par le Tribunal à la demande des parties.¹²⁷⁹ C'est à partir de ce moment que le Tribunal est saisi. Le délai octroyé aux arbitres pour rendre la sentence commence donc à s'écouler.

779. **La participation de tiers à la procédure.** Si la participation d'un tiers à la procédure est demandée par l'une des parties à la procédure, les arbitres ordonnent la notification aux tiers de la procédure en cours.¹²⁸⁰ Les tiers pourront adhérer à la procédure en tant qu'intervenants forcés ou volontaires.¹²⁸¹ Les arbitres peuvent, également, ordonner les mesures provisoires demandées par les parties, et ce sans avoir recours au juge étatique. Il suffit qu'ils communiquent à l'autorité compétente la mesure à prendre pour que ces mesures soient exécutées¹²⁸² : les autres autorités étatiques reconnaissent en conséquence les pouvoirs juridictionnels de l'arbitre.¹²⁸³

780. **Les preuves.** Les arbitres fixent les dates des audiences pour obtenir les éléments de fait et de droit nécessaires pour rendre la sentence arbitrale dans le délai fixé par les parties.¹²⁸⁴ Le Tribunal arbitral examine lors de ces audiences l'admissibilité des preuves, leur pertinence et leur force probante.¹²⁸⁵ L'arbitre détermine par des ordonnances de procédure le type de preuve à fournir et la manière dont cela doit se faire. Le Tribunal dispose également sur les moyens de production et d'obtention des pièces ou des autres moyens de preuve. Il peut

¹²⁷⁹ *Décret 1818 de 1998, Article 147-2.* Il n'y a donc pas de contredit (procédure par laquelle le défendeur insatisfait de la décision sur la compétence fait vérifier par la Cour d'appel la conformité de ce jugement aux normes sur l'organisation judiciaire) en matière arbitrale en Colombie.

¹²⁸⁰ *Décret 1818 de 1998, Articles 149 et 150.*

¹²⁸¹ Voir le développement de cette participation à la section précédente n° 754.

¹²⁸² *Décret 1818 de 1998, Article 152.*

¹²⁸³ Voir à ce propos la partie concernant à *l'imperium* de l'arbitre : n° 556 et s, et 877.

¹²⁸⁴ *Décret 1818 de 1998, Article 147-5.*

¹²⁸⁵ *Décret 1818 de 1998, Article 147-3.*

ordonner d'office les preuves qu'il estime nécessaires.¹²⁸⁶ Il peut mettre en demeure une partie de produire une pièce nécessaire à la procédure ou demander à un tiers de l'apporter. Si les arbitres rejettent une des preuves présentées, les parties au litige peuvent demander aux arbitres de revenir sur leur décision.¹²⁸⁷

781. **L'instruction de l'affaire** porte sur les écritures, les pièces, l'audition des parties, les témoignages, les expertises etc. Les règles applicables à la phase d'instruction sont celles du Code de procédure civile.¹²⁸⁸ Le Tribunal doit vérifier la communication de chaque pièce aux parties au litige afin que celles-ci puissent faire valoir ses arguments.

Si la justice étatique est déjà saisie du litige soumis à l'arbitrage, alors que la phase d'instruction est en cours, les arbitres reprennent l'instruction du procès là où en était le juge étatique, sauf si les parties ont conclu un accord en sens contraire avant que ne débute l'étape d'obtention des preuves.¹²⁸⁹ Le droit colombien soumet l'examen des preuves à l'ensemble des membres du tribunal. Les arbitres ne peuvent pas commissionner un juge étatique pour l'obtention d'une preuve.

Le Conseil d'Etat a jugé que l'omission ou le rejet du Tribunal arbitral quant aux preuves demandées par les parties ne constitue pas une cause d'annulation. L'annulation n'a lieu que lorsque l'incidence de l'omission est si importante qu'elle est susceptible de changer le résultat de la sentence arbitrale, et, lorsque les parties ont préalablement contesté l'omission du Tribunal.¹²⁹⁰ En conséquence, le Tribunal arbitral est autonome dans l'appréciation des preuves ;¹²⁹¹ les parties ne peuvent pas mettre en cause par un recours en annulation, les conclusions tirées

¹²⁸⁶ *Décret 1818 de 1998. Article 147-3.*

¹²⁸⁷ *Décret 1818 de 1998. Article 151.*

¹²⁸⁸ *Décret 1818 de 1998. Article 153.* (article 252 du Code de procédure civile).

¹²⁸⁹ *Décret 1818 de 1998. Article 146.* Si le Tribunal arbitral déclare sa compétence sur le litige, il est tenu d'en informer le juge afin qu'il ordonne la suspension de la procédure. Celle-ci reprendra seulement si la procédure arbitrale ne conclut pas par une sentence arbitrale valable. Le président du Tribunal doit donc informer le juge de l'issue de la procédure arbitrale.

¹²⁹⁰ *Caracol Televisión S.A vs. Comisión Nacional de Televisión, 22195.*, Conseil d'Etat, Mauricio Aldana vs. Municipio de Chaparral, 27164, (24-02-2005).

¹²⁹¹ *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporación Autónoma Regional del Cauca, 21217.*, *Comisión Nacional de Televisión vs. Proyectamos Televisión, 31887.*

par les arbitres des preuves, ni saisir le juge de l'annulation au prétexte de soulever un nouveau débat probatoire.¹²⁹²

782. **La sentence arbitrale.** Une fois clôturé le débat, le tribunal ordonne une audience pour que les avocats des parties présentent leurs plaidoiries. Ensuite, le tribunal fixe la date de l'audience au cours de laquelle il rendra la sentence arbitrale.¹²⁹³ La sentence doit être votée par une majorité des arbitres. Les arbitres qui présentent une opinion dissidente doivent la motiver dans un écrit séparé de la sentence arbitrale. Celui-ci est cependant tenu de signer la sentence arbitrale. Son refus implique la perte de 50% de ses honoraires.¹²⁹⁴

Les parties peuvent demander aux arbitres de clarifier, de compléter ou de corriger la sentence. Les arbitres peuvent aussi corriger d'office les erreurs arithmétiques avant que le délai de contestation de la sentence ne soit écoulé.¹²⁹⁵

La procédure arbitrale se déroule dans une seule instance. En conséquence, en Colombie, la sentence arbitrale n'est pas susceptible de recours en appel.¹²⁹⁶ La décision des arbitres est définitive. Elle ne peut être mise en cause que par un recours en annulation. Ce recours en annulation ne peut être exercé que pour faire valoir des erreurs *in procedendo*.¹²⁹⁷

783. **Le renvoi du droit commun de l'arbitrage au Code de procédure civile.** Le décret 1818 de 1998 dresse les règles applicables à la procédure arbitrale. Il renvoie à l'application du Code de procédure civile pour : le droit des parties à l'« *amparo de pobreza* »¹²⁹⁸ ; les règles de présentation de la demande

¹²⁹² Conseil d'Etat, Estella Montes Herrera vs. Corporación Autónoma Regional de Risaralda, 22012, (04-07-2002). *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051. Conseil d'Etat, Consorcio Delgado Rojas Chavarro vs. Departamento del Huila, 17797, (18-05-2000).

¹²⁹³ La sentence est publique. Le président du Tribunal ordonne le dépôt d'une copie chez le notaire.

¹²⁹⁴ *Décret 1818 de 1998. Article 158.*

¹²⁹⁵ *Décret 1818 de 1998. Article 160.*

¹²⁹⁶ Voir n° 33, 895, 898 et 969.

¹²⁹⁷ Voir n° 899 et s.

¹²⁹⁸ Aide juridique accordée aux plus démunis et qui vise à garantir l'effectivité de l'accès à la justice, y compris à l'arbitrage (article 128 du décret 1818 de 1998). Voir à ce propos n° 498.

arbitrale et de sa réponse¹²⁹⁹ ; l'audience de conciliation,¹³⁰⁰ l'intervention des tiers à la procédure arbitrale¹³⁰¹ ; les droits et devoirs des arbitres et l'administration de la preuve¹³⁰² et, enfin, la demande de clarification, de complément ou de rectification de la sentence arbitrale.¹³⁰³

L'article 197 du même décret établit, quant à lui, la primauté de la loi sur l'arbitrage international (Loi 315 de 1996) et des conventions internationales relatives à l'arbitrage international sur les dispositions du Code de procédure civile. Cet article met en exergue la liberté des parties pour déterminer aussi bien les règles substantielles pour résoudre les litiges soumis à l'arbitrage international que les règles applicables à la procédure arbitrale.

Si le décret renvoie au Code de procédure civile, ce renvoi ne suffit pas à résoudre les problèmes procéduraux soulevés au cours d'une instance arbitrale en matière de contrats publics. Il convient donc d'analyser les solutions apportées par la jurisprudence administrative afin de déterminer si le régime juridique applicable à l'arbitrage des contrats publics se différencie vraiment de celui applicable aux arbitrages dans d'autres matières.

§2. L'application subsidiaire du Code de procédure contentieuse administrative

784. **Sur les règles substantielles de la procédure.** Nous avons vu que le juge arbitral n'appartient pas à la juridiction administrative.¹³⁰⁴ Mais, le Conseil d'Etat a jugé que la justice arbitrale remplace la juridiction administrative.¹³⁰⁵ La justice

¹²⁹⁹ *Code de procédure civile. Articles 428, 430.*

¹³⁰⁰ *Code de procédure civile. Article 432.*

¹³⁰¹ *Décret 1818 de 1998. Article 150 et 155.*

¹³⁰² *Décret 1818 de 1998. Article 151.*

¹³⁰³ *Décret 1818 de 1998. Article 160.*

¹³⁰⁴ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA, 16973.*

¹³⁰⁵ *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care, 37004. Consortio L&A vs. IDU, 33795.*

arbitrale agit donc comme *équivalent juridictionnel*¹³⁰⁶ de la juridiction administrative.¹³⁰⁷

Le déroulement de l'instance juridictionnelle administrative présente pourtant des différences substantielles avec l'instance arbitrale. Si un litige peut être tranché aussi bien par la justice étatique que par l'arbitrage, l'intérêt de choisir l'un ou l'autre réside dans l'application d'un mécanisme procédural différent.¹³⁰⁸ Nonobstant, nous voulons insister « *sur le fait que certaines règles fondamentales de la procédure sont, elles-mêmes, substantielles et non procédurales. Elles sont fondées d'abord sur un pari en la raison, c'est-à-dire sur l'idée qu'il est bon d'être rationnel ; ce n'est qu'ensuite qu'elles s'appuient valablement sur une théorie du langage.* »¹³⁰⁹

785. Ainsi, si le législateur fixe des délais précis pour l'exercice du droit d'action, ces délais sont fixés en fonction de la nature de l'action, civile, commerciale ou administrative. Il garantit par cette voie la stabilité des situations juridiques. Si les parties n'exercent pas leur action dans les délais légaux, la conséquence est l'irrecevabilité du recours.

La forclusion ferme tout débat juridictionnel que ce soit devant la juridiction administrative ou devant la justice arbitrale, qu'il s'agisse d'une affaire en matière civile, commerciale ou administrative.

786. **L'action contractuelle devant la justice arbitrale.** L'action contractuelle, qui équivaut en droit français au recours de pleine juridiction, est une action de nature administrative.¹³¹⁰ Or, l'absence de règle à propos des délais pour l'exercice des actions devant les arbitres a conduit à des interprétations différentes. La question que nous devons nous poser est donc celle de savoir quelles sont les

¹³⁰⁶ Sur la théorie de l'équivalent juridictionnel appliqué à l'arbitrage voir : ALVARO SALCEDO FLOREZ. *En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje*, Revista Análisis Internacional. 2. (2010). 147-154.

¹³⁰⁷ *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564.

¹³⁰⁸ Cour constitutionnelle, C-384/00, (05-04-2000).

¹³⁰⁹ PHILIPPE COPPENS. *Normes et fonction de juger*. Op. cit. p.112.

¹³¹⁰ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 87.*

règles applicables à la mise en œuvre d'une action de nature administrative, compte tenu que la justice arbitrale opère selon le régime juridique du droit commun de l'arbitrage.

Jorge Hernan Gil et certains tribunaux arbitraux considèrent que dans la mesure où le régime de l'arbitrage n'a fixé aucun délai de forclusion de l'action, le délai applicable est celui prévu par le Code civil.¹³¹¹ Jorge Hernan Gil estime que la nature spéciale et autonome du régime de l'arbitrage ne permet de l'assimiler à aucune procédure prévue par le Code de procédure civile ou par le Code de procédure contentieuse administrative.¹³¹² Or, les différences entre l'application de l'un ou de l'autre des régimes sont importantes : le Code civil fixe un terme de dix ans pour l'exercice des actions auxquelles la loi n'a pas donné un délai d'exercice spécifique, alors que le Code contentieux administratif fixe un délai maximal de cinq ans pour l'exercice du droit d'action.

Nous ne pouvons pas adhérer à l'opinion de M. Gil. Si les parties au litige ont le droit de choisir leur juge en matière de contrats publics, ils ne peuvent pas pour autant bénéficier de privilèges en matière de délais lorsqu'ils choisissent la voie arbitrale. Cette situation créerait un déséquilibre injustifié en faveur de ceux qui choisissent l'arbitrage car ils bénéficieraient de délais de forclusion plus longs que dans l'instance juridictionnelle.

Nous sommes, en réalité, pour reprendre l'analyse de Philippe Coppens, devant une règle substantielle de procédure qui garantit l'égalité des parties dans l'exercice de leurs droits, qu'ils soient exercés devant la juridiction administrative ou devant la justice arbitrale. Le juge arbitral doit prendre en considération les délais fixés par la loi pour l'exercice de chaque action. Ce qui doit prévaloir, selon nous, c'est le fond du droit appliqué par l'arbitre ; en l'occurrence les règles applicables aux contrats publics.

¹³¹¹ Tribunal arbitral, Iprocoms Ltda. vs. Invias, (29-06-1999). Tribunal arbitral, Fresenius Medical Care vs. Hospital el Tunal, (19-05-2009). Ces Tribunaux considèrent également que les délais prévus par le Code de procédure contentieuse administrative ne sont pas applicables dans l'instance arbitrale.

¹³¹² JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI. Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá. (2010). p.387 et ss.

787. Si le recours à l'arbitrage est le choix d'un mécanisme procédural spécifique, l'action administrative ne change pas pour autant de nature lorsqu'elle s'exerce devant la justice arbitrale. La juridiction administrative a confirmé que la justice arbitrale agit en lieu et place de la juridiction administrative : l'action exercée lorsque les parties au contrat public saisissent le Tribunal arbitral est l'action contractuelle (article 87 et 136 du Code de procédure contentieuse administrative).¹³¹³ Le délai de deux ans fixé par l'article 136 du Code de procédure contentieuse administrative est une norme procédurale, impérative et d'ordre public. Le Conseil d'Etat considère que le juge est tenu de déclarer d'office la forclusion lorsqu'il la constate. Les parties au litige ne peuvent pas négocier les délais de forclusion de l'action, une convention d'arbitrage dans ce sens est viciée comme portant sur un objet illicite.¹³¹⁴

L'article 136 du Code de procédure contentieuse administrative fixe le délai pour l'exercice de l'action contractuelle. Les parties et le Tribunal arbitral sont donc tenus de le respecter. Si la partie défenderesse soulève l'exception de forclusion de l'action, le Tribunal doit résoudre cette exception dans la sentence arbitrale.¹³¹⁵

788. Le Conseil d'Etat estime que « le régime juridique de l'arbitrage est construit par l'intégration des régimes procéduraux en vigueur, dont l'harmonisation adéquate garantit un procès équitable pour les parties au litige. »¹³¹⁶ L'arbitrage des contrats publics est soumis aux règles juridiques en vigueur, or le décret 1818 de 1998 ne règle pas tous les cas de figure. Sont ainsi applicables dans le procès arbitral, en premier lieu, les règles propres à l'arbitrage et celles qui renvoient de manière expresse à certaines dispositions du Code de procédure civile, en second lieu, les règles du Code de procédure contentieuse

¹³¹³ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871. *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004. Dans le sens invers: Tribunal arbitral : *Fresenius Medical Care vs. Hospital el Tunal*.

¹³¹⁴ *Consortio LAR vs. IDU*, 32871.

¹³¹⁵ Conseil d'Etat, *Iprocons Ltda. vs. Invias*, 17028, (10-08-2000). *Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia CORANTIOQUILA - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda.*, 32514. *Consortio LAR vs. IDU*, 32871. *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051. *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004.

¹³¹⁶ Tribunal arbitral: *Fresenius Medical Care vs. Hospital el Tunal*.

administrative relatives à l'exercice de l'action contractuelle,¹³¹⁷ et, enfin, les autres règles du Code de procédure civile pour tout ce qui n'a pas été réglé par le Code de procédure contentieuse administrative en vertu du mandat de l'article 267.¹³¹⁸

Ce n'est donc pas parce que le régime applicable à l'arbitrage des contrats publics est le régime de droit commun, que les règles procédurales rattachées à ce régime sont seulement celles du droit privé.

789. Il convient également de remarquer que le Conseil d'Etat a jugé que si la loi 1285 de 2009 exige la conciliation extra-juridictionnelle comme condition préalable à l'exercice de l'action devant la juridiction administrative, cette disposition n'est pas applicable à la procédure arbitrale. En effet, le régime de l'arbitrage contient une règle spécifique quant à la conciliation dans l'instance arbitrale.¹³¹⁹ *Les règles contenues expressément dans le régime de l'arbitrage prévalent sur les autres règles en raison de leur spécialité.*

790. **La décision arbitrale sur la forclusion de l'action contractuelle.** Le Tribunal se prononce sur la forclusion dans la sentence arbitrale.¹³²⁰ Or, si la forclusion ferme tout débat juridictionnel, les arbitres peuvent être réellement investis par des parties auxquelles la loi oppose la forclusion ? Quels sont les recours disponibles à l'encontre du rejet par le Tribunal de l'exception de forclusion ? Est-ce que ce refus peut constituer une cause d'annulation de la sentence arbitrale ?

¹³¹⁷ Le Tribunal arbitral remplace la juridiction administrative dans sa fonction (le Tribunal est donc un équivalent juridictionnel) : *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564.

¹³¹⁸ Les procédures juridictionnelles engagées après l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993 sont soumises aux dispositions de la loi : *Sociedad Non Plus Ultra S.A. vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá*, 12387. L'article 77 de la loi 80 de 1993 dispose qu'à défaut de règles spéciales concernant la procédure administrative, les règles du Code de procédure civile sont applicables : *Inco vs. Coviandes*, 34239.

¹³¹⁹ Conseil d'Etat (Auto), Carlos Andrés Chinchilla Roza Vs. Nación Ministerio del Interior y Justicia, 37003, (25-11-2009). Il rejette la demande de suspension provisoire du décret, mais insiste sur le fait que la norme attaquée n'est pas applicable à l'instance arbitrale.

¹³²⁰ *Iprocons Ltda. vs. Invias*, 17028. *Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia CORANTIOQUILA - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda.*, 32514.

Le Conseil d'Etat annule dans un premier temps une sentence arbitrale parce qu'en raison de la forclusion de l'action, les arbitres ont jugé un litige qui n'était plus arbitral. Les arbitres ont agi sans compétence et sans juridiction.¹³²¹

Avec cette décision le Conseil change l'orientation de sa jurisprudence. Toutefois, il précise que la situation est différente lorsque le Tribunal déclare dans la sentence arbitrale la forclusion d'office ou à pétition d'une des parties. Dans ce dernier cas le Conseil d'Etat ne peut pas, en instance d'annulation, réviser les considérations des arbitres car il s'agit d'une question *in judicando*.¹³²²

791. Dans un second temps, le Conseil d'Etat juge que la forclusion de l'action ne peut pas entraîner l'annulation de la sentence arbitrale car il s'agit d'une question *in judicando*.¹³²³

Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé d'abord d'annuler la sentence arbitrale parce que les arbitres étaient incompétents en raison de la forclusion de l'action¹³²⁴ ; mais, ensuite, le Conseil ne vérifie pas si la forclusion faisait obstacle à la compétence des arbitres.¹³²⁵ Il est assez étonnant que le Conseil d'Etat change de position entre février et août 2010. Une unification de la jurisprudence administrative est donc souhaitable. Il est nécessaire que les arbitres appliquent rigoureusement les délais de forclusion de l'action administrative, d'office ou à la demande d'une des

¹³²¹ *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004. (18-02-2010).

¹³²² Le Conseil d'Etat différencie deux hypothèses différentes : d'abord « si la forclusion a eu lieu, le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour trancher le litige. Le juge de l'annulation doit donc le vérifier s'il y a lieu, et dans ce cas déclarer l'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de compétence des arbitres » ; ensuite, il juge que « si la forclusion de l'action est déclarée par le Tribunal arbitral dans la sentence arbitrale, cette décision correspond à un sujet *in judicando*. Le Conseil d'Etat n'a donc pas de compétence pour l'annuler » : *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004.

¹³²³ *Iprocons Ltda. vs. Invias*, 17028. Conseil d'Etat, *Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom*, 35288, (10-06-2009). *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051. (23-08-2010). Cependant, la solution est différente lorsque la partie défenderesse soulève l'exception et que les arbitres ne décident pas à ce propos. La sentence sera alors annulable, mais seulement, parce que le tribunal a rendu une sentence *minima petita*. *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051.

¹³²⁴ *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004.

¹³²⁵ *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051. (23-08-2010).

parties, mais encore que le Conseil d'Etat arrête une position définitive sur ce point, et ce, afin de garantir la stabilité des sentences arbitrales.

*

* *

792. L'autonomie de la volonté de l'administration se manifeste dans la décision de se soumettre à l'arbitrage, la détermination du domaine arbitral et la nomination des arbitres. Si la liberté contractuelle de l'administration a été limitée en 2009 quant au choix de la procédure arbitrale, cette restriction n'est applicable qu'en matière d'arbitrage interne ; l'autorisation de l'arbitrage institutionnel et *ad hoc*, contenue dans les traités internationaux, reste encore intacte. En cas de conflit dans l'interprétation des normes, les opérateurs juridiques ont le devoir d'appliquer la règle qui s'adapte le mieux au respect des obligations internationales de la Colombie.

Si une plus grande flexibilité de la procédure arbitrale serait souhaitable en matière de contrats publics, nous ne pouvons pas ignorer que l'existence d'une procédure préétablie, laquelle a fait ses preuves, rassure les personnes publiques. Elle garantit la transparence et la prévisibilité de la procédure arbitrale.

Les arbitres décident sur leur propre compétence. Si la juridiction administrative saisie, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, applique la règle *qui prior est tempore potior est jure*, le juge constitutionnel a déjà fait valoir le principe *kompetenz-kompetenz* à l'occasion d'une action de *tutela*.¹³²⁶ L'arbitre est donc souverain dans l'appréciation de sa propre compétence. Cette position du juge constitutionnel permettra d'éviter des conflits de compétence entre la justice arbitrale et la juridiction administrative.

Les règles applicables à l'instance arbitrale sont celles du droit commun de l'arbitrage. Cependant, à défaut de dispositions expresses dans le régime juridique de l'arbitrage, les règles substantielles de procédure du Code de procédure

¹³²⁶ Voir n° 645.

administrative, telles que celles qui fixent la forclusion de l'action, s'appliquent de manière subsidiaire.

Conclusion du premier titre

793. L'application du régime de droit commun à l'arbitrage des contrats publics ne heurte pas les principes du droit public. Ils coexistent pour garantir les droits procéduraux des parties. L'arbitrage est un instrument contentieux. S'il constitue une forme d'administration de la justice, la technique de la justice étatique ne peut pas être transposée à l'arbitrage car son origine et son développement sont tout à fait différents. Certes, le Conseil d'Etat affirme que la convention d'arbitrage est un contrat public et qu'en matière de contrats publics la justice arbitrale remplace la juridiction administrative. Mais, cette substitution n'opère que par rapport au litige qui est soumis à l'arbitrage. Elle ne concerne, ni l'organisation de la juridiction administrative, ni les méthodes du juge administratif.

Les arbitres ont les mêmes devoirs et pouvoirs que les juges étatiques. Mais ces devoirs et pouvoirs ne sont que ceux qui concernent sa fonction d'administration de la justice. Qu'il s'agisse d'un litige concernant le droit public ou le droit privé, l'arbitre doit garantir les mêmes droits aux parties. Il doit le résoudre selon les éléments de fait prouvés au cours de l'instance arbitrale.

Les règles applicables à l'arbitrage des contrats publics sont celles qui résultent du régime du droit commun de l'arbitrage. L'adaptation du régime de l'arbitrage à l'arbitrage des contrats publics ne vise en conséquence que deux situations : d'une part, la justice arbitrale ne remplace la juridiction administrative que dans les limites des compétences attribuées aux arbitres par la loi. Autrement dit, le contentieux soumis aux arbitres ne concerne que les droits litigieux disponibles résultants des contrats publics. Il s'agit donc d'un contentieux subjectif. Les actes édictés par l'administration en raison de ses facultés exceptionnelles ne rentrent pas dans le domaine de compétence de l'arbitre. Il s'agit d'un contentieux objectif qui échappe à la compétence des arbitres. L'arbitre est en conséquence le juge des litiges disponibles de l'administration. Les litiges liés aux actes « réellement »

administratifs, pour reprendre les termes du Conseil d'Etat, ne pourront entrer dans le domaine de compétence des arbitres qu'en ce qui concerne leurs aspects disponibles. Autrement dit, même si les actes administratifs unilatéraux sont édictés au cours d'une opération contractuelle, ils sont inarbitrables.

D'autre part, le droit contentieux administratif ne s'intègre au régime de l'arbitrage qu'en ce qui concerne la nature substantielle du litige. Une action contractuelle ne peut pas changer de nature en raison du choix de l'arbitrage par l'administration. Si le litige concerne un contrat « public », la nature de l'action est également publique. Le régime contentieux administratif ne s'applique que de manière subsidiaire parce qu'il est lié au fond du litige.

DEUXIÈME TITRE. L'ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS EST-IL VÉRITABLEMENT EFFICACE OU SIMPLEMENT EFFECTIF ?

794. Les arbitres peuvent résoudre le litige à travers une sentence arbitrale et ce grâce à la mission juridictionnelle qui leur est octroyée par les parties. Or, ce n'est pas parce que les parties ont consenti à l'arbitrage et nommé leurs propres arbitres, que la sentence arbitrale leur paraît toujours acceptable : la sentence arbitrale peut ne pas toujours satisfaire leurs intérêts ; plus encore, d'un point de vue juridique, elle peut leur paraître inadaptée au résultat escompté.

795. **Le droit au recours.** L'arbitre (en tant que juge), pas davantage que le juge étatique, n'est infaillible. La loi prévoit le droit au recours contre les actes des arbitres afin de garantir aux parties un jugement juste. Cependant, de tels recours constituent assez souvent des pratiques dilatoires utilisées par les parties pour se soustraire à l'accomplissement des jugements qui les condamnent. Le droit prévoit des sanctions contre ces pratiques, mais celles-ci se heurtent aux stratégies que les avocats déploient pour fonder leurs recours. Comment mesurer dès lors l'efficacité et/ou l'effectivité de ces arbitrages ?

796. Pour répondre à cette question il faut d'abord préciser dans quel sens et dans quel contexte nous circonscrivons ces termes.¹³²⁷

¹³²⁷ L'utilisation des termes efficacité et effectivité est assez courante en droit. Plusieurs études traitent l'application de ces termes liés à des disciplines juridiques différentes : Voir entre autres : JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. *Acto Administrativo procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición ed. (1994) ; EMMANUEL GAILLARD. *Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et Autonomie d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dependant d'eux*, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, (2004), Sous la direction de Pingel, Isabelle, 119 - 127. ; *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Sous la direction de: RAFAEL BERNAL GUTIERREZ. YVES DERAÏNS. FERNANDO MANTILLA

L'efficacité et l'effectivité. *L'efficacité* est définie par le portail lexical du Centre national de ressources textuelles et lexicales¹³²⁸ comme le caractère de ce qui est efficace. Ce mot est défini, à propos d'un être inanimé abstrait ou concret, comme ce qui produit, dans de bonnes conditions et sans autre aide, l'effet attendu.

Pour reprendre cette définition à notre compte, il faut observer ce que les parties attendent de l'arbitrage pour pouvoir en évaluer le résultat. Les parties qui soumettent leur litige à l'arbitrage attendent une sentence arbitrale valable, rendue dans les délais prévus par la loi ou ceux définis par les parties au litige, qui tranche de manière définitive le litige, et dont l'exécution est réalisée de manière volontaire.

L'effectivité est définie comme le caractère de ce qui est effectif, c'est à dire qui produit un effet réel.¹³²⁹ Au sens formel, une règle est effective lorsqu'elle est applicable, ou en vigueur : elle produit ses effets juridiques sur l'acte ou le fait considéré. Mais au sens matériel, celui qui nous intéresse dans cette étude, la même expression s'emploie pour évoquer « la mise en œuvre » ou « la mise en pratique » de la norme.¹³³⁰ « *La notion d'effectivité exprime, du point de vue juridique, la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité et une règle ou une certaine situation juridique* ». ¹³³¹

SERRANO. Universidad del Rosario y Cámara de comercio de Bogotá (2010) ; RACHID FIALI MEKNASSI. L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement : une grille d'analyse (Organisation international du Travail - Institut international d'études sociales 2007) ; L'efficacité économique en droit. Sous la direction de: SYLVAIN BOLLEE. YVES MARIE LAITHIER. CÉCILE PERES. Economica (2010) ; YVES MARIE LAITHIER. *le droit comparé et l'efficacité économique*, in Revue de Droit Henri Capitant. (01-10-2011) consulté le: 31-08-2011. ; TOUSCOZ, JEAN. Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris, LGDJ. (1964) ; PIERRE LASCOURMES, EVELYNE SERVERIN. *Théories et pratiques de l'effectivité du Droit*, Droit et Société, 2, 127-150 (1986).

¹³²⁸ <http://www.cnrtl.fr/definition/efficace>.

¹³²⁹ <http://www.cnrtl.fr/definition/effectif>.

¹³³⁰ GÉRARD CORNU. Association Henry Capitant (1995), Ed., Temis. Voir également l'analyse du terme fait par RACHID FIALI MEKNASSI. *Op. cit.*

¹³³¹ JEAN TOUSCOZ. *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*. *Op. cit* p.2. Pour Yan LEROY « *cette notion est alors définie comme la production par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit, qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, d'effets prévus ou non, désirés ou non, immédiats ou différés.* » Droit et société, n° 79, p. 715.

797. Les termes efficacité et effectivité peuvent paraître semblables : leur dénominateur commun est la production d' « effets ». Nonobstant, si l'efficacité fait référence aux effets « attendus », l'effectivité se circonscrit aux effets « réels » : « *Les effets du droit peuvent être la conséquence, soit de la loi elle-même, soit des actes de mise en œuvre de la loi.* »¹³³²

798. **L'efficacité et/ou l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics.** L'arbitrage des contrats publics ne peut produire les effets « attendus » ni les effets « réels », lorsqu'il ne se déroule pas selon les conditions de validité déterminées de manière spécifique par la loi 80 de 1993 et de manière générale par le régime de droit commun de l'arbitrage.

799. En conséquence, nous allons analyser dans quelles conditions la sentence arbitrale, en tant qu'acte juridictionnel valable, produit l'effet « attendu », c'est-à-dire son exécution volontaire et par là-même la satisfaction du droit. Il convient donc de remarquer que si le droit colombien prévoit des instruments qui garantissent la production des effets « réels » de la sentence (deuxième chapitre), il faut bien que les parties veillent sur le respect des conditions de validité tout au long de l'instance arbitrale à travers des instruments de contrôle que l'ordre juridique met à leur disposition. Ceci afin d'obtenir les effets attendus de l'arbitrage. (premier chapitre).

¹³³² CHRISTOPHE MINCKE. Efficacité, efficience et légitimité démocratique du Ministère Public. Quand l'arbre cache la forêt, Presses Universitaires de Louvain. (2002). p.26.

Premier chapitre. L'efficacité et l'effectivité de la sentence arbitrale

800. La sentence arbitrale est le résultat d'un acte de confiance des parties au litige envers les arbitres. Elles leur font confiance en raison de leur qualification sur la matière objet du litige et espèrent obtenir, non seulement une sentence arbitrale rendue dans le délai, mais également une sentence obligatoire qui tranche définitivement le litige. Or, pour qu'elle soit obligatoire, il faut bien qu'elle réunisse certaines conditions de validité.

801. Ainsi, *la constitution du Tribunal arbitral* est particulière et spécifique au litige qui va être tranché. La loi fixe les conditions nécessaires à la constitution du Tribunal dans le silence des parties.¹³³³ En tout état de cause, la mission du Tribunal en matière de contrats publics ne peut être exercée que dans le cadre fixé par la loi et par la volonté des parties.

802. Contrairement à la justice étatique, l'arbitrage a un caractère temporaire. Nonobstant, tant le juge que l'arbitre sont dessaisis de leur compétence une fois qu'ils ont rendu la sentence qui tranche le litige pour lequel ils ont été saisis. Si la compétence de la juridiction étatique est permanente, le juge ne peut pas revenir sur un litige qu'il a déjà tranché et seule une autre instance juridictionnelle étatique pourra être, éventuellement, saisie par la voie d'un recours contre la décision rendue. C'est donc seulement la structure juridictionnelle de l'Etat qui est permanente.¹³³⁴

¹³³³ *Décret 1818 de 1998. Article 163.* La sentence arbitrale peut être annulée en raison de « la constitution irrégulière du Tribunal arbitral, si ceci a été mis en exergue par celui qui prétend attaquer la sentence en annulation ».

¹³³⁴ La Cour constitutionnelle a relevé à ce propos que « [...] la nature même de l'arbitrage détermine son caractère temporaire car les arbitres sont désignés par les parties au litige afin de résoudre un litige spécifique. Si ce n'était pas ainsi, il y aurait une juridiction parallèle à la

803. *Le délai pour rendre la sentence arbitrale.* . Les arbitres doivent rendre la sentence dans le délai prévu par les parties ou à défaut dans le délai prévu par la loi. Comme elle ne peut se prolonger indéfiniment, la mission du Tribunal prend fin lorsqu'il rend la sentence arbitrale.¹³³⁵

804. La sentence arbitrale est l'acte juridictionnel qui tranche le litige et par lequel l'instance arbitrale se termine. La mission octroyée par les parties aux arbitres prend donc fin avec la sentence arbitrale.

Toutefois, la loi des contrats publics confère des pouvoirs spécifiques aux arbitres. Elle prévoit la possibilité de prolonger de moitié le délai accordé par les parties ou fixé par la loi pour rendre la sentence arbitrale.¹³³⁶ Il convient de préciser que cette possibilité n'est applicable qu'aux litiges découlant d'un contrat public soumis au régime juridique de la loi des contrats publics. La jurisprudence du Conseil d'Etat a dénié une telle faculté aux arbitres lorsque le régime juridique applicable au contrat public est exclusivement de droit privé.¹³³⁷

Le retard des arbitres pour rendre la sentence arbitrale n'a pas été sanctionné par le Conseil d'Etat entre 1993 et 2007. Un tel moyen ne faisait pas partie des motifs d'annulation de la sentence arbitrale en matière de contrats publics.¹³³⁸ Qui plus

juridiction qui affaiblirait la structure de l'Etat » *C-330/00*. « L'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être confiée de manière permanente aux arbitres [...] En conséquence, toutes les matières qui sont de la compétence des juges étatiques ne peuvent être objet d'arbitrage. [...] les restrictions légales à l'arbitrage démontrent qu'il n'est pas possible qu'il se substitue à la juridiction étatique » *T-057/95*.

¹³³⁵ Conseil d'Etat, Avis, Ministerio del Interior, 1408 (25-04-2002). *C-060/01*.

¹³³⁶ *Loi 80 de 1993. Article 70. Quatrième alinéa.* Les arbitres peuvent prolonger la durée du tribunal jusqu'à la moitié de celui accordé initialement ou de celui légalement établi, si cela est nécessaire pour rendre le jugement.

¹³³⁷ Conseil d'Etat, Banco de la República vs. Rojas y Asociados, 36838, (17-03-2010).

¹³³⁸ *Loi 80 de 1993. Article 72. Telecom vs. Nortel Networks de Colombia*, 20634. Conseil d'Etat, Telecom en liquidación vs. Bellco comunicaciones, 29476, (08-06-2006). *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051.

est, le Conseil d'Etat a affirmé à maintes reprises que la sentence arbitrale rendue hors délai ne va pas à l'encontre du procès équitable.¹³³⁹

En 2007, le législateur a décidé d'étendre l'application des causes d'annulation du régime du droit commun de l'arbitrage à l'arbitrage des contrats publics. Ce n'est qu'à partir de l'entrée en vigueur de cette loi que le Conseil d'Etat tient compte d'un tel motif d'annulation.¹³⁴⁰

Ainsi, le terme prévu par la loi, à défaut de disposition expresse des parties, est de 6 mois. Ce délai court à partir du moment où les arbitres déclarent leur compétence sur l'affaire. Cependant, il convient de remarquer qu'avant que les arbitres rendent la sentence, de multiples suspensions du délai peuvent être décrétées par les arbitres ou décidées par les parties.

C'est dans un tel contexte que nous avons voulu analyser le délai réel de la procédure arbitrale à partir de la présentation de la demande arbitrale et jusqu'à la sentence. Cette analyse est basée sur les informations recueillies de 103 sentences arbitrales consultées (source directe) et dans 97 décisions d'annulation du Conseil d'Etat (source indirecte). Ainsi, 156 affaires sur 200 sont renseignées sur ce point, et il apparaît que 132 d'entre elles, soit 85% ont été rendues dans un délai inférieur à 24 mois.¹³⁴¹

¹³³⁹ Voir par exemple : Conseil d'Etat, *Consortio Jose Mauricio Andrade Monje - Departamento del Huila vs. Departamento del Tolima*, 20129, (20-06-2002) ; *Telecom vs. Nortel Networks de Colombia*, 20634.

¹³⁴⁰ Parmi les décisions d'annulation analysées, c'est seulement dans une sur quatre-vingt-dix-sept que les parties ont fondé leur demande d'annulation sur ce motif d'annulation. Mais la demande a été rejetée : *Banco de la República vs. Rojas y Asociados*, 36838. Voir annexe n° 3, tableau n° 8.

¹³⁴¹ 8 sentences (5%) ont été rendues dans un délai inférieur à 6 mois, 34 (22%) dans un délai de 7 à 12 mois, 53 (34%) dans un délai de 13 à 18 mois, 37 (24%) dans un délai de 19 à 24 mois, 10 (6%) dans un délai de 25 à 30 mois, 14 (9%) dans un délai de plus de 31 mois. Nous n'avons pas obtenu les informations nécessaires pour calculer la durée dans 44 cas (22%). Voir annexe n° 5, tableau n° 5.

805. *L'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.* La sentence arbitrale, en tant que décision juridictionnelle est naturellement dotée en Colombie de deux attributs : l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.¹³⁴²

L'autorité de la chose jugée est définie comme l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale.¹³⁴³ La force exécutoire est, quant à elle, la qualité de l'acte qui permet qu'il soit exécuté, au besoin, *manu militari*.¹³⁴⁴ Nonobstant, si en France la sentence arbitrale est revêtue de l'autorité de la chose jugée, il n'en va pas de même en ce qui concerne sa force exécutoire. Charles Jarrosson explique à cet égard qu'« *en conférant la force exécutoire à un acte, le juge, à l'instar des autres titulaires de l'imperium, ne dit pas le droit, mais ordonne en vertu d'un pouvoir que la loi lui confère. La force exécutoire relève donc de l'imperium merum, de cet imperium à l'état pur qui ne pourra jamais appartenir à l'arbitre et qui justifie pour les sentences, la nécessité de recourir au juge de l'exequatur.* »¹³⁴⁵ La sentence arbitrale est en France un acte juridictionnel privé qui requiert une procédure d'exequatur pour être exécuté.¹³⁴⁶

¹³⁴² L'article 228 de la constitution dispose que les actes juridictionnels sont publics. Sur les effets de la sentence arbitrale voir : Cour constitutionnelle, T-790/10, (01-10-2010). Conseil d'Etat, Iprocons Ltda. vs. Invias, 17028, (10-08-2000). Conseil d'Etat, IDU vs. Consorcio Jorge A Torres - Alvaro Rivera, 7215, (04-06-1993). Conseil d'Etat, Sociedad World Parking vs. IDU, 20467, (07-02-2002). conseil d'Etat, Construcciones Axioma Ltda. vs. INVIAS, 23757, (13-11-2003). Conseil d'Etat, Inco vs. Coviandes, 34239, (28-01-2009).

¹³⁴³ GÉRARD CORNU. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant (2011), Ed., Puf. p. 108.

¹³⁴⁴ Voir à ce propos : HERVÉ CROZE. *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique*, La semaine juridique - Edition générale, 40, act. 581, (01-10-2008). THIERRY LE BARS. *Autorité positive et autorité négative de chose jugée*, Procédures, 8, étude 12 (Août 2007). YVES-MARIE SERINET. *Pour une détermination plus sûre de l'autorité de la chose jugée*, La Semaine Juridique Edition Générale, 19, II 10077 (06-05-2009). CHARLES JARROSSON. *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, Procédures, 8, étude 17 (Août 2007).

¹³⁴⁵ CHARLES JARROSSON. *Réflexions sur l'imperium*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), 245 - 279. Spéc. n° 58 p. 269.

¹³⁴⁶ *Code de procédure civile. Article 1487.* La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

En Colombie, les arbitres exercent une fonction publique d'administration de la justice.¹³⁴⁷ Ils agissent au nom de l'Etat, en exercice d'une compétence que ce dernier leur attribue. Ils administrent la justice dans l'affaire qui leur a été soumise dans l'intérêt supérieur de l'ordre juridique. Ils définissent le droit applicable à cette affaire après avoir constaté les faits et en avoir attribué une conséquence juridique. Leurs actes ont l'autorité de la force de la chose jugée.¹³⁴⁸ La sentence arbitrale est donc un acte juridictionnel revêtu des mêmes attributs que les décisions des juges étatiques.¹³⁴⁹ Ainsi, même si les arbitres sont des juges privés qui exercent une fonction publique temporaire, ils possèdent d'une part la *jurisdictio* qui leur permet de trancher le litige et de conférer à la sentence arbitrale l'autorité de la chose jugée¹³⁵⁰ et, d'autre part, l'*imperium* nécessaire pour revêtir la sentence de la force exécutoire.¹³⁵¹ En conséquence, les arbitres apposent la formule exécutoire : « Au nom de la République de Colombie et par autorité de la loi ». ¹³⁵² Les parties peuvent donc recourir à l'exécution forcée du jugement sans avoir besoin de recourir au juge de l'exequatur.¹³⁵³ Il en va, cependant, autrement pour les sentences arbitrales internationales. Si les arbitres internationaux administrent la justice dans une affaire, ils ne sont liés que par leur engagement contractuel avec les parties au litige : ils n'ont alors aucun lien avec l'Etat duquel ils appliquent le droit au litige. La sentence arbitrale rendue lors d'un litige

¹³⁴⁷ Voir n° 488 et s.

¹³⁴⁸ C-431/95. C-242/97. C-163/99. SU-174/07

¹³⁴⁹ Conseil d'Etat, Inco vs. Coviandes, 34239, (28-01-2009).

¹³⁵⁰ « On confond parfois en pratique l'autorité de la chose jugée « qui est l'expression du pouvoir de *jurisdictio du juge* » et la force exécutoire qui « est une manifestation de son *imperium* » M. PERROT, Rép. Dalloz proc. Civ. V° Chose jugée, n° 5. Cité par CHARLES JARROSSON, *ibidem*, p. 269, note n° 94.

¹³⁵¹ La Cour constitutionnelle (C-431/95) juge que les pouvoirs des juges, y compris des arbitres, sont: a) le pouvoir de décision ayant force obligatoire pour les parties ; b) le pouvoir coercitif pour assurer les conditions nécessaires à l'accomplissement de la décision ; c) le pouvoir d'ordonner le rapport des preuves, à la demande des parties au litige ou même d'office, afin de constater les faits et trancher le litige, et, d) *le pouvoir d'exécution qui est étroitement lié au pouvoir coercitif qui impose le respect du mandat judiciaire clair, exprès et exigible qui résulte de la décision juridictionnelle* (nous soulignons). La Cour constitutionnelle reconnaît ainsi que le juge arbitral possède un *imperium* lié étroitement à la nature de sa fonction juridictionnelle. Dans le même sens voir : T-136/03. Conseil d'Etat, Sociedad World Parking vs. IDU, 20467, (07-02-2002).

¹³⁵² Loi 270 de 1996. Article 55.

contractuel international doit donc forcément faire l'objet d'une procédure d'exequatur pour obtenir force exécutoire.

806. Parce que la sentence arbitrale est une décision exécutoire en Colombie, se pose la question de savoir si, dans la pratique arbitrale colombienne, il est indispensable d'employer des mécanismes d'exécution forcée à l'encontre des sentences arbitrales. Si le droit prévoit la possibilité de demander l'exécution forcée, il est néanmoins nécessaire d'analyser les procédés que le droit administratif offre pour l'exécution des décisions défavorables à l'administration, afin de déterminer si la sentence arbitrale peut toujours être considérée comme efficace (deuxième section). Il faut, en amont, se demander si la sentence en matière de contrats publics a été rendue selon les conditions de validité prévues par le droit applicable au litige pour être susceptible d'être exécutée.¹³⁵⁴ (Première section).

Première section. L'exigence d'une sentence arbitrale en droit

807. L'article 70 de la loi 80 de 1993 dispose que la sentence arbitrale doit être rendue en droit.¹³⁵⁵ L'arbitrage en droit est celui par lequel les arbitres fondent leur sentence sur le droit positif en vigueur.¹³⁵⁶

¹³⁵³ Voir à ce propos n° 816 et 860.

¹³⁵⁴ *Loi 80 de 1993. Article 70.*

¹³⁵⁵ Nous avons vu que l'article 115 du décret 1818 de 1998 définit l'existence de trois catégories d'arbitrage : en droit, en équité, et technique; l'arbitrage en équité est celui dans lequel les arbitres décident selon le sens commun et l'équité; et, l'arbitrage technique est celui dans lequel les arbitres se servent de leurs connaissances spécifiques sur une science, un art, ou un métier. L'article 70 de la loi 80 de 1993 fait référence à l'arbitrage en droit par opposition à l'arbitrage en conscience ou en équité car l'arbitrage technique est autorisé expressément en matière des contrats publics. La loi 80 de 1993 prévoit dans son article 72 comme cause d'annulation de la sentence arbitrale que celle-ci soit rendue en équité. Cependant, cet article vient de connaître une dérogation importante dans le cadre de la loi 1150 de 2007 qui dispose que les causes d'annulation en matière de contrats publics sont celles prévues par l'article 38 du décret 2279 de

808. Le statut des contrats publics accorde une marge de liberté contractuelle à l'administration. Mais cette liberté doit être circonscrite aux missions que l'administration accomplit à travers le procédé contractuel. La loi des contrats publics distingue deux types de conflits découlant des contrats publics : les conflits de nature technique qui sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage technique,¹³⁵⁷ et les conflits de nature juridique qui sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage « en droit ». Même s'il s'agit de contrats qui peuvent éventuellement être soumis au droit privé, ces contrats « publics » touchent aussi bien les deniers publics que l'intérêt public. C'est pourquoi, le jugement qui tranche le litige ne peut pas être seulement le fruit de la conception de la justice ou de l'équité de l'arbitre.¹³⁵⁸ La sentence arbitrale doit donc être fondée sur leur connaissance technique ou sur le droit applicable au litige.

809. L'article 163 du décret 1818 de 1998 prévoit que « la sentence arbitrale est objet du recours contentieux d'annulation : [...] 2. S'il apparaît de manière manifeste dans la sentence arbitrale que la décision est prise en conscience alors qu'elle aurait dû l'être en droit. »¹³⁵⁹ La jurisprudence du Conseil d'Etat a précisé à maintes reprises la différence entre la sentence arbitrale en droit et en

1989 qui règle le système de résolution des conflits entre particuliers. Cet article a été compilé dans l'article 163 du décret 1818 de 1998.

¹³⁵⁶ *INGELEL vs. ETB*, 32896.

¹³⁵⁷ Article 74 loi 80 de 1993. Sur l'arbitrage technique voir : Conseil d'Etat, *Compañía Aseguradora de Fianzas S.A - Pinski & Asociados vs EDIS*, 12724, (03-05-2001) ; Conseil d'Etat, *Consortio Gabriel Galvis - Hazen and Sawyer vs. CAR*, 10264, (13-09-1999) ; *Consortio Viannini entrecanales y Tavora vs. Empresa de Energía de Bogotá* 6695 ; Conseil d'Etat, *José Fernando Suárez Vanegas vs. Distrito Capital Santafé de Bogotá*, 18063, (16-02-2001).

¹³⁵⁸ Sur les conditions structurant la sentence arbitrale en conscience voir : *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051 ; *General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social*, 19334 ; *Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes*, 28990 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766. Voir également n° 924.

¹³⁵⁹ Cette disposition était prévue dans les mêmes termes dans l'article 72 de la loi 70 de 1993 (dérogé par la loi 1150 de 2007).

conscience.¹³⁶⁰ Dans le premier cas, la sentence est fondée sur le droit substantif, sur le droit procédural et sur les stipulations contractuelles,¹³⁶¹ tandis que dans le second cas, la sentence est fondée sur l'équité, la logique ou l'expérience. Une sentence peut être aussi rendue en conscience lorsqu'elle est rendue sans considération des preuves matérielles qui fondent les prétentions ou les exceptions à la demande arbitrale. La sentence est annulable lorsqu'elle se fonde sur l'équité : soit, parce qu'elle contrevient de manière manifeste au régime juridique des contrats publics, soit parce qu'elle ignore les preuves exigées pour trancher le litige. Sur 97 décisions d'annulation, les parties fondent leur recours à 41 reprises sur ce motif. Le Conseil d'Etat n'a annulé qu'une seule fois une sentence arbitrale pour ce motif.¹³⁶²

810. L'examen des critères réguliers de formation de la sentence (première sous-section) est donc indispensable pour déterminer si celle-ci a l'aptitude légale pour produire les effets établis par le droit en vigueur : le résultat escompté est d'obtenir une sentence arbitrale valable (deuxième sous-section).

Première sous-section. Les conditions formelles

Si la sentence arbitrale en matière de contrats publics doit être rendue en droit sous peine d'annulation, (§1) le droit applicable n'est pas forcément le droit colombien lorsque le litige a été soumis à un Tribunal arbitral international. (§2)

¹³⁶⁰ *Consortio Viannini entrecanales y Tavora vs. Empresa de Energía de Bogotá* 6695 ; *Invias vs. Cromas S.A. y otros*, 24320 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766. *Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sabagun, Cordoba*, 19273.

¹³⁶¹ *Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sabagun, Cordoba*, 19273. *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051.

¹³⁶² *Sadeico vs. Emcali*, 10468. *Comision Nacional de Television vs. Proyectamos Television*, 31887 ; *Invias - Ministerio Público vs. Consecionaria vial de los Andes Oviandes*, 28990. Conseil d'Etat, *Sociedades Diseleca Ltda vs. Municipio de Neiva*, 34525, (13-05-2009). Le Conseil d'Etat n'anule que la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Ecogas vs. Promigas*, 33670, (20-02-2008). Voir annexe n°3, tableau n° 8.

§1. Des sentences arbitrales rendues par un Tribunal arbitral colombien

811. **La sentence arbitrale.** Nous avons vu qu'une fois achevée la période probatoire, les allégations des parties closent la phase d'instruction de l'arbitrage. Le Tribunal fixe ensuite la date de l'audience pour notifier aux parties la sentence arbitrale. Les arbitres se réunissent alors pour délibérer. Les arbitres donnent à cette occasion leur opinion sur la solution du litige,¹³⁶³ opinion qui contribue à la formation de la décision qui tranche définitivement le conflit.

812. Si un arbitre ne partage pas l'opinion majoritaire sur le dispositif de la sentence, il a le droit d'exposer son opinion dissidente.¹³⁶⁴ Il ne peut, cependant, pas se soustraire à son devoir de délibération. Il est tenu de communiquer les motifs de sa divergence dans un document joint à la sentence arbitrale. L'article 158 du décret 1818 de 1998 dispose que « la sentence arbitrale sera [...] signée par la totalité des arbitres, y compris ceux qui ont présenté des opinions dissidentes [...] Si un des arbitres refuse de signer la sentence, il perdra le solde des honoraires qui lui revient, lequel sera remboursé aux parties au litige [...] »

813. *La sentence arbitrale doit être rendue par écrit.* L'article 154 du décret 1818 de 1998 en dispose ainsi de façon implicite : lors de l'audience relative à la sentence arbitrale, le secrétaire du Tribunal lira les passages les plus importantes des motifs et du dispositif, et rendra une copie authentique de la sentence arbitrale à chaque partie.

¹³⁶³ Le droit commun de l'arbitrage n'établit pas de formalités particulières au délibéré des arbitres. Sur le délibéré voir JEAN-PAUL BERAUDO. *La confidentialité et le délibéré*, in Les arbitres internationaux. Colloque du 4 février 2005, Société de législation comparée, (2005), 101-124.

¹³⁶⁴ Sur l'opinion dissidente voir : EDUARDO SILVA ROMERO. Brèves observations sur l'opinion dissidente (Société de législation comparée. Colloque du 4 février 2005).

814. Les éléments essentiels de la sentence arbitrale sont identiques à ceux qui sont exigés par le Code de procédure civile pour les décisions juridictionnelles.¹³⁶⁵ La sentence arbitrale doit indiquer la date et le lieu où elle a été rendue, le nom des parties et des arbitres, un exposé sommaire de la demande et de la réponse à celle-ci. Les motifs de la sentence présentent l'examen critique des preuves et des fondements de droit nécessaires à la résolution du litige. La sentence arbitrale doit comporter une décision expresse et claire sur chacune des prétentions et des exceptions ainsi que sur les dépens de la procédure.

815. **La rectification, la correction ou le complément de la sentence.** Si la sentence arbitrale met fin à la procédure, le dessaisissement des arbitres connaît quelques exceptions : le dispositif de la sentence arbitrale peut être rectifié, corrigé ou complété par les arbitres.¹³⁶⁶ Eux seuls sont compétents pour le faire.¹³⁶⁷ Il convient de préciser que le délai pour l'exercice des modifications est celui que la loi prévoit pour l'exercice du recours en annulation de la sentence arbitrale (cinq jours suivant la date à laquelle la sentence arbitrale a été rendue).¹³⁶⁸ Après ce délai, la sentence arbitrale est susceptible d'exécution.

La demande de rectification n'est recevable qu'à propos des phrases équivoques contenues dans le dispositif de la sentence ou lorsque ces phrases ont d'importantes conséquences sur la sentence.¹³⁶⁹ Les arbitres peuvent également corriger les erreurs de calcul ou les erreurs typographiques, et ce d'office ou à pétition de l'une des parties. La rectification de la sentence est nécessaire lorsque les arbitres ont omis de statuer sur une prétention, une exception ou un chef de demande soumis aux arbitres.¹³⁷⁰ La rectification concerne les erreurs de calcul ou

¹³⁶⁵ Article 304 Code de procédure civile.

¹³⁶⁶ Décret 1818 de 1998. Article 160.

¹³⁶⁷ Ministerio del Interior, 1408.

¹³⁶⁸ Voir à ce propos : *Centrimed vs. Hospital Militar*, 25560 ; *Ministerio del Interior*, 1408. Conseil d'Etat, *Sociedad World Parking vs. IDU*, 19090, (07-02-2002). *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca*, 21217. *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021.

¹³⁶⁹ Code de procédure civile. Article 309.

¹³⁷⁰ Loi 270 de 1996. Article 55. Code de procédure civile. Article 311. Décret 1818 de 1998. Article 160. Voir également : *Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom*, 35288.

les erreurs typographiques. Dans ce cas de figure, les arbitres rendent une ordonnance additionnelle qui fait partie intégrale de la sentence arbitrale finale.

816. **La force exécutoire de la sentence arbitrale.** Nous avons vu que l'article 116 de la constitution octroie aux arbitres la fonction publique d'administration de la justice. C'est pourquoi, l'en-tête du dispositif de la sentence arbitrale est le suivant : « Au nom de la République de Colombie et par autorité de la loi [...] »¹³⁷¹ La sentence est donc revêtue de la force exécutoire dès le moment où elle a été rendue. De ce fait, le réexamen de la question en litige n'est pas possible. L'exequatur n'est donc pas nécessaire pour l'exécution de la sentence arbitrale d'un Tribunal arbitral colombien.

817. La loi 2^{ème} de 1938 disposait que « les sentences arbitrales sont exécutoires dès qu'elles sont communiquées [...] ». ¹³⁷² Cependant l'homologation de la sentence arbitrale était nécessaire aux termes même de la loi. Les commissions de révision du Code de procédure civile et du Code de commerce étaient en désaccord sur cette procédure. Elles ont formé une commission pour élaborer un projet commun sur l'arbitrage. Cette commission a proposé de supprimer l'homologation des sentences arbitrales, projet soumis à l'approbation du Congrès de la République. Dans l'exposé des motifs de ce projet, elle affirme que « *l'homologation obligatoire a de graves conséquences sur la durée de l'arbitrage. Les parties qui compromettent acceptent en amont la force exécutoire de la sentence arbitrale. Si le litige est susceptible de transaction et les parties sont capables, il n'y pas de raison d'ajouter des délais et d'autres conditions à leur volonté de se soumettre à la décision des arbitres. Il convient cependant d'introduire un recours en annulation devant le Tribunal supérieur afin d'éviter les sentences arbitrales arbitraires, ignorant les règles essentielles de procédure, ou, rendues sans considération*

¹³⁷¹ Loi 270 de 1996. Article 55.

¹³⁷² La loi 2 de 1938. Article 7. Cette disposition a été confirmée par l'article 2 du décret -loi 2180 de 1940 et par l'article 7 du décret -Loi 161 de 1942.

de la volonté des parties. »¹³⁷³ C'est donc ainsi que l'exigence d'homologation de la sentence arbitrale disparaît de l'ordre juridique colombien.

818. **Le dépôt de la sentence arbitrale.** L'article 228 de la constitution dispose que les actes juridictionnels sont publics. Si la constitutionnalisation de cette disposition n'a été faite qu'en 1991, l'obligation de déposer une copie de la sentence arbitrale dans les offices notariaux existe bel et bien dans l'article 1225 du Code judiciaire de 1931 (loi 105 de 1931). L'article 159 du décret 1818 de 1998 dispose qu'« avant que la sentence arbitrale ne soit déposée auprès d'un des offices notariaux du lieu de l'arbitrage, elle doit être inscrite, si le dispositif concerne des biens objet de registre. » Le dépôt de la sentence arbitrale vise à satisfaire l'exigence de publicité propre à toute décision juridictionnelle colombienne.

Or, si l'accès aux sentences arbitrales est possible dans les offices notariaux, nous n'avons pas pu travailler sur la totalité des sentences. Le nombre élevé d'offices notariaux sur le territoire colombien empêche la consultation de l'intégralité des sentences. La publicité n'est pas vraiment garantie dans la mesure où il n'existe pas de registre unifié de l'intégralité des sentences publiques rendues. L'accès aux sentences n'est possible que pour celui qui dispose de la référence de la sentence et connaît l'office où elle a été déposée. Il n'est donc pas possible de prendre connaissance de manière générale des sentences arbitrales rendues.

Pourtant, la quantité de sentences arbitrales rendues en matière de contrats publics depuis sa première autorisation légale en 1964 n'est pas négligeable. Nous allons donc analyser les sentences arbitrales rendues en matière de contrats publics, soit, de manière directe, à travers les décisions que nous avons trouvées, soit, de manière indirecte, à travers les arrêts du Conseil d'Etat qui reproduisent

¹³⁷³ Exposition des motifs citée par JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano. Op. cit.* p. 363.

les faits et reprennent la décision des arbitres pour juger l'annulation de ces sentences.¹³⁷⁴

819. La confidentialité de la sentence arbitrale en Colombie n'a jamais été, à notre connaissance, un sujet de débat. Le régime juridique de l'arbitrage a toujours considéré la sentence arbitrale comme une décision juridictionnelle et lui en a attribué, en conséquence, les effets.

Il convient de remarquer qu'il en va autrement en matière d'arbitrage international. La confidentialité est considérée comme un des atouts de l'arbitrage dans ce domaine. Nonobstant, lorsque les sentences arbitrales sont objet d'exequatur en Colombie, certaines informations qui y sont contenues deviennent publiques.

§2. Des sentences rendues par un Tribunal arbitral international

820. L'article 70 de la loi 80 de 1993 exige que la sentence arbitrale résultant d'un arbitrage des contrats publics soit rendue en droit. Il faut se demander selon quel droit et dans quelles conditions la sentence doit être rendue en matière d'arbitrage international.

Le droit applicable au fond et à la procédure arbitrale en arbitrage interne est le droit colombien. Cependant, la détermination du cadre juridique applicable à l'arbitrage international n'est pas aussi évidente. Il est nécessaire, en conséquence, de se demander à quel droit peut être soumis l'arbitrage international qui concerne une entité publique colombienne.

821. Il convient de rappeler que l'arbitrage qui intéresse notre sujet est celui qui est soumis au droit international privé car les entités publiques agissent en tant

¹³⁷⁴ Nous comptons 97 décisions d'annulation qui peuvent être consultées, pour la plupart sur le site du Conseil d'Etat colombien <http://www.consejodeestado.gov.co/>.

que sujets de droits et d'obligations dans le domaine contractuel.¹³⁷⁵ La Cour suprême de justice l'a affirmé en 1986 : « le droit international privé ne différencie pas le traitement d'un cocontractant particulier et de l'Etat ; il présuppose l'égalité juridique de ceux qui s'engagent par un contrat. Ceci étant, l'Etat ne peut arguer aucune prérogative pour faire prévaloir la loi et la juridiction colombiennes. En cas de conflit sur le régime applicable, s'impose l'application des principes du droit international privé. »¹³⁷⁶

822. Nous avons vu dans le premier titre de notre travail que l'article 70 de la loi des contrats publics (modifié par l'article 4 de la loi 315 de 1996 – loi d'arbitrage international) habilite les entités publiques à stipuler l'arbitrage international pour certains contrats.¹³⁷⁷ Nous avons vu que l'article 25 de la loi qui approuve la Convention de Washington de 1965 (loi 267 de 1995) prévoit, quant à lui, l'arbitrage CIRDI en cas de différends en matière d'investissement. Il est donc possible qu'un contrat public qui a pour objet un investissement étranger soit soumis à l'arbitrage CIRDI.

823. **L'arbitrage relatif aux investissements.** S'il s'agit d'un arbitrage en matière d'investissement étranger, le Tribunal arbitral est soumis aux règles de

¹³⁷⁵ En effet, les entités publiques ne peuvent faire usage de leurs prérogatives qu'à titre exceptionnel lorsque le service public est mis en cause dans le rapport contractuel ; ainsi, même si ces prérogatives sont réglées par un régime de droit public, cela ne change pas la nature du rapport contractuel privé entre cocontractants. D'ailleurs, l'article 14 de la loi 80 de 1993 dispose que « *les clauses ou stipulations exceptionnelles ne seront pas incluses* dans les contrats passés avec des organismes internationaux, ou de coopération, d'aide ou d'assistance ; dans les contrats entre collectivités publiques ; dans les emprunts, donation et baux et dans les contrats ayant pour objet des activités commerciales ou industrielles des entités publiques qui ne correspondent pas aux activités décrites par le présent article 14, 2° [activités de monopole public, activités de service public, exploitation et concession de biens publics et contrats de travaux], ou ayant pour objet le développement direct d'activités scientifiques ou technologiques, ainsi que dans les contrats d'assurance dont l'assuré est une personne morale de droit public ». (Nous soulignons). Voir à propos des pouvoirs exceptionnels de l'administration dans le rapport contractuel : n° 267 et s., 272 et s., et 287.

¹³⁷⁶ Cour suprême de justice - chambre constitutionnelle, (30-10-1986).

¹³⁷⁷ *Loi 80 de 1993. Article 70. Dernier alinéa.*

procédure prévues par la Convention de Washington, du traité bilatéral applicable, et à celles qui sont stipulées par les parties.¹³⁷⁸ Le Tribunal arbitral décide sur la question litigieuse à la majorité des voix. La sentence doit être rendue par écrit et signée par tous les arbitres qui ont voté favorablement, les autres ont le droit d'exprimer leur opinion dissidente. La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumis au Tribunal arbitral et doit être motivée.¹³⁷⁹

Les parties peuvent présenter une demande d'interprétation de la sentence au Secrétaire Général en cas de différend quant au sens ou à la portée de la sentence. Elles peuvent également en demander la révision si un fait nouveau, méconnu par la demanderesse et par le Tribunal, est de nature à influencer de façon décisive sur la sentence. Un recours en annulation est prévu en cas de vices dans la constitution du Tribunal, excès de pouvoir manifeste du Tribunal, corruption d'un de ses membres, irrespect des règles fondamentales de procédure ou défaut de motivation.

La Convention de Washington de 1965 prévoit que la sentence arbitrale issue d'un arbitrage CIRDI revêt un caractère obligatoire et aura un traitement équivalent à celui d'un jugement rendu par un Tribunal étatique.¹³⁸⁰ C'est pourquoi, la sentence arbitrale CIRDI n'est pas objet d'exequatur.

824. **L'arbitrage commercial international.** Il n'est pas évident de déterminer le droit applicable à l'arbitrage international : l'article 13 de la loi 80 de 1993 prévoit, de manière générale, des règles de conflit applicables aux contrats publics, alors que l'article 70 n'autorise l'arbitrage international que « dans les contrats passés avec des sujets étrangers qui incluent un financement à longue durée, des

¹³⁷⁸ *Loi 267 de 1996* (par laquelle s'approuve la Convention de Washington de 1965). *Article 44.* Nous avons vu que l'interdiction du droit interne quant à la possibilité de choisir un règlement international n'est pas applicable en matière internationale, compte tenu que les dispositions de la Convention de Washington ont été approuvées par la loi et que la Cour constitutionnelle a déclaré leur conformité à la constitution. En outre, les opérateurs juridiques ont le devoir constitutionnel d'interpréter les règles qui peuvent entrer en conflit de manière à respecter les engagements internationaux de la Colombie.

¹³⁷⁹ *Loi 267 de 1996. Article 48.*

¹³⁸⁰ *Loi 267 de 1996* (par laquelle s'approuve la Convention de Washington de 1965). *Article 54.*

systèmes de paiement par l'exploitation de l'ouvrage construit ou l'opération de biens pour la prestation d'un service public. »¹³⁸¹

¹³⁸¹ L'article 13 de la loi 80 de 1993 autorise l'application des règles du pays où les contrats ont été signés si le contrat a « été conclu et doit s'exécuter à l'étranger. Le contrat passé en Colombie qui doit s'exécuter à l'étranger peut être soumis également à la loi étrangère. L'acceptation du contenu de cette disposition est le fruit d'une évolution de l'interprétation du principe de territorialité de la loi, des règles constitutionnelles sur la souveraineté de l'Etat et du service public de la justice. Ainsi, le statut des contrats publics de 1976 (décret 150 de 1976) a prévu dans son article 150 que les contrats d'emprunt se soumettent à la loi et à la juridiction nationale. Cependant, pour résoudre les litiges éventuels qui découlent de leur exécution, on admet que les parties puissent accorder l'arbitrage à une corporation nationale ou internationale. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême de justice (26 août 1976). La Cour développe trois arguments pour déclarer l'inconstitutionnalité de cette norme : d'abord, un argument de stricte application du principe territorial de la loi, ensuite, l'exception du droit international quant à l'application territoriale de la loi et, finalement, elle qualifie la nature juridique du contrat d'emprunt international. Selon la Cour, les principes de souveraineté, de soumission des nationaux et étrangers à la constitution et à la loi colombienne sont en jeu si le législateur délègue des attributions juridictionnelles à un juge étranger. *Seule une dérogation de juridiction nationale entre Etats, à travers des instruments de droit international peut octroyer aux sujets des Etats qui sont en conflit, la capacité juridictionnelle pour trancher des litiges.* L'arbitrage international n'est donc admis que lorsque la convention d'arbitrage fait application d'un traité international en vigueur. L'article 3 du décret 3614 de 1985 admet à nouveau la stipulation de la loi étrangère dans les contrats administratifs sans faire référence à un cadre territorial. La chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice a déclaré l'inconstitutionnalité de cette disposition pour contrariété aux articles 2 et 10 de la constitution. Le législateur ne peut disposer de la souveraineté unilatéralement ni autoriser que des faits qui ont lieu sur le territoire colombien soient jugés par des moyens différents de ceux prévus par la constitution colombienne (Cour suprême de justice - chambre constitutionnelle (20-03-1986).) Cette règle a été reprise avec un contenu plus restreint par l'article 239 du décret 222 de 1983 par lequel on autorise la stipulation de la loi et de la juridiction étrangère lorsque le contrat va être exécuté à l'étranger. *Cette fois-ci, la Cour suprême de justice saisie d'une demande d'inconstitutionnalité, déclare la constitutionnalité de la norme.* Elle est reprise par l'article 13 de la loi 80 de 1993, et complétée par l'article 20 de la loi 1150 de 2007 qui a modifié le dernier alinéa de l'article 13. Il admet l'application des règles des organismes internationaux aux contrats passés entre les entités publiques et ces institutions : le premier alinéa prend en compte le pourcentage du financement du contrat, s'il est égal ou supérieur à 50% du contrat, il peut être soumis aux règlements de ces entités. Le deuxième alinéa prend compte la matière des accords. Il détermine que les contrats passés avec des personnes étrangères de droit public ou organismes de droit international dont l'objet est le développement de programmes de promotion, prévention, et aide à la santé publique, les contrats nécessaires pour les opérations de l'OIT, les contrats qui s'exécutent en vue de développer le système d'éradication des cultures illicites, les contrats pour le développement du programme mondial d'aliments, les contrats pour le développement des programmes éducatif de soutien à la population déplacée par la violence et conduits par l'Unesco et la OIM, les contrats financés avec des fonds des organismes multilatéraux de crédit et les entités gouvernementales étrangères, peuvent être soumis aux règlements de ces entités.

Le professeur Antonio Aljure constate, que l'autorisation de l'arbitrage international (article 70) est postérieure et spéciale aux règles de conflit prévues par l'article 13 ; il note en conséquence, que ces normes peuvent donner lieu à deux interprétations différentes : une interprétation restreinte conduit à déduire que les contrats susceptibles d'arbitrage international peuvent seulement être soumis au droit résultant de l'application des règles de conflit de l'article 13, et une interprétation large qui conduit à déduire que la loi applicable est celle que les parties ont choisi sans tenir compte des règles de conflit de l'article 13. Etant donné que l'arbitre n'est pas le gardien du droit colombien, il n'est pas tenu de préférer une interprétation sur l'autre.¹³⁸² Nonobstant, il doit garantir que la sentence soit susceptible d'être exécutée.

On peut ajouter que l'article 70 de la loi 80 de 1993 renvoie à l'application du régime de droit commun de l'arbitrage en ce qui concerne la désignation, la constitution et le fonctionnement du Tribunal arbitral. L'article 197 du décret 1818 de 1998 (qui reprend l'article 1 de la loi 39 de 1990 par laquelle est approuvée la Convention de New York de 1958) dispose que « l'arbitrage international est réglé intégralement par les normes de cette loi, et en particulier par les dispositions contenues dans les traités, conventions, protocoles et d'autres actes de droit international souscrits et ratifiés par la Colombie. Ces règles prévalent sur les règles établies par le Code de procédure civile. En tout état de cause, les parties sont libres de déterminer la règle substantielle applicable à laquelle les arbitres doivent se référer pour résoudre le litige. Elles peuvent également, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, déterminer tout ce qui concerne la procédure arbitrale y compris la constitution, le traitement, la langue, la désignation et la nationalité des arbitres ainsi que le siège de l'arbitrage en Colombie ou à l'étranger. »¹³⁸³

L'arbitre international d'un contrat public peut donc interpréter, valablement, que la norme applicable est celle qui découle de la loi d'arbitrage international. Il peut

¹³⁸² ANTONIO ALJURE. El contrato internacional, Bogotá, Legis. (2010). p.117 et 118.

¹³⁸³ La conformité de cette disposition à la constitution a été confirmée par la décision : C-347/97.

donc considérer que ce sont les parties au litige qui décident quelles sont les règles procédurales et substantielles applicables à l'arbitrage.

825. En l'absence *d'electio iuris* des parties, les arbitres n'auront pas de difficulté quant au choix de la loi dans les hypothèses prévues par les règles de conflit de la loi 80 de 1993 : si le contrat exécuté à l'étranger est soumis à une loi étrangère, s'il est soumis aux règles d'une organisation internationale qui le finance à plus du 50%, ou si la matière objet du contrat ou de la convention est de celles qui sont énumérées par l'article 20 de la loi 1150 de 2007.

826. Cependant, si l'arbitre international doit juger le litige selon la loi la plus appropriée, un des devoirs des arbitres est celui de prévoir que la sentence qu'il va rendre est susceptible d'être exécutée. Le choix du droit applicable n'est donc pas anodin : en l'absence *d'electio iuris*, la décision quant au droit applicable n'appartient qu'à l'arbitre. La sentence arbitrale doit respecter les conditions de régularité imposées par la loi applicable à l'arbitrage.

827. **L'exécution de la sentence.** La sentence arbitrale internationale peut être exécutée de manière volontaire ou forcée ; un particulier peut l'accomplir volontairement même si la sentence n'a pas été objet d'une procédure d'exequatur. Cependant, les conditions ne sont pas les mêmes s'il s'agit d'une entité publique.

Même si le droit administratif prévoit une procédure administrative qui oblige l'administration au paiement des jugements qui la condamnent, il faut bien que la sentence arbitrale soit valable d'un point de vue formel et matériel. Cette validité est présumée (*favor arbitrati*)¹³⁸⁴ lorsqu'il s'agit d'une sentence arbitrale de droit interne car les arbitres exercent une fonction publique d'administration de la

¹³⁸⁴ Le procès arbitral est revêtu d'une présomption de régularité qui se fonde sur la loi. Cependant, les parties peuvent faire valoir toute atteinte à la régularité, notamment lorsque les arbitres méconnaissent le procès équitable ou les principes qui garantissent le traitement équitable des parties. Voir à ce propos : WILLIAM NAMEN VARGAS. *Nulidad del laudo arbitral*, *Jurisconsulta*, 5, 93-136 (2002). p. 97.

justice. Cette règle les place au même niveau que les juges administratifs qui seraient compétents sur le litige contractuel administratif en l'absence de convention d'arbitrage. Les arbitres sont des avocats colombiens : ils sont donc censés connaître et savoir appliquer le droit colombien ; ils sont nommés en raison de leur spécialité ; l'instance arbitrale se déroule selon le régime colombien de l'arbitrage et le droit applicable au litige est le droit colombien. Les arbitres rendent une sentence arbitrale en droit, et apposent la formule exécutoire qui confère à la sentence les mêmes effets que les jugements rendus par les juges étatiques. En conséquence, si l'administration ne conteste pas la sentence à travers un recours en annulation, elle est présumée valable.

828. A l'inverse, dans la mesure où les arbitres internationaux n'exercent pas de fonctions publiques, la sentence arbitrale internationale doit faire l'objet d'une procédure d'exequatur.¹³⁸⁵ Les conditions formelles de la sentence seront celles que détermine le droit selon lequel la sentence arbitrale a été rendue. La Cour suprême de justice en instance d'exequatur vérifiera, en conséquence, si cette sentence réunit les conditions pour être exécutée en Colombie.

Deuxième sous-section. Les conditions matérielles

829. Les pouvoirs juridictionnels des arbitres n'ont pas la même source en matière d'arbitrage interne et international. S'ils sont fixés par la constitution, la loi et les parties au litige en matière d'arbitrage interne, ils ne proviennent que de la volonté des parties en matière de droit international. Cette volonté se concrétise par la convention d'arbitrage.

830. Quelle que soit sa source, la mission de l'arbitre doit être exercée sans en dépasser les limites. Nous allons analyser les conditions matérielles de validité

¹³⁸⁵ L'exequatur de la sentence rend la sentence arbitrale exécutoire, il permet son exécution forcée.

fixées par la loi colombienne, au regard de la loi applicable, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne ou lorsque la Colombie est le siège de l'arbitrage international.

831. **Le cadre litigieux.** La jurisprudence du Conseil d'Etat juge que lorsque la clause compromissoire ne fixe pas le domaine de compétence arbitrale, les arbitres doivent interpréter leur compétence comme s'étendant à tous les conflits ayant un rapport direct ou indirect avec le contrat.¹³⁸⁶

Le cadre du litige est constitué par l'ensemble des prétentions soumises aux arbitres. Ils sont tenus de respecter le domaine juridictionnel fixé par les parties au litige. Ils ne peuvent donc statuer ni plus (*ultra petita*), ni moins (*infra petita*), ni sur un objet différent de celui qui leur a été soumis (*extra petita*). La sentence ne peut condamner les parties ni pour une quantité supérieure, ni pour un objet différent de celui qui a été demandé.¹³⁸⁷

832. **La concordance entre le cadre litigieux et la sentence arbitrale.** L'article 305 du Code de procédure civile précise que la sentence doit être concordante avec les faits, les prétentions et les exceptions présentées par les parties dans la demande arbitrale et dans sa réponse.¹³⁸⁸ La concordance s'analyse au regard de la comparaison entre ce qui a été demandé aux arbitres et la décision prise. L'omission des arbitres sur un ou plusieurs points du litige est un motif d'annulation de la sentence arbitrale. Dans ce cas de figure, le juge annule partiellement la sentence et statue sur les points litigieux omis par les arbitres.¹³⁸⁹

¹³⁸⁶ *Banco de la Republica vs. Rafael Tono Lemaitre*, 25811.

¹³⁸⁷ Conseil d'Etat, ETB vs. BBVA Horizonte, 34595, (19-08-2009).

¹³⁸⁸ Conseil d'Etat, Empresa Electrificadora del Meta vs. Ines Ivette Rojas - F.IMM Fatturazione immedieate SRL - F.IMM Colombia Ltda, 28308, (10-03-2005). *Telecom en liquidacion vs. Belco comunicaciones*, 29476. *Centro de Diagnostico Milenio vs. Central de transporte de Santa Marta*, 35262. Conseil d'Etat, Distrito Turistico de Santa Martha vs. Sociedad Concesionaria Obras y Proyecto del Caribe SA., 32398, (08-06-2006) ; Conseil d'Etat, Hospital Departamental de Granada E.S.E, 32841, (21-03-2007).

833. **L'intervention d'office de l'arbitre.** Si, au regard de l'ensemble des preuves, les arbitres relèvent des exceptions à la demande, ils doivent les déclarer d'office (article 306 du Code de procédure civile).¹³⁹⁰ S'ils relèvent une exception qui conduit à rejeter l'ensemble des prétentions, ils peuvent s'abstenir d'en examiner d'autres, y compris celles qui entachent de nullité absolue le contrat public objet du litige (article 45 loi 80 de 1993). Les arbitres ne doivent procéder ainsi que lorsque tous les cocontractants interviennent dans la procédure arbitrale (article 87 du Code contentieux administratif).

834. D'un point de vue structurel, la sentence arbitrale est formée par la motivation (§1) et par le dispositif (§2) de la décision.

§1. La motivation de la sentence

835. La motivation est un procédé de justification de la décision prise par les arbitres. Elle sert à éclairer le dispositif de la sentence. Les arbitres parviennent à la sentence arbitrale au travers du délibéré. Le résultat du délibéré donne lieu à la motivation de la sentence. Les arbitres y expliquent les raisons de fait et de droit qui les ont conduits à trancher le litige dans un sens ou dans un autre.

836. **La motivation de la sentence est une garantie constitutionnelle des parties au litige.** La Cour constitutionnelle juge arbitraire une sentence arbitrale qui ne possède pas de motivation matérielle ou dont la motivation est manifestement déraisonnable.¹³⁹¹ Elle explique que la motivation est une exigence

¹³⁸⁹ Conseil d'Etat. Hernando Salcedo Tamayo vs. Municipio de Facatativa, 37513, (18-02-2010).

¹³⁹⁰ Sauf les exceptions de compensation et de nullité relative.

¹³⁹¹ Cour constitutionnelle, T-244/07, (30-03-2007).

constitutionnelle qui garantit le droit à la défense des parties.¹³⁹² Le non-respect de cette condition peut conduire à l'annulation pour voie de fait juridictionnelle.

837. **L'exigence de concordance entre la partie motivée et le dispositif de la sentence.** Le Conseil d'Etat juge, quant à lui, qu'il est nécessaire que la motivation de la sentence arbitrale soit concordante avec le dispositif de la sentence arbitrale.¹³⁹³ Comment pouvons-nous mesurer la concordance entre la motivation et le dispositif de la sentence?

Si l'arbitre en tant que juge possède une marge de liberté dans l'appréciation des preuves, des faits et du droit applicable au litige, « *au regard de la fonction de juger, le seuil d'acceptabilité rationnelle est toujours un état d'équilibre provisoire issu de la balance argumentative entre les différentes raisons pertinentes. Dans un contentieux juridique caractérisé par la présence d'une pluralité de parties ayant des intérêts opposés, l'état d'équilibre n'est, en règle, jamais définitif. Mais il peut être un état optimal. La décision doit alors correspondre à cet état, c'est-à-dire à la meilleure raison disponible parmi toutes celles qui ont été débattues au sein du litige.* »¹³⁹⁴ S'agissant d'un arbitrage en droit, l'obligation de motiver la sentence n'est pas satisfaite avec le seul visa d'une norme juridique. Cette norme doit avoir un rapport étroit avec la décision adoptée et surtout être cohérente par rapport à l'objet du litige.¹³⁹⁵

838. Si en droit colombien la motivation est clairement liée au dispositif de la décision juridictionnelle, les arbitres ne sont pas obligés de faire référence dans la motivation à tous les moyens de preuve. Le Conseil d'Etat précise qu'il suffit que les arbitres appuient leur décision sur les preuves essentielles pour trancher le litige. L'omission dans la motivation d'un des éléments de preuve ne constitue pas un motif d'annulation. Cependant, si les arbitres omettent dans leur motivation

¹³⁹² Cour constitutionnelle, T-407/93, (28-09-1993).

¹³⁹³ *ETB vs. BBVA Horizonte*, 34595. L'absence de motivation transforme la sentence en droit en une sentence en équité : *Consortio Viannini entrecanales y Tavora vs. Empresa de Energia de Bogotá* 6695.

¹³⁹⁴ PHILIPPE COPPENS. *Normes et fonction de juger*. p.271.

¹³⁹⁵ *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564.

une preuve qui revêt une importance telle qu'elle changerait de manière définitive le dispositif de la sentence, cette omission peut être sanctionnée par le Conseil d'Etat en instance d'annulation.

839. La concordance entre la motivation et le dispositif de la sentence arbitrale suppose que le juge respecte les conditions légales qui lui sont imposées pour prendre une décision juridictionnelle. La sentence doit donc contenir une synthèse de la demande et de sa réponse, les considérations des arbitres sur les faits et les preuves, les arguments des parties et les arguments juridiques qui fondent la décision.¹³⁹⁶

840. **L'objet du litige contractuel administratif et la condamnation dans la sentence arbitrale.** Lorsque les arbitres appliquent la loi, ils déclarent si le droit objet du litige existe ou non. S'il existe, ils déclarent qui en est le titulaire.¹³⁹⁷ L'article 87 du Code contentieux administratif dispose que les parties au contrat peuvent demander, au travers de l'action contractuelle, la déclaration d'existence ou la nullité du contrat et les déclarations corrélatives, les restitutions, les condamnations, la déclaration d'inaccomplissement du contrat, l'indemnisation des préjudices et d'autres types de déclarations et condamnations.

L'action contractuelle conduit donc principalement à des prétentions d'indemnisation,¹³⁹⁸ telles que le rétablissement de l'équilibre économique du contrat, la déclaration de préjudices résultant de l'inaccomplissement de l'objet contractuel, ou des prétentions déclaratives telles que le décompte juridictionnel du contrat, la nullité absolue ou relative.¹³⁹⁹

¹³⁹⁶ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 170 ; Code de procédure civile. Article 304.*

¹³⁹⁷ *C-1159/08.*

¹³⁹⁸ L'action contractuelle est essentiellement d'indemnisation, CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA. *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, Bogotá, Universidad Santo Tomás - Ibañez. (2010). p .344.

¹³⁹⁹ Sur les 200 décisions étudiées à travers les sentences arbitrales et décisions d'annulation des sentences arbitrales 121(60%) condamnent une entité publique, 4 (2%) condamnent les deux

§2. *Le dispositif de la sentence*

841. **Le contenu du dispositif.** Le dispositif de la sentence arbitrale¹⁴⁰⁰ comprend les questions de fond, les objections aux expertises et la mise en cause de témoignages, le décompte des condamnations, les frais de procédure, les compensations pour honoraires et les dépenses du Tribunal (Article 144-3 décret 1818 de 1998). Les arbitres y ordonnent la suspension des mesures provisoires, le dépôt de la sentence dans l'office notarial et son inscription si les biens objet de la condamnation sont des biens immeubles.

Le dispositif est le résultat de la motivation. Il doit être objectif : « *l'objectivité du jugement juridique suppose une conformité entre l'acte de juger et la règle appliquée. [...] L'objectivité du jugement pratique requiert au moins qu'il soit non arbitraire et impartial, c'est-à-dire qu'il résulte du meilleur argument disputé dans une communication* ». ¹⁴⁰¹ Il doit contenir une décision expresse et claire sur chacune des prétentions de la demande, sur les exceptions lorsque cela est nécessaire, et sur les dépens de procédure. ¹⁴⁰²

842. **Les droits des parties à l'égard du dispositif.** Le dispositif ne peut contenir des énoncés contradictoires, ni des phrases équivoques : ils entravent l'accomplissement de la sentence et risquent de rendre la sentence arbitrale inefficace.

parties, 18 (9%) déclarent la nullité ou l'inexistence du contrat et 57(29%) ne condamnent pas les entités publiques (voir annexe n° 2 [dispositif des sentences arbitrales] et tableau n°3).

¹⁴⁰⁰ Sur les 200 décisions étudiées à travers des sentences arbitrales et décisions d'annulation des sentences arbitrales, le dispositif de la sentence arbitrale contient une obligation de donner à 126 (63%) reprises, une obligation de faire à 6 reprises (3%), aucun dispositif (0%) ne contient une obligation de ne pas faire, 18 dispositifs déclarent la nullité ou l'inexistence du contrat (9%), et 50 contiennent d'autres déclarations (25%). (Voir annexe n° 2 [Nature de la condamnation] et tableau n°4).

¹⁴⁰¹ PHILIPPE COPPENS. *Normes et fonction de juger*. Op. cit p.120.

¹⁴⁰² *Code de procédure civile. Article 304.*

En conséquence, les parties ont le droit de demander que la sentence soit corrigée, complétée ou rectifiée par les arbitres dans les cinq jours suivant sa communication. Si les parties ne le demandent pas, elles ne peuvent pas saisir le juge de l'annulation pour les éventuelles incohérences existant entre la motivation et le dispositif de la sentence arbitrale.¹⁴⁰³ Les arbitres peuvent également décider de le faire d'office dans le même délai à travers une ordonnance de procédure.¹⁴⁰⁴ L'écoulement de ce délai rend la sentence exécutable de plein droit.

Sur 97 sentences consultées indirectement à travers des décisions d'annulation, les parties à l'arbitrage ont demandé la rectification, le complément ou la correction dans 44 cas (44%), et le Ministère public auprès des Tribunaux, dans 3 cas (3%). Sur les 44 premiers cas, les arbitres rejettent la demande dans 18 cas (41%), ils rectifient et corrigent la sentence dans 4 cas (9%), ils rectifient la sentence dans 6 cas (13%), complètent la sentence dans 10 cas (23%), et corrigent la sentence dans 6 cas (14%).¹⁴⁰⁵

843. **Les effets de la sentence.** Comme toute décision en justice, la sentence entraîne le dessaisissement de l'arbitre. La sentence arbitrale a les mêmes effets qu'une décision juridictionnelle : elle est obligatoire pour les particuliers comme pour l'administration ;¹⁴⁰⁶ elle a la même force probante qu'un acte authentique, et elle est revêtue de la force de la chose jugée vis-à-vis des autres procédures relatives au même objet, à la même cause et aux mêmes parties.¹⁴⁰⁷ C'est donc la loi qui attribue au jugement les effets de chose jugée.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰³ Voir à ce propos spécialement : *Empresa Electrificadora del Meta vs. Ines Ivette Rojas - F.IMM Fatturazione immediata SRL - F.IMM Colombia Ltda*, 28308.

¹⁴⁰⁴ L'article 160 du décret 1818 de 1998 renvoie aux articles 309, 310 ou 311 du Code de procédure civile.

¹⁴⁰⁵ Voir annexe n° 4 bis.

¹⁴⁰⁶ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 174.*

¹⁴⁰⁷ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 175.*

¹⁴⁰⁸ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 175. Code de procédure civile. Article 332.*

Deuxième section. L'exécution de la sentence arbitrale

844. Nous avons vu qu'en Colombie ont été appliquées jusqu'à la fin du XIX^e siècle les dispositions juridiques espagnoles. Par l'ordonnance du 10 décembre 1532, le Roi Carlos V a décidé que « les sentences rendues par les juges-arbitres, iuris ou juges-amis, arbitres et amiables compositeurs, ainsi que les transactions, doivent s'exécuter conformément au droit et aux lois du royaume de Castille. »¹⁴⁰⁹ La loi 2^{ème} de 1938 disposait, quant à elle, que « les sentences arbitrales sont exécutoires dès qu'elles sont communiquées, elles ne sont pas susceptibles de recours en appel. » Cette disposition a été confirmée par l'article 2 du décret -loi 2180 de 1940 et par l'article 7 du décret -loi 161 de 1942.

845. **La sentence arbitrale défavorable à l'administration.** La condamnation d'une entité publique¹⁴¹⁰ par une sentence arbitrale valable emporte un certain nombre de conséquences. Celles-ci découlent de la nature même de l'administration publique ainsi que des particularités des modes d'exécution des créances des personnes publiques.

846. Selon Enrique Sayaguez Lasso « *si tout régime juridique doit s'adapter nécessairement aux besoins et caractéristiques des groupes sociaux auxquels il doit s'appliquer, il est donc évident qu'il faut prendre en compte cette réalité pour organiser l'administration*

¹⁴⁰⁹ Recopilación de las Leyes de Indias, livre V, Titre X, Loi V, cité par J. ELOY ANZOLA. *El acta de nacimiento del arbitraje en la América Hispana*, http://eanzola.com/images/uploads/Acta_de_Nacimiento.pdf (consulté le 15-05-2011).

¹⁴¹⁰ Sur 200 sentences arbitrales consultées de manière directe et indirecte, le dispositif est favorable à l'administration à 57 reprises, défavorable à 120 reprises et défavorable pour les deux parties à 4 reprises. 18 sentences déclarent la nullité ou l'inexistence du contrat et un cas ne contient pas d'information à cet égard. Voir annexe n° 1, tableau n°3.

publique. »¹⁴¹¹ L'administration est organisée et soumise aux règles juridiques qui assurent l'accomplissement de ses fonctions. La constitution et la loi déterminent la structure de l'administration, sa composition et son fonctionnement. Les fonctionnaires publics qui intègrent cette administration ont pour mission d'accomplir les tâches que leur attribue l'ordre juridique. Contrairement aux particuliers, les fonctionnaires ne peuvent faire que ce qui est autorisé par la loi. Ils sont donc responsables des actions ou omissions exercées en contravention de ces dispositions.¹⁴¹²

Nous avons vu que même les entités publiques qui n'ont pas la personnalité morale, peuvent passer des contrats publics, et, en conséquence, se soumettre à l'arbitrage. Ainsi, si une entité publique est condamnée par une sentence arbitrale, elle est soumise automatiquement à une procédure stricte relative à l'exécution volontaire des jugements rendus à son encontre. Pour que la sentence soit exécutée, il faut que la sentence ait été notifiée et que le délai d'exercice des recours contre la sentence soit écoulé ou l'annulation de la sentence rejetée.

847. Le procédé normal d'exécution des dettes juridictionnelles de l'administration est celui de l'exécution volontaire. Cette règle est prévue tant par la loi organique relative au budget que par le Code de procédure contentieuse administrative. (Première sous-section). Nonobstant, l'inaccomplissement éventuel de la sentence arbitrale par les fonctionnaires qui en ont la tâche conduit à une demande d'exécution juridictionnelle de la sentence arbitrale. (Deuxième sous-section).

¹⁴¹¹ ENRIQUE SAYAGUEZ LASSO. *Tratado de Derecho Administrativo*. I. Montevideo. 1963. p. 154.

¹⁴¹² *Constitution. Article 90.*

Première sous-section. L'exécution volontaire

848. Si la validité de la sentence n'a pas été contestée par un recours en annulation, la sentence arbitrale défavorable à l'administration est exécutée volontairement. Nonobstant, les conditions d'exécution des sentences arbitrales pour les sujets soumis au droit public différent de celles prévues pour les personnes privées.

849. La loi organique relative au budget dispose que les fonctionnaires compétents doivent adopter les mesures nécessaires au paiement des jugements condamnatoires dans les délais fixés par la loi.¹⁴¹³ Les contraintes budgétaires exigent la prévision de ces délais pour que ces crédits puissent être budgétés selon la procédure légale. La durée pour le paiement volontaire des sentences condamnatoires est plus longue pour l'administration que pour les particuliers. Cependant, le créancier de l'administration connaît d'avance ces délais car ils sont prévus par la loi.

850. Une fois l'administration condamnée, elle ne peut pas se soustraire à l'obligation d'accomplir les décisions juridictionnelles. En conséquence, l'efficacité de la sentence arbitrale est garantie par la loi. Cependant, les fonctionnaires chargés de cette tâche ne l'accomplissent pas toujours dans les conditions prévues. L'efficacité de la sentence peut-elle en conséquence être confirmée dans la pratique ? Il convient de présenter les éléments de réponse à cette question, d'un point de vue théorique, au regard des règles administratives et des conditions légales relatives à l'exécution des sentences arbitrales (§1), et, d'un point de vue pratique, au regard de la responsabilité des fonctionnaires publics (§2).

¹⁴¹³ Décret 111 de 1996. Article 19.

§1. *Les obligations de l'administration*

851. **La procédure.** Le chef du service de l'organe administratif condamné est tenu de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement des jugements.¹⁴¹⁴ Il doit édicter, dans les trente jours suivant la communication de la sentence, une résolution par laquelle il déclenche les mesures nécessaires à l'accomplissement de la sentence arbitrale.¹⁴¹⁵ Il doit envoyer une copie authentique de la sentence au Ministère des finances afin de prévoir le paiement des obligations découlant de la sentence.¹⁴¹⁶

852. Les crédits résultant des sentences arbitrales sont budgétés dans la section budgétaire correspondante. Les recettes doivent prévoir toutes les obligations résultant des crédits juridictionnels.¹⁴¹⁷

853. **Les garanties.** Le Ministère public, les corporations d'élection populaire et les juges sont garants de cette procédure. Le Ministère public participe à la procédure d'exécution des crédits juridictionnels lorsque la Nation, une entité territoriale ou décentralisée, sont condamnées à payer ou à rembourser une somme liquide d'argent. Une copie de la sentence doit être communiquée à l'agent qui exerce les fonctions de Ministère public vis-à-vis de l'entité condamnée. Celui-ci doit dresser une liste des crédits juridictionnels qu'il adresse aux fonctionnaires responsables de la préparation du budget. Ils sont donc tenus de prendre en compte les sommes résultant des sentences condamnatoires.¹⁴¹⁸

¹⁴¹⁴ *Décret 111 de 1996. Article 45.*

¹⁴¹⁵ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 176.*

¹⁴¹⁶ *Décret 768 de 1993. Article 1 :* Il doit également communiquer le nom et coordonnées des avocats, des représentants et des parties au litige. Si l'entité condamnée ne communique pas l'information nécessaire, le Ministère de finances devra informer le Ministère public afin qu'il mène les enquêtes disciplinaires de sa compétence.

¹⁴¹⁷ *Décret 111 de 1996. Article 45.*

¹⁴¹⁸ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 177.*

Le Congrès, les Assemblées départementales, les Contrôleurs départementaux et municipaux, le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs doivent s'abstenir d'approuver ou d'exécuter les budgets qui n'ont pas prévus les crédits nécessaires au paiement des créances juridictionnelles signalées par le Ministère public.¹⁴¹⁹

854. La Nation, les entités territoriales ou décentralisées disposent d'un délai de dix-huit mois pour le paiement.¹⁴²⁰ La Nation peut même inclure des crédits dans son budget affectés à l'octroi de prêts aux entités territoriales ou décentralisées lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement des jugements.¹⁴²¹

855. **Le paiement.** Une fois que l'acte administratif qui ordonne le paiement de la somme prévue par la sentence est notifié, le bénéficiaire de la sentence arbitrale peut réclamer le paiement dans un délai de 20 jours. S'il ne le fait pas, la somme est déposée sur un compte bancaire au nom du bénéficiaire.¹⁴²² A travers ce procédé, l'administration entend accomplir l'obligation résultant de la sentence arbitrale.¹⁴²³ L'acte administratif qui ordonne le paiement d'une sentence arbitrale n'est susceptible de contrôle que lorsque l'acte méconnaît le contenu de la décision prise dans la sentence arbitrale.¹⁴²⁴

§2. La responsabilité pour l'inexécution

856. Le droit administratif prévoit des outils pour assurer l'exécution des sentences. Mais, en pratique, les fonctionnaires peuvent se soustraire à leurs obligations. Il convient donc d'analyser les règles prévues dans une telle situation.

¹⁴¹⁹ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 177.*

¹⁴²⁰ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 177.*

¹⁴²¹ *Décret 111 de 1996. Article 43.*

¹⁴²² *Décret 111 de 1996. Article 45.*

¹⁴²³ *Décret 2841 de 1994. Article 1.*

¹⁴²⁴ Conseil d'Etat, Eduardo Borrero Rengifo vs. Municipio de Cali, 3502, (05-03-2009).

857. **La responsabilité de l'Etat.** En cas d'inaccomplissement des sentences, l'Etat engage sa responsabilité patrimoniale : la loi lui ordonne de payer des intérêts commerciaux et moratoires.¹⁴²⁵ Ces intérêts ne pouvaient être réclamés que six mois après la notification de la sentence, et les intérêts moratoires à partir de l'écoulement de ce délai. Cependant, la Cour constitutionnelle a déclaré cette disposition contraire aux principes d'égalité, d'équité,¹⁴²⁶ et de responsabilité patrimoniale de l'Etat.¹⁴²⁷ Ces intérêts peuvent donc dorénavant être réclamés une fois que le délai de recours en annulation est écoulé.

858. **La responsabilité des fonctionnaires.** Si les fonctionnaires responsables du paiement des sentences sont négligents dans l'accomplissement de leurs fonctions, le juge ou même le citoyen concerné, doit en faire part à l'organe compétent afin d'engager les enquêtes administratives, fiscales, et/ou pénales nécessaires. Les fonctionnaires engagent leur propre responsabilité patrimoniale pour les préjudices causés au trésor public à cause de l'inaccomplissement de leurs fonctions ou de leur négligence dans l'exécution de ses tâches.¹⁴²⁸ Le retard injustifié engage également leur responsabilité pour mauvaise conduite.¹⁴²⁹

859. La loi prévoit les règles nécessaires afin que l'exécution volontaire des condamnations découlant des sentences arbitrales garantisse l'efficacité de celles-ci.¹⁴³⁰ Nonobstant, la loi prévoit aussi des moyens juridiques pour forcer l'administration.

¹⁴²⁵ *Code de procédure contentieuse administrative. Articles 177 (8^{ème} alinéa) ; Code de commerce. Article 886.*

¹⁴²⁶ Cour constitutionnelle, C-188/99, (24-03-1999).

¹⁴²⁷ Cour constitutionnelle, C-965/03, (21-10-2003).

¹⁴²⁸ *Décret 111 de 1996. Article 45.*

¹⁴²⁹ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 177 ; Décret 768 de 1993.*

¹⁴³⁰ La loi 1437 de 2011 (nouveau Code de procédure administrative et contentieuse administrative) entrera en vigueur en juillet 2012. L'article 193 dispose que les crédits juridictionnels doivent être payés dans un délai maximal de dix mois. Cet article prévoit la liquidation d'intérêts moratoires sur le montant de la condamnation. L'article 195 fixe a procédure à suivre pour obtenir le paiement des crédits juridictionnels. Le non-respect de ces

Deuxième sous-section. L'exécution forcée

860. La sentence arbitrale peut être objet d'une procédure d'exécution forcée, même lorsqu'elle concerne une entité publique¹⁴³¹ (§1). Le régime du droit commun de l'arbitrage prévoit que le recours en annulation ne suspend pas les effets de la sentence. La situation est donc paradoxale : une sentence dont la validité est mise en cause par l'une des parties est quand même susceptible de produire tous ses effets. Le législateur a cependant prévu qu'une des parties puisse demander la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale. Il convient de se demander quelles sont les conditions et les effets de cette suspension. (§2)

§1. Le procédé d'exécution forcée

861. Si les sentences arbitrales ne sont pas exécutées dans les conditions prévues par l'article 177 du Code de procédure contentieuse administrative, elles sont susceptibles d'exécution forcée.

862. L'institution de l'Huissier de justice n'existe pas en Colombie. Seuls les juges étatiques peuvent ordonner l'exécution forcée d'une décision de justice ou d'un titre exécutoire après un procès d'exécution. C'est au législateur que revient la tâche de distribuer les compétences d'exécution entre les différentes juridictions. La question n'est cependant pas claire en matière de sentences arbitrales. Un conflit d'interprétation découle de l'article 75 de la loi 80 de 1993 et de l'article 177 du Code de procédure contentieuse administrative.

dispositions est passible de sanctions pénales, disciplinaires et fiscales. Les recettes résultant des ces crédits juridictionnels sont insaisissables.

¹⁴³¹ En Colombie, seuls les juges peuvent ordonner l'exécution forcée d'une décision juridictionnelle.

863. **Compétence de la juridiction administrative ou de la juridiction judiciaire ?** L'article 676 du Code de procédure civile (décret 1400 et 2019 de 1970) disposait que la justice judiciaire est compétente pour connaître de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale.¹⁴³² Cette norme a été modifiée par l'article 129 de la loi 446 de 1998 (compilé dans le paragraphe de l'article 165 du décret 1818 de 1998). La loi maintient la compétence de la juridiction judiciaire mais ajoute que l'exécution est soumise aux règles générales. Il convient de se demander, d'abord, quelle est l'autorité compétente pour l'exécution de la sentence et de déterminer, ensuite, quelles sont les garanties prévues pour en assurer l'effectivité.

864. Si l'article 75 prévoit que « la juridiction administrative est compétente pour connaître les litiges découlant des procédures d'exécution ou d'accomplissement », ¹⁴³³ le dernier alinéa de l'article 177 du Code de procédure contentieuse prévoit que « les décisions juridictionnelles sont exécutoires devant le juge judiciaire ». Aucune de ces dispositions ne distingue l'exécution des décisions de la juridiction administrative et des sentences arbitrales. Cependant, l'article 165 du décret 1818 de 1998 dispose que la procédure d'exécution forcée des sentences arbitrales appartient à la juridiction judiciaire. Deux normes spéciales confirment donc la compétence de la juridiction judiciaire en la matière.

865. **L'interprétation de la jurisprudence.** Le Conseil d'Etat juge qu'il ne peut pas y avoir de conflit d'interprétation dans la mesure où ces règles visent des situations différentes : « La loi 80 de 1993 règle quelques aspects de l'arbitrage, le type d'arbitrage, le nombre d'arbitres, les motifs d'annulation de la sentence arbitrale et le juge compétent. Nonobstant, elle renvoie aux règles du droit

¹⁴³² Cette disposition a été confirmée par les articles 40 du décret 2279/89 et l'article 96 de la loi 23 de 1991.

commun de l'arbitrage tout ce qui concerne la nomination des arbitres, la constitution, le fonctionnement du Tribunal arbitral (article 70), le traitement et les effets du recours en annulation (dernier alinéa de l'article 72). Etant donné qu'il n'y a pas de règle expresse relative à l'exécution des sentences arbitrales dans la loi 80 de 1993, le régime juridique applicable est celui du droit commun de l'arbitrage en vertu du renvoi. C'est donc le juge judiciaire qui est compétent pour connaître de l'exécution des sentences arbitrales.¹⁴³⁴ Le Conseil d'Etat n'est compétent que pour connaître de l'exécution des décisions rendues par la juridiction administrative. »¹⁴³⁵

Il convient de préciser que le nouveau Code de procédure administrative et de procédure contentieuse (en vigueur à partir de juillet 2012) donne compétence à la juridiction administrative pour les procédures d'exécution des condamnations résultants des décisions juridictionnelles rendues par cette juridiction, des conciliations approuvées par cette juridiction, des sentences arbitrales dont une des parties est une entité publique et des contrats publics. Le législateur a voulu surmonter, avec cette disposition, les problèmes interprétatifs résultant des articles 72 de la loi 80 de 1993 et 165 du Décret 1818 de 1998.¹⁴³⁶

866. **Les mesures provisoires.** Celui qui engage une procédure d'exécution de la sentence peut demander des mesures provisoires lorsqu'il saisit le juge et ce,

¹⁴³³ La Cour constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité du texte tout en précisant que les procédures d'exécution ont pour objet de rendre effectifs les droits reconnus par un titre exécutoire ou par une décision juridictionnelle Cour constitutionnelle, C-388/96, (22-08-1996).

¹⁴³⁴ Les arbitres ne sont pas compétents pour connaître des procédures d'exécution des sentences arbitrales.

¹⁴³⁵ Conseil d'Etat, Construcciones Axioma Ltda, 23757, (13-11-2003). Dans le même sens, Conseil d'Etat, Leonardo Abuchaibe Anichiarico vs. Municipio de Maicao - Guajira, 16124, (12-08-1999). Il convient cependant de remarquer que le Conseil d'Etat a une compétence résiduelle sur la validité des actes administratifs édictés pour l'accomplissement de la sentence arbitrale. Ces actes ne font l'objet d'un contrôle juridictionnel devant la juridiction administrative que lorsqu'ils modifient ou suppriment en tout ou partie le dispositif de la sentence arbitrale.

Eduardo Borrero Rengifo vs. Municipio de Cali, 3502.

¹⁴³⁶ *Loi 1437 de 2011. Article 104-6.*

afin de garantir le paiement. Cependant, les biens publics sont, en principe, insaisissables.

867. *Le principe général d'insaisissabilité des biens publics* est consacré à l'article 63 de la constitution : les « biens d'usage public »,¹⁴³⁷ les parcs naturels, les terres communales de groupes ethniques, les réserves indigènes, le patrimoine archéologique de la Nation et les autres biens énumérés par la loi sont inaliénables et imprescriptibles. Le législateur a la compétence générale pour déterminer quels biens peuvent être saisis. »

868. La Cour constitutionnelle juge que la règle générale est l'insaisissabilité des biens et des ressources de l'Etat : les biens de l'Etat garantissent les moyens d'accomplissement de l'intérêt général.

Ce principe protège les ressources financières destinées à l'accomplissement des fonctions attribuées aux organes de l'Etat.¹⁴³⁸ La Cour impose au législateur le respect : a) des principes constitutionnels qui garantissent la dignité humaine¹⁴³⁹ ; b) du principe de sécurité juridique afin de garantir les droits reconnus par les décisions juridictionnelles et leur exécution¹⁴⁴⁰ et, c) des titres juridiques de l'Etat qui contiennent une obligation claire et exécutoire.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁷ A propos de cette notion voir : JULIAN ANDRES PIMIENTO ECHEVERRI. Les biens d'usage public en droit colombien, Panthéon-Assas (2011).

¹⁴³⁸ Cour constitutionnelle, C-354/97, (04-08-1997). Cour constitutionnelle, C-192/05, (03-03-2005) ; Cour constitutionnelle, C-263/94, (02-06-1994) ; Cour constitutionnelle, C-337/93, (19-08-1993) ; Cour constitutionnelle, C-546/92, (01-10-1992) ; Cour constitutionnelle, C-793/02, (24-09-2002) ; Cour constitutionnelle, C-1064/03, (11-11-2003).

¹⁴³⁹ C-546/92. Décision confirmée par les décisions : Cour constitutionnelle, C-013/93, (21-01-1993) ; C-337/93. C-263/94 ; C-354/97 ; Cour constitutionnelle, C-402/07, (28-08-1997) ; Cour constitutionnelle, C-566/03, (15-07-2003) ; C-793/02 ; C-1064/03.

¹⁴⁴⁰ C-354/97. C-402/07.

¹⁴⁴¹ *Ibidem*.

869. Cependant, le législateur définit les règles de saisissabilité des biens publics à l'article 684 du Code de procédure civile: « A part les biens insaisissables en vertu de règles spéciales, ne peuvent être saisis : 1. Les biens destinés à un usage public ; 2. Les biens destinés à assurer la prestation d'un service public. Lorsque le service est assuré par les départements, les communes, les établissements publics ou par la voie d'une concession de prestation de services publics, ils peuvent être saisis jusqu'à un tiers de leurs revenus. Lorsqu'il est assuré par des particuliers, ils peuvent être saisis dans les mêmes conditions que celles qui régissent la saisie des biens des entreprises industrielles et commerciales de l'Etat ; 3. Les deux tiers des revenus bruts des départements et communes peuvent être saisis. 4. Les avances forfaitaires des contrats de travaux publics tant que les travaux ne sont pas achevés. Ils ne peuvent être saisis que lorsque les droits des travailleurs sont en cause [...] »¹⁴⁴²

870. Le Conseil d'Etat juge que « les biens du domaine public sont constitués par les biens destinés soit à l'accomplissement des fonctions de l'Etat (biens

¹⁴⁴² Un citoyen a présenté une demande en déclaration d'inconstitutionnalité à l'encontre de cette norme. Il fait valoir que la saisie des biens destinés à assurer la prestation d'un service public, même s'il est assuré par un particulier, porte atteinte à l'intérêt public implicite dans la notion constitutionnelle de service public et à la garantie de continuité dans la prestation du service. La Cour constitutionnelle a rejeté cette demande. Elle juge que « lorsque le législateur dispose que les biens destinés aux services publics assurés par des particuliers sont saisissables, il ne méconnaît pas l'article 63 de la constitution. Le législateur distingue les biens et revenus susceptibles d'être saisis dans le cadre des dispositions constitutionnelles. Il a pris en compte la nature publique ou privée du prestataire du service, et il a autorisé ainsi la saisissabilité d'une partie des revenus du service même lorsque celui-ci est assuré par une entité publique [...], lorsque les particuliers assurent un service public, ils le font pour obtenir légitimement des bénéfices, c'est pourquoi, ils se soumettent aux lois de l'offre et de la demande et le régime juridique applicable à leur activité est le droit privé. Les mesures provisoires répondent en conséquence à des circonstances prévisibles, auxquelles ils sont en mesure de se soustraire. [...] alors que les particuliers assurent la prestation d'un service public pendant la période de la durée du contrat, l'Etat doit garantir l'accès aux services publics de manière générale et permanente dans les conditions prévues par l'article 365 de la constitution. En conséquence, le particulier a le choix de passer ou non un contrat avec l'Etat pour assurer un service public tandis que l'Etat est responsable de la prestation continue de ces services sur tout le territoire national de manière directe ou indirecte. Si le législateur définit un régime différent entre les particuliers et les entités publiques, il agit conformément aux dispositions constitutionnelles car il a attribué un traitement différent à des entités

fiscaux), soit à l'usage de la communauté (biens d'usage public). Les biens fiscaux ou de propriété des entités publiques sont susceptibles de mesures provisoires de saisie et d'être mis sous séquestre. Le Conseil d'Etat juge que le principe d'insaisissabilité des ressources du budget de l'Etat ne s'applique pas aux entités territoriales : leurs biens sont saisissables dans les conditions fixées par l'article 684 du Code de procédure civile ». ¹⁴⁴³

871. **Les mesures provisoires en cas d'exécution forcée de la sentence.** Les entités publiques ne sont pas protégées dans un tel cas par le principe d'insaisissabilité de leurs biens. Ainsi, même si l'article 12 du décret 111 de 1996 et l'article 513 du Code de procédure civile disposent que les postes budgétaires de la Nation sont insaisissables, la Cour constitutionnelle juge dans les décisions C-546/92 et C-354/97 que le principe d'insaisissabilité des revenus de l'Etat, consacré par le Statut organique du budget public, n'est pas absolu. La Cour admet parmi les exceptions à ce principe, le paiement des obligations découlant des décisions juridictionnelles. Une fois écoulés les 18 mois prévus par l'article 177 du Code de procédure contentieuse administrative, il est possible de demander la saisie des sommes correspondantes, sur les postes budgétaires relatifs aux décisions juridictionnelles, et à défaut, sur les biens des entités condamnées. ¹⁴⁴⁴

872. **L'ordre d'exécution.** Le juge judiciaire saisi pour l'exécution forcée de la sentence arbitrale rend un ordre d'exécution si la demande répond aux conditions légales formelles et matérielles. ¹⁴⁴⁵ Une fois cet ordre communiqué, le débiteur est tenu d'accomplir cette obligation dans les cinq jours suivant la communication de l'ordre par le juge. Le défendeur peut soulever les exceptions de paiement de

constitutionnellement différentes, même si elles prennent en charge des activités similaires. » C-1064/03.

¹⁴⁴³ Conseil d'Etat, Areneras el Dagua, 18503, (22-02-2001).

¹⁴⁴⁴ A partir des décisions C-546/92 et C-354/97.

¹⁴⁴⁵ Voir n° 862 et s.

l'obligation, de compensation, de confusion, de novation, de rémission, de prescription ou de transaction si les faits qui les fondent sont postérieurs à la date à laquelle la sentence arbitrale a été rendue.

873. **Les sanctions en cas de retard.** La Cour constitutionnelle juge que les bénéficiaires de la sentence peuvent faire reconnaître les intérêts sur les sommes impayées seulement lorsqu'ils ont présenté la demande de paiement à l'autorité compétente pour rendre effective la sentence.¹⁴⁴⁶ Si les sommes reconnues par les sentences produisent des intérêts commerciaux et intérêts moratoires,¹⁴⁴⁷ le juge d'exécution en détermine le montant au regard du dispositif de la sentence arbitrale et des preuves présentées par les parties.

874. Une action de *tutela* a été soulevée en 2009 contre la décision du Tribunal civil (juge de l'exécution en deuxième instance) qui condamne l'Entreprise de Télécommunications de Bogotá à payer des intérêts commerciaux sur les sommes impayées. Le requérant conteste la décision du Tribunal en ce que celui-ci aurait empiété sur les compétences du Tribunal arbitral pour fixer des intérêts commerciaux alors qu'il aurait dû, selon lui, se contenter de fixer des intérêts civils. La Cour constitutionnelle estime que le juge de l'exécution a la liberté d'apprécier le droit applicable pour établir le montant et la nature de l'indemnisation. Il n'y a donc pas eu méconnaissance de la compétence du Tribunal arbitral par le Tribunal civil.¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴⁶ Voir *C-965/03*. Cour constitutionnelle, C-188/99, (24-03-1999) ; Conseil d'Etat - section consultative, Ministerio de Transporte, 1661, (21-07-2005).

¹⁴⁴⁷ *Code de procédure contentieuse administrative. Article 177-8, C-188/99.*

¹⁴⁴⁸ Cour constitutionnelle, T-904/09, (04-12-2009).

§2. Les difficultés de l'exécution forcée en cas de recours en annulation

875. L'article 111 de la loi 23 de 1991 dispose que « le recours en annulation ne suspend pas l'exécution de la sentence arbitrale, sauf si le requérant offre une caution susceptible de répondre des préjudices que la suspension peut causer à la partie adverse. » En conséquence, la loi permet la coexistence de deux procédures parallèles, apparemment contradictoires, une pour l'annulation de la sentence arbitrale et l'autre pour son exécution. Le Conseil d'Etat a déclaré en 1997 que cette situation était tout à fait viable : « comme le recours d'annulation a une nature extraordinaire, il n'empêche pas l'effectivité de la sentence. »¹⁴⁴⁹

876. **Les difficultés subséquentes aux changements législatifs.** Comme la loi 446 de 1998 déroge, à son article 167, à l'article 111 de la loi 23 de 1991, le problème posé au Conseil d'Etat en 2002 est de décider si l'exécution judiciaire de la sentence arbitrale peut-être demandée si un recours en annulation est en cours à l'encontre de la sentence arbitrale.

L'arrêt Société Word Parking S.A. vs. Institut du Développement Urbain¹⁴⁵⁰ juge que si la validité de la sentence arbitrale est en cause, la sentence ne peut pas être susceptible d'exécution forcée. Le Conseil d'Etat juge que « la validité est une des conditions nécessaires à l'exécution d'une sentence arbitrale [...] Comme l'arbitre n'a pas *d'imperium*, il est clair que la dérogation expresse de l'article 111 de la loi 21 de 1991 est une interdiction à l'effet suspensif du recours en annulation. » Il faut cependant observer que dans cette décision, trois Conseillers d'Etat ont présenté une opinion individuelle. Cette situation questionne la valeur même de cet arrêt :

¹⁴⁴⁹ IDU vs. Consorcio Jorge A Torres - Alvaro Rivera, 7215.

¹⁴⁵⁰ Consejo de Estado, Sociedad Word Parking vs. Idu, 20467, (07-02-2002).

ils estiment au contraire que l'arbitre a *l'imperium* que lui confère l'article 116 de la constitution et la loi.¹⁴⁵¹

877. **La situation actuelle.** L'article 34 de la loi 794 de 2003 (qui modifie l'article 331 du Code de procédure civile) a résolu le problème. Il dispose que « les décisions juridictionnelles sont revêtues de la force exécutoire, si dans les trois jours suivant sa communication, les parties n'ont pas exercé leur droit de recours ou si dans les trois jours suivant la communication de la décision issue des recours exercés à l'encontre de la décision [...] le recours en annulation exercé à l'encontre d'une sentence arbitrale ne suspend ni empêche son exécution. Nonobstant, l'intéressé pourra demander la suspension s'il offre une caution afin de répondre des préjudices qu'elle peut causer à la partie adverse. Le montant de la caution sera fixé par le juge de l'annulation et la caution devra être constituée dans les dix jours suivant la communication de l'ordre de procédure. Une fois que le juge approuve la caution, les effets de la sentence seront suspendus. Quand le requérant est une personne publique, il n'est pas tenu de constituer une caution. » Désormais, le Conseil d'Etat a unifié sa jurisprudence et applique cette disposition.¹⁴⁵²

¹⁴⁵¹ A travers des opinions individuelles, les magistrats ne se séparent pas de la décision prise par le Conseil d'Etat mais mettent en exergue des arguments qui auraient mérité de faire partie de la motivation de la décision. Ricardo Hoyos Duque et Alier Hernandez Enriquez estiment qu'« en vertu de l'article 116 de la constitution, les arbitres rendent des sentences revêtues de la force de la chose jugée. La Cour constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité des normes qui admettent que les arbitres puissent ordonner des mesures provisoires. La Cour déclare donc que les arbitres ont des pouvoirs de décision, contrainte, d'investigation, et d'exécution. L'arbitre a donc *l'imperium* que lui confère l'ordre juridique colombien. » Germán Rodríguez Villamizar estime également que l'arbitre a les mêmes pouvoirs que les juges étatiques.

¹⁴⁵² Voir par exemple : Conseil d'Etat, Producciones JES Ltda. vs. Comisión Nacional de Televisión, 39092, (10-03-2011). *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846. T-904/09. Conseil d'Etat, Caja Nacional de Previsión Social E.P.S. vs. Sociedad clínica de Manizales, 22567, (27-11-2002). *Construcciones Axioma Ltda*, 23757.

878. Ainsi, si les parties peuvent exercer leur droit de recours, celui-ci n'empêche, ni ne suspend l'exécution de la sentence.¹⁴⁵³ En cas de rejet du recours en annulation, le requérant doit payer non seulement les frais de procédure mais encore les intérêts moratoires. Ces derniers compensent le temps que le bénéficiaire de la sentence doit attendre pour l'accomplissement de la sentence arbitrale. Le Conseil d'Etat a précisé que cette disposition concerne aussi bien les éléments principaux de la condamnation que ses éléments accessoires (les intérêts).¹⁴⁵⁴ La Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité d'une règle qui exemptait l'administration de payer des intérêts moratoires pendant les six mois suivant la communication de la sentence.¹⁴⁵⁵

879. **La suspension des effets de la sentence arbitrale.** Si l'article 331 du Code de procédure civile prévoit que la partie intéressée peut offrir une caution afin d'empêcher l'exécution de la sentence arbitrale, les entités publiques sont exemptées de cette obligation. Le caractère public de ces entités leur fait bénéficier d'un régime préférentiel à cet égard.

Le Conseil d'Etat précise que la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale implique la présentation d'une demande expresse de la part de la partie intéressée. Cette demande doit être motivée et présentée dans les dix jours suivant la notification du recours en annulation. Il ajoute également que les conditions exigées par le Code de procédure civile sont applicables dans les mêmes conditions aux particuliers et aux personnes publiques. Une interprétation contraire irait à l'encontre des principes constitutionnels d'impartialité et d'égalité entre les parties (article 13 et 209 de la constitution).¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵³ L'article 331 du Code de procédure civile détermine que le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale ne suspend ni n'empêche son exécution.

¹⁴⁵⁴ *IDU vs. Consorcio Jorge A Torres - Alvaro Rivera*, 7215. Conseil d'Etat, Avis, Invias, 1602, (31-08-2004).

¹⁴⁵⁵ *C-188/99*.

¹⁴⁵⁶ Conseil d'Etat, *CONHYDRA S.A. E.S.P. - Municipio de Turbo y Aguas de Uraba S.A.*, 35287, (26-06-2008).

L'unique exonération prévue par la loi est celle relative à la caution. Cette exonération trouve son fondement dans la permanence de l'administration publique et dans le principe de responsabilité de l'Etat : les entités publiques pourront toujours être convoquées afin de répondre des préjudices ainsi causés (article 90 de la constitution). Cette disposition se fonde également sur les contraintes découlant du régime légal du budget public : l'administration ne peut pas disposer dans un délai de dix jours d'une somme suffisante pour offrir une caution.¹⁴⁵⁷ Il n'y a donc pas un traitement d'exception pour l'administration publique : l'Etat est le garant de ses dettes.

*

* *

880. L'effet « attendu » par les parties, c'est-à-dire celui qui garantit l'efficacité de la sentence, est qu'elle soit exécutée volontairement et dans les délais prévus par la loi. L'effet « réel » de la sentence est observé une fois que la sentence a été exécutée, que ce soit au travers de l'exécution volontaire ou de l'exécution forcée.

881. En cas de doute sur la validité de la sentence, les parties peuvent exercer leur droit de recours, mais elles doivent assumer les conséquences qui en découlent. En cas d'exercice abusif du droit de recours, l'intéressé obtient l'indemnisation correspondante : le droit assure l'effectivité de la sentence arbitrale.

882. Le droit garantit aussi bien l'efficacité que l'effectivité de la sentence arbitrale. L'Etat est le garant des obligations de l'administration à tous les niveaux. Rappelons que l'Etat peut même octroyer des prêts aux entités territoriales et décentralisées pour couvrir leurs créances juridictionnelles. Le bénéficiaire de la sentence compte donc sur la réalisation effective de son droit, même si les délais

¹⁴⁵⁷ CONHYDRA S.A. E.S.P. - *Municipio de Turbo y Aguas de Uraba S.A.*, 35287.

peuvent varier en fonction des instruments procéduraux à la disposition des parties.

883. Le droit offre des instruments pour garantir l'efficacité de la sentence : les parties peuvent obtenir justice grâce à une décision valable qui est exécutée selon les procédés et les garanties légales.

Deuxième chapitre. L'effectivité et les instruments de contrôle de l'arbitrage

884. **L'arbitrage englobe l'idée de justice.** « *La justice s'observe d'abord comme un phénomène universel : elle répond à un besoin exprimé de tous temps et en tous lieux par l'homme dès l'instant où celui-ci a renoncé à obtenir par lui-même par la force la satisfaction de ce qu'il estime lui être dû [...]* Henri Motulsky a toujours soutenu avec vigueur l'idée que l'arbitrage procède moins d'un refus de l'Etat, de ses lois et de ses juridictions, que d'un désir d'une justice administrée différemment : justice étatique et arbitrage poursuivraient, par des voies distinctes mais complémentaires, le même idéal de justice. »¹⁴⁵⁸ Cet idéal de justice, partagé entre la justice étatique et l'arbitrage, est accepté par l'Etat. Ainsi, l'ordre juridique autorise l'arbitrage dans un cadre juridique qui permet son développement.

885. Cette autorisation est une condition nécessaire à l'arbitrage ; elle n'est cependant pas suffisante. Seule la volonté des parties, exprimée par une convention d'arbitrage valable, permet le recours à l'arbitrage.¹⁴⁵⁹ Cette convention est, dans ce cadre, « *un acte de création et un acte d'application du droit. En permettant aux individus de régler leurs relations réciproques par des actes juridiques, l'ordre juridique confère aux individus une certaine autonomie juridique. Ce que l'on appelle « autonomie individuelle » (ou autonomie privée) des parties se manifeste dans la fonction créatrice de droit de l'acte juridique. Les actes juridiques créent des normes individuelles ainsi que des normes générales qui régissent la conduite mutuelle des parties.* »¹⁴⁶⁰ Les parties à l'arbitrage, les arbitres et, éventuellement, le juge étatique sont tenus de respecter les règles posées par les parties à travers la convention d'arbitrage.

¹⁴⁵⁸ BRUNO OPPETIT. *Justice étatique et justice arbitrale Op. cit* p. 415.

¹⁴⁵⁹ C-098/01. C-060/01. C-242/97. C-163/99. C-330/00. SU-174/07. C-186/11.

¹⁴⁶⁰ HANS KELSEN. *Théorie générale du droit et de l'Etat, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, Bruylant - LGDJ. (1997). p.191.

886. **La nature volontaire de l'arbitrage.** L'ordre juridique colombien institue l'arbitrage comme une justice exceptionnelle¹⁴⁶¹ déclenchée seulement par la volonté des parties au litige.¹⁴⁶² Les parties qui se soumettent à l'arbitrage acceptent, dès lors, que la décision au fond¹⁴⁶³ prise par les arbitres soit définitive.¹⁴⁶⁴ En conséquence, l'arbitrage se déroule en une seule instance¹⁴⁶⁵ : à notre connaissance le recours en appel n'a jamais été admis à l'encontre des sentences arbitrales en Colombie. Si l'arbitrage est volontaire, les parties à l'arbitrage ont, en conséquence, un rôle actif duquel dépend le bon déroulement de l'arbitrage.

887. **Les acteurs de l'arbitrage.** L'arbitrage se déroule dans le cadre prévu par la loi et par la convention d'arbitrage. Les acteurs de l'arbitrage que sont les arbitres, les parties, le Ministère public et, éventuellement, le juge étatique participent activement au bon déroulement de l'arbitrage.

888. *Les parties* doivent être vigilantes¹⁴⁶⁶ et signaler aux arbitres les difficultés

¹⁴⁶¹ C-060/01. T-057/95. C-672/99. C-242/97 ; C-431/95. T-570/94.

¹⁴⁶² La Cour constitutionnelle a conclu que les lois qui imposent aux particuliers ou à certaines entités publiques l'obligation de soumettre leurs litiges à l'arbitrage ou qui attribuent des fonctions arbitrales à des entités ou des individus qui n'ont pas été investis par les parties au litige, sont contraires à la constitution. Voir à ce propos : C-242/97. C-1140/00. C-060/01 ; C-330/00 ; C-1038/02.

¹⁴⁶³ Les arbitres agissent au nom de l'Etat, en exercice d'une compétence qu'il leur attribue. Ils administrent la justice pour le cas qui leur a été soumis selon l'intérêt supérieur de l'ordre juridique. Ils définissent le droit applicable à un cas d'espèce après avoir constaté les faits et y avoir attribué une conséquence juridique. Leurs actes ont l'autorité de la force de la chose jugée. C-431/95. C-242/97. C-163/99. SU-174/07.

¹⁴⁶⁴ Les parties investissent les arbitres pour résoudre un litige et s'obligent à accepter ce qu'ils décident de manière définitive au travers de la sentence arbitrale. C-426/94.

¹⁴⁶⁵ Lorsque les particuliers choisissent un mode d'administration de la justice différent de celui qui est assuré par les juges étatiques, ils choisissent une organisation exceptionnelle d'administration de justice qui par sa nature n'a pas de juge supérieur. Ceci rend inapplicable la règle générale de la double instance que prévoit l'article 31 de la constitution. L'exercice du recours en annulation satisfait la garantie de l'article 31, il accomplit les fonctions matérielles de la double instance : T-570/94.

¹⁴⁶⁶ La Cour constitutionnelle juge que lorsque les parties habilent les arbitres pour rendre la justice dans un cas particulier, elles sont tenues d'agir de manière diligente pour préciser les

liées au déroulement de l'instance arbitrale (validité de la convention d'arbitrage, constitution du Tribunal arbitral et administration de la preuve) et à la sentence arbitrale (erreurs de calcul ou dispositions contradictoires dans le dispositif).¹⁴⁶⁷ Les parties peuvent même demander aux arbitres de revenir sur des décisions prises au cours de l'instance arbitrale.¹⁴⁶⁸

*L'efficacité de l'arbitrage ne dépend donc pas exclusivement du cadre légal ou de la tâche accomplie par les arbitres. Les parties ont un rôle essentiel et complémentaire dans la recherche des effets « attendus » de l'arbitrage : elles doivent, non seulement, rédiger une convention d'arbitrage libre de « pathologies »¹⁴⁶⁹ mais aussi choisir des arbitres experts de l'objet du litige. Les parties doivent également participer activement à l'instance arbitrale et réagir opportunément lorsque le dispositif de la sentence arbitrale présente des ambiguïtés, des contradictions ou des erreurs de calcul. Les parties qui se soumettent à l'arbitrage volontairement sont tenues d'agir de manière diligente pour déterminer avec précision les conditions de l'arbitrage, et d'accepter les effets juridiques et économiques de la décision.*¹⁴⁷⁰

889. *Les arbitres*, quant à eux, doivent exercer leur mission selon les règles de l'art. Ils administrent la justice dans le cas qui leur est soumis. Ils doivent respecter les droits essentiels au long de la procédure pour que la sentence puisse être exécutée.¹⁴⁷¹ C'est à propos des garanties liées à l'administration de la justice, aux droits des parties et aux devoirs des arbitres, que le droit octroie aux parties

conditions et assumer les conséquences juridiques et économiques découlant de leur décision. SU-174/07.

¹⁴⁶⁷ L'article 163 du décret 1818 de 1998 prévoit les motifs en annulation. Quatre sur huit motifs ne peuvent pas fonder le recours si les parties n'ont pas signalé aux arbitres pendant l'instance arbitrale l'existence des problèmes liés à la mise en œuvre de l'arbitrage.

¹⁴⁶⁸ Par exemple : article 147-2 du décret 1818 de 1998 (décision des arbitres sur leur propre compétence), article 150 (décision sur l'intervention de tiers dans la procédure) et article 151 (sur l'administration de preuves dans l'instance arbitrale).

¹⁴⁶⁹ Voir sur ce sujet : FRÉDÉRIC EISEMANN. La clause d'arbitrage pathologique, in *Arbitrage Commercial: Essais in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin, (1974). MARIE HÉLÈNE MALEVILLE. *Pathologie des clauses compromissoires*, Revue de droit des affaires internationales, 1, 61-83 (2000). ANNE FRANÇOISE PASCAL. *Arbitrage international: le principe compétence-compétence et les clauses pathologiques*; Note Cass. 1er civ. 20 février 2007, RJDA, 5, 423-427 (2007).

¹⁴⁷⁰ SU-174/07. Voir dans le même sens : C-242/97.

des instruments de contrôle de l'activité arbitrale.

890. *Le Ministère public* est autorisé par la loi à exercer des voies de recours. Nous avons vu, à plusieurs reprises, que l'arbitrage des contrats publics touche aux intérêts de la société : les arbitres jugent des litiges qui, bien que de nature disponible, concernent des secteurs sensibles comme les services publics. Ils font, à ce titre, assez souvent la « une » de la presse. On entend alors, et de façon contradictoire, que le Ministère public n'a pas fait son travail quand il n'a pas exercé de voies de recours, ou, en sens inverse que l'administration a exercé abusivement les recours à sa disposition pour se soustraire aux décisions des arbitres.

Il est nécessaire de se demander si un tel comportement est systématique et s'il porte, par là-même, atteinte à l'efficacité de l'arbitrage. L'exercice des voies de recours met en branle, comme nous l'avons vu, l'ensemble de l'appareil juridictionnel, alors même que l'intention initiale des parties était justement de ne pas recourir à la justice étatique.

891. **Les instruments de contrôle.** Si l'arbitrage représente l'idéal de justice, il faut bien que l'ordre juridique établisse des instruments de contrôle qui permettent de garantir que l'arbitrage se déroule selon les conditions légales. Il faut, au surplus, que ces moyens de contrôle traduisent un équilibre entre les droits des parties et l'efficacité de l'arbitrage. Ainsi, s'il est nécessaire de contrôler l'arbitrage, se pose la question de la mesure d'une telle entreprise.

892. L'ordre juridique colombien admet le contrôle juridictionnel de la validité de la sentence arbitrale (première section). Cohabite avec ce dernier un contrôle constitutionnel destiné à protéger les droits constitutionnels fondamentaux des parties tout au long de l'instance. Cette action s'exerce notamment, mais pas

¹⁴⁷¹ Sur la mission juridictionnelle de l'arbitre voir : THOMAS CLAY. *L'arbitre. Op. cit.* p.41 et s.

seulement, à l'encontre de la sentence arbitrale.¹⁴⁷² (deuxième section).

Première section. Le contrôle de la régularité de la sentence arbitrale

893. Le caractère exceptionnel de l'arbitrage implique que les voies de recours contre la sentence soient restreintes. En effet, le régime juridique de l'arbitrage garantit le caractère volontaire de l'arbitrage, c'est-à-dire le désir des parties d'obtenir une sentence arbitrale efficace dans les meilleurs délais.

Tant que la loi 2^{ème} de 1938 était en vigueur, l'homologation de la sentence arbitrale était l'unique moyen de contrôler sa régularité. Ce n'est qu'en 1970 que les commissions de révision du Code de procédure civile et du Code de commerce se sont accordées pour supprimer l'homologation systématique des sentences arbitrales. A été introduit, en échange, un contrôle juridictionnel par voie de recours en annulation, que les parties utiliseraient exceptionnellement.

894. Le Code de procédure civile de 1970, et le décret 1818 de 1998 ont prévu deux recours extraordinaires : le recours en annulation qui s'exerce devant le Tribunal civil ; le recours en révision qui s'exerce devant la Cour suprême de justice. Nonobstant, en matière de contrats publics, la loi 80 de 1993 a prévu que le recours en annulation s'exerce devant la chambre spécialisée en contrats publics du Conseil d'Etat et que le recours en révision de la décision d'annulation s'exerce devant la chambre plénière du Conseil d'Etat.

895. Il convient de remarquer que le recours en appel n'a jamais été admis, à notre connaissance, à l'encontre des sentences arbitrales en Colombie. La Cour constitutionnelle juge que « si la règle générale est que les sentences rendues par une autorité juridictionnelle sont susceptibles de recours d'appel, ces règles connaissent des exceptions prévues par la constitution et définies par la loi. [...] Quand les particuliers se soumettent à la décision d'un tribunal essentiellement

¹⁴⁷² Constitution. Article 89.

transitoire, ils choisissent une forme exceptionnelle d'administration de la justice où il n'existe pas de supérieur hiérarchique. Ainsi, la nature des choses rend impossible l'application, dans ce cas particulier, du principe de la double instance qui régit la juridiction étatique. Le législateur a donc accordé aux tribunaux supérieurs et à la Cour suprême de justice, depuis une vingtaine d'années, la compétence pour connaître des recours extraordinaires en annulation et en révision des sentences arbitrales. »¹⁴⁷³ Le principe de la double instance n'est donc pas violé en matière d'arbitrage dans la mesure où les recours extraordinaires garantissent les finalités matérielles de la double instance.¹⁴⁷⁴

896. En France, « depuis l'arrêt *INSERM* rendu par le Tribunal des Conflits le 17 mai 2010, les recours contre les sentences arbitrales sont partagés entre le juge judiciaire et le juge administratif. Cette dispersion du contrôle des sentences n'est pas satisfaisante. Pour y remédier, le juge judiciaire doit se voir confier un bloc de compétences exclusif intégrant le contrôle des sentences, dont une partie est une personne publique française, au regard des principes essentiels de droit public français. Il faut approuver les propositions du rapport Prada, dont la mise en œuvre devrait permettre de mettre un terme aux dissensions entre publicistes et arbitragistes. »¹⁴⁷⁵

Le contrôle juridictionnel de la régularité de la sentence arbitrale est assuré par le recours en annulation¹⁴⁷⁶ en matière de contrats publics pour les sentences rendues selon la loi colombienne, (première sous-section). Il est assuré par l'exequatur des sentences arbitrales internationales lorsque celles-ci sont rendues à l'étranger, selon un droit étranger. (Deuxième sous-section).¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷³ T-570/94.

¹⁴⁷⁴ SU-174/07.

¹⁴⁷⁵ YVES GAUDEMET. CHRISTOPHE LAPP. ANNE STEIMER. *Les personnes publiques et l'arbitrage international*, Recueil Dalloz, 2552-2558 (2011). Sur le Rapport Prada voir n° 28 et s.

¹⁴⁷⁶ Décret 1818 de 1998. Article 163.

¹⁴⁷⁷ Article 694 du Code de procédure civile, loi 31 de 1991 (par laquelle s'adopte la Convention de New York de 1958), Convention de Panama de 1975 et le CIRDI.

Première sous-section. Le recours en annulation

897. **La nature du recours en annulation.** Le recours en annulation existe dans le droit de l'arbitrage colombien depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 1970. Son existence a été confirmée par le décret 2279 de 1989 (article 2), puis par la loi 446 de 1998 (l'article 115) compilée dans le décret 1818 de 1998 (article 117). Cependant, la loi ne définit pas la nature même du recours en annulation.

898. La Cour constitutionnelle, dans sa décision d'unification SU-174/07, a rappelé que le recours à la justice arbitrale écarte la juridiction étatique. Il s'agit d'une justice spécifique à un litige particulier, exceptionnelle et transitoire. *Si l'arbitrage est une justice, il ne constitue pas une juridiction au sens organique.* Les arbitres ne sont pas soumis à l'autorité d'une juridiction suprême. La Cour juge que la stabilité juridique de la sentence arbitrale est une conséquence directe de la liberté des parties de recourir à l'arbitrage. L'annulation exclut la révision *in integrum* du litige.¹⁴⁷⁸ Le principe de la double instance n'est donc pas méconnu en matière d'arbitrage car les parties ont le droit de mettre en cause la régularité de la sentence arbitrale par un recours en annulation. Ce recours garantit les finalités matérielles de la double instance.¹⁴⁷⁹

899. Même si la loi ne définit pas la nature du recours en annulation, la jurisprudence administrative affirme de manière constante qu'il s'agit d'un recours extraordinaire.¹⁴⁸⁰ Le Conseil d'Etat a ainsi jugé en 1987 que « l'objet du recours

¹⁴⁷⁸ T-570/94.

¹⁴⁷⁹ SU-174/07.

¹⁴⁸⁰ Voir par exemple : *Caja Nacional de Prevision Social E.P.S. vs. Sociedad clinica de Manizales*, 22567 ; *Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión*, 22195 ; *Consortio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima*, 19333 ; Conseil d'Etat, *Consortio Mejias vs. IDU*, 18411, (08-02-2001) ; *Estella Montes Herrera vs. Corporación Autonoma Regional de Risaralda*, 22012 ; *Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca*, 21652 ; *Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el*

en annulation est fixé exclusivement par le requérant dans le cadre des motifs énoncés par la loi [principe dispositif].¹⁴⁸¹ Le recours en annulation a une portée plus restreinte que le recours de cassation. Le juge de l'annulation ne peut pas contrôler les aspects substantiels ou ceux qui sont liés à l'appréciation de la preuve. *Il ne juge que la régularité formelle de la procédure arbitrale.* L'objet du recours est la décision juridictionnelle exécutoire qu'est la sentence. Le recours diffère de l'action qui donne lieu à la procédure arbitrale. »¹⁴⁸² (Nous soulignons).

La procédure d'annulation n'est donc pas une instance : le recours en annulation est exceptionnel, restrictif et extraordinaire.¹⁴⁸³ L'objet et la finalité du recours est d'attaquer la décision arbitrale pour les erreurs *in procedendo*. Les parties ne peuvent pas contester des aspects de fond à moins que l'immutabilité du litige¹⁴⁸⁴ soit en jeu.¹⁴⁸⁵

900. **Le juge de l'annulation.** Le juge compétent en matière de sentences arbitrales relatives aux contrats publics est le Conseil d'Etat. L'article 72 de la loi 80 de 1993,¹⁴⁸⁶ confirmé par l'article 36 de la loi 446 de 1998¹⁴⁸⁷ le détermine

desarrollo de Gualiva en liquidación, 25154 ; Producciones JES Ltda. vs. Comisión Nacional de Televisión, 39092 ; Conseil d'Etat, Seguridad Dincolvip Ltda. vs. Instituto de Seguros Sociales, 17480, (11-05-2000) ; Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sabagun, Cordoba, 19273. Drummond Limited vs. Carbocol, 34594 ; INGELLEL vs. ETB, 32896 ; Conseil d'Etat, Salinas maritimas de Manaure Ltda. Sama Ltda. y otros vs. La Nación Ministerio de comercio, industria y Turismo, Ministerio de Energia e instituto de Fomento industrial, Concesion salinas en Liquidacion 37787, (12-05-2011) ; Conseil d'Etat, Union Temporal Administración de Recursos Urbanos - UT ARU vs. Municipio Santiago de Cali, 31354, (03-08-2006).

¹⁴⁸¹ Dans le même sens : *Banco de la República vs. Rojas y Asociados, 36838.*

¹⁴⁸² Conseil d'Etat, Instituto colombiano de Energia Electrica ICEL vs. Consorcio Mitsubishi, Distral y Condisa, 4768, (28-05-1987).

¹⁴⁸³ *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS, 38051.*

¹⁴⁸⁴ « Principe destiné à favoriser la loyauté des débats, en vertu duquel les éléments, le cadre d'un litige ne devraient pas être modifiés, dès l'instant que l'instance a été liée. » RICHARD GUILLEN. JEAN VINCENT. Lexique de termes juridiques, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007.

¹⁴⁸⁵ *Distrito Turistico de Santa Marta vs. Sociedad Concesionaria Obras y Proyecto del Caribe S.A., 32398.*

¹⁴⁸⁶ *Article 72 de la loi 80 de 1993.* La décision arbitrale est objet du recours contentieux d'annulation. Celui-ci doit être présenté par écrit devant le Tribunal d'arbitrage dans les cinq (5) jours suivant la notification de la décision arbitrale ou à la correction, rectification ou à celle qui

ainsi. En outre, l'article 82 de la loi 1107 de 2006 attribue au Conseil d'Etat la compétence sur les litiges découlant des activités des entités publiques, y compris les sociétés d'économie mixte dont le capital public supérieur au 50%.¹⁴⁸⁸

901. **Les pouvoirs du juge de l'annulation** sont limités au principe dispositif c'est-à-dire qu'ils sont strictement limités à ce qui est demandé par le requérant. Le juge de l'annulation ne peut donc ni interpréter, ni déduire des aspects qui n'ont pas été expressément exprimés dans la demande. Compte tenu de la nature spéciale du recours, les effets de chaque motif sont prédéfinis par le législateur. Le juge ne peut donc ni modifier, ni substituer, ni annuler la sentence arbitrale à volonté.¹⁴⁸⁹

902. **Les conditions de la demande d'annulation.** La demande d'annulation peut être présentée par les parties ou par le Ministère public. Sur les 97 décisions en annulation étudiées, la demande d'annulation a été présentée 58 fois par la partie publique, 30 fois par la partie privée, 4 fois par une personne publique partie à un contrat inter-administratif, et seulement 5 fois par les deux parties ensemble. Le Ministère public a demandé, quant à lui, le rejet de la requête 67 fois et l'annulation à 18 reprises. Les motifs des décisions en annulation restent silencieux sur la position du Ministère public dans 7 cas.¹⁴⁹⁰

la complète. Le recours sera décidé par la troisième section de la Section contentieuse du Conseil d'Etat. [...] La procédure et les effets du recours sont régis par les dispositions en vigueur sur la matière.

¹⁴⁸⁷ Le Conseil d'Etat, en chambre contentieuse administrative, connaîtra de manière privative et en une seule instance : [...] 5. Du recours en annulation des sentences arbitrales rendues à propos de conflits découlant des contrats publics, selon les motifs et les normes qui régissent la matière. Contre la sentence d'annulation ne procède que le recours en révision.

¹⁴⁸⁸ Le nouveau code de procédure administrative et contentieuse administrative prévoit à l'article 104-7 que les recours extraordinaires exercés à l'encontre de sentences arbitrales en matière de contrats publics sont de la compétence de la juridiction administrative.

¹⁴⁸⁹ Conseil d'Etat, Maria Cecilia Ortiz Uribe vs. Terminal de Transportes de Medellín S.A. , 25094, (26-02-2004).

¹⁴⁹⁰ Voir à ce propos annexe n° 3.

903. La demande en annulation doit être présentée par le requérant devant le Tribunal arbitral dans les cinq jours suivant la notification de la sentence. Le Tribunal renvoie le dossier au juge de l'annulation qui décidera de la recevabilité de la requête.¹⁴⁹¹ Une fois que le Conseil d'Etat a jugé de la recevabilité, le Ministère public et l'autre partie présentent leurs conclusions sur la requête.

A l'issue de ce délai de 5 jours, le juge de l'annulation dispose d'un délai de 3 mois pour rendre sa décision. Cependant, ce délai semble n'être qu'indicatif. En effet, en moyenne, les décisions du Conseil d'Etat sont rendues dans un délai de 13 mois : sur 79 décisions renseignées, 5 (6%) ont été rendues dans un délai inférieur à 6 mois, 41 (52%) dans un délai de 7 à 12 mois, 25 (32%) dans un délai de 13 à 18 mois, 6 (8%) dans un délai de 19 à 24 mois, et 2 (3%) dans un délai supérieur à 24 mois.¹⁴⁹²

904. **Les motifs d'annulation** prévus par la loi 80 de 1993 coïncident avec ceux du décret 2279 de 1989. Cependant, le législateur de 1993 réduit à cinq les motifs d'annulation du régime général de l'arbitrage en matière de contrats publics. Il a ainsi exclu et ce de façon étonnante, l'annulation de la sentence arbitrale pour nullité absolue de la convention d'arbitrage, pour objet ou cause illicite, pour absence de notification à l'une des parties, pour constitution irrégulière du Tribunal arbitral, et enfin lorsque la sentence a été rendue hors du délai fixé pour rendre la sentence arbitrale.

Les motifs d'annulations prévus par la loi 80 de 1993 sont donc plus restreints que ceux du droit commun.¹⁴⁹³ Cependant, la loi 1150 de 2007 dispose désormais que

¹⁴⁹¹ Décret 1818 de 1998. Article 161.

¹⁴⁹² Voir annexe n°3. Tableau n° 11.

¹⁴⁹³ *Loi 80 de 1993. Article 72* (dérogé par la loi 1150 de 2007) prévoyait que « les sentences arbitrales sont susceptibles du recours d'annulation devant le Conseil d'Etat : 1. Quand, sans fondement légal, les preuves demandées en temps ne sont pas ordonnées ou quand elles ne sont pas pratiquées. Mais, dans les deux cas, il faut que ces preuves aient une incidence importante sur la décision et que les intéressés les aient demandées en forme et temps voulus. 2. Cas où la décision d'arbitrage est prise en conscience quand elle doit l'être en droit, si cela apparaît de manière manifeste dans la décision. 3. Quand la décision comporte, dans sa partie résolutive, des erreurs arithmétiques ou des dispositions contradictoires, si elles sont alléguées de manière opportune devant le Tribunal d'arbitrage. 4. Quand des questions différentes de celles qui ont

les causes d'annulation en matière de contrats publics sont celles qui sont prévues à l'article 38 du décret 2279 de 1989, lequel règle le système de solution des conflits entre particuliers. Cet article a été compilé à l'article 163 du décret 1818 de 1998. Désormais, les motifs d'annulation sont les mêmes que ceux du droit commun de l'arbitrage.

905. Nous avons vu que le Conseil d'Etat a jugé entre 1993 et 2007, que même si la nullité absolue de la convention d'arbitrage ne pouvait pas fonder le recours en annulation des sentences arbitrales en matière de contrats publics, le juge administratif pouvait déclarer la nullité d'office.¹⁴⁹⁴ Le Conseil d'Etat a également appliqué, dans cette période, les motifs d'annulation du droit commun de l'arbitrage aux contrats publics régis par le droit privé.¹⁴⁹⁵

906. Les motifs d'annulation visent, d'une part, la régularité des actes essentiels pour le déroulement de l'instance arbitrale (§1) et, d'autre part, la régularité de la sentence arbitrale elle-même. (§2).

§1. Le contrôle de régularité de l'instance arbitrale

907. Les irrégularités de l'instance arbitrale sont : « 1. La nullité absolue de la convention d'arbitrage résultant de son objet ou de sa cause illicite. Les autres motifs de nullité absolue ou relative pourront fonder la demande d'annulation

été demandées font l'objet de la décision, ou, quand celle-ci va au-delà de ce qui a été demandé par les parties. 5. Ne pas avoir décidé sur des questions soumises à l'arbitrage ».

¹⁴⁹⁴ *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Consortio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394 ; *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041 ; *Jose Fernando Suarez Vanegas vs. Distrito Capital Santafé de Bogotá*, 18063.

¹⁴⁹⁵ *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación*, 33669. *ACUANTIOQUILA - Consortio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA.*, 31024 ; Conseil d'Etat, *Corelca vs. Tebsa*, 29703, (02-03-2006) ; Conseil d'Etat, *Fundenal vs. Departamento administrativo de la Presidencia de la Republica - Fondo de inversion para la paz*, 33379, (20-09-2007) ; *INGELEL vs. ETB*, 32896 ; *Loteria del Tolima vs. Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A.*, 32846 ; *Telecom en liquidacion vs. Belco comunicaciones*, 29476.

seulement lorsque les parties l'ont fait valoir au cours de l'instance arbitrale. 2. Les irrégularités dans la constitution du Tribunal arbitral, lorsque les parties l'ont fait remarquer au Tribunal lors de l'audience d'installation. 3. L'absence de notification aux parties dans les formes prescrites par la loi, à moins que les actes procéduraux des parties permettent de déduire que celles-ci aient eu connaissance des décisions prises au cours de la procédure. 4. le refus d'ordonner la production ou l'obtention de pièces légalement demandées, d'ordonner des mesures d'instruction légalement demandées ou l'inexécution de mesures d'instruction ordonnées par le Tribunal, lorsqu'elles sont essentielles à la décision finale des arbitres. Ce motif sera rejeté si les parties n'ont pas fait valoir leur droit au cours de la procédure. »¹⁴⁹⁶

908. **L'exigence de diligence des parties pendant l'instance arbitrale.** La nature volontaire de l'arbitrage trouve un écho dans l'exigence de diligence des parties au cours de la procédure : la régularité de la procédure arbitrale ne dépend pas exclusivement des arbitres. Les parties sont tenues de faire remarquer aux arbitres, en temps utile, les éventuelles irrégularités qui pourraient entacher de nullité la sentence arbitrale. C'est ainsi que les parties ne peuvent pas fonder leur recours en annulation sur une nullité autre que celles tenant à l'objet ou à la cause illicite, la constitution irrégulière du Tribunal arbitral, le refus d'ordonner la production ou l'obtention de pièces légalement demandées, le refus d'ordonner des mesures d'instruction légalement demandées ou l'inexécution des mesures d'instruction ordonnées par le Tribunal, lorsqu'elles sont essentielles à la décision finale des arbitres, les erreurs arithmétiques ou les dispositions contradictoires dans le dispositif de la sentence arbitrale, s'ils ne l'ont pas fait remarquer aux arbitres au cours de la procédure.

909. **L'annulation pour nullité absolue ou relative de la convention d'arbitrage.** Les considérations de fond à propos de l'objet et de la cause illicite que nous avons présentées dans la partie relative au contrôle de la convention

¹⁴⁹⁶ Décret 1818 de 1998. Article 163.

d'arbitrage par l'arbitre, sont les mêmes pour le juge de l'annulation.¹⁴⁹⁷ Nous avons vu que la convention d'arbitrage est qualifiée de contrat public par la jurisprudence administrative. C'est pourquoi, nous pouvons transposer les motifs de nullité absolue des contrats publics aux conventions d'arbitrage.¹⁴⁹⁸ Les nullités autres que la nullité pour objet et cause illicites sont la nullité pour omission des formalités dans les contrats solennels et l'incapacité.¹⁴⁹⁹ En effet, la convention d'arbitrage, comme n'importe quel autre contrat, se fonde sur l'autonomie de la volonté des parties. Les parties doivent être capables de conclure cette convention et d'exprimer un consentement exprès, libre et éclairé.

910. *L'expression du consentement de l'administration est un acte complexe* : « la structure fonctionnelle des entités publiques permet la participation d'un ensemble de fonctionnaires qui interviennent dans le processus de décision de l'entité. Le modèle d'organisation des entités publiques correspond à la division des fonctions par postes, ce qui fait que la décision administrative d'une entité est le résultat d'une série d'étapes auxquelles participent plusieurs fonctionnaires. »¹⁵⁰⁰

911. Ainsi, si le consentement à la convention d'arbitrage se fonde sur la liberté contractuelle de l'administration et sur l'autorisation légale de l'arbitrage, il ne peut être valable que si le fonctionnaire a les compétences prévues par la loi pour conclure la convention d'arbitrage et si la convention tient compte des formalités légales.

912. *L'incapacité absolue*. Nous avons vu que la notion de capacité est tout à fait transposable aux personnes publiques.¹⁵⁰¹ Cependant, nous n'avons pas développé les notions de capacité absolue et relative de l'administration. La transposition de ces notions n'aurait pas d'intérêt si elles n'avaient pas d'effets pratiques. Nous

¹⁴⁹⁷ Voir à ce propos n° 656 et s. et 680 et s.

¹⁴⁹⁸ Voir à ce propos n° 660 et s.

¹⁴⁹⁹ *Code civile colombien. Article 1741.*

¹⁵⁰⁰ C-372/02.

¹⁵⁰¹ Voir à ce propos n° 91 et s.

considérons qu'elles sont transposables en ce qui concerne la compétence du fonctionnaire qui souscrit la convention d'arbitrage.

En effet, la capacité générale de compromettre est fixée par la loi qui autorise toutes les entités publiques ayant la capacité contractuelle à se soumettre à l'arbitrage. Cependant, la compétence du fonctionnaire pour passer une convention d'arbitrage peut provenir, soit directement de la loi, soit d'un acte de délégation de fonctions. C'est relativement à ce dernier point que nous considérons que la convention d'arbitrage est susceptible d'annulation. La nullité de l'acte de délégation ou l'absence d'autorisation légale du fonctionnaire à compromettre entache la validité de la convention d'arbitrage en matière de contrats publics.

La convention d'arbitrage doit donc être souscrite par le fonctionnaire compétent pour le faire. Ce fonctionnaire est celui qui a compétence pour souscrire la convention d'arbitrage ou, de manière générale, celui qui a compétence pour passer les contrats au sein de l'entité qu'il représente. Si ce fonctionnaire décide de déléguer cette tâche, « la délégation implique un acte formel de délégation, dans lequel le délégant exprime sa décision, l'objet de la délégation et ses modalités d'exercice, de temps et de lieu ».¹⁵⁰²

Un acte de délégation invalide entache la validité des actes édictés sur son fondement : « faute d'autorisation adéquate, une délégation de compétence est illégale et son illégalité emporte celle des décisions du délégataire »¹⁵⁰³ qui sont entachées d'incompétence.¹⁵⁰⁴

Le fonctionnaire délégant peut rectifier le défaut qui entache l'acte de délégation, ou, bien souscrire lui-même la convention d'arbitrage, si la loi l'y autorise.¹⁵⁰⁵ Si ce n'est pas le cas, le Ministère public ou les parties au litige peuvent relever, au cours de l'audience d'installation du Tribunal arbitral, le défaut de compétence qui invalide la convention d'arbitrage. Ils peuvent ainsi contester la régularité de la

¹⁵⁰² C-372/02.

¹⁵⁰³ Conseil d'Etat français, 17 juin 1955, *Adjemien*, p. 334

¹⁵⁰⁴ CHAPUS, RENÉ *Droit administratif général. Ibidem.*, n° 1294 p.1101.

¹⁵⁰⁵ Voir n° 135 et JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Contencioso contractual en Colombia: Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato. Op. Cit.* p. 192.

convention d'arbitrage, et, en conséquence, la compétence même du Tribunal. Si le Tribunal estime que la convention d'arbitrage est régulière, la procédure se poursuit et le Ministère public ou les parties pourront faire valoir leurs arguments à l'occasion de l'instance d'annulation de la sentence arbitrale. Dans le cas contraire, ils ne pourront plus engager de recours en annulation sur ce fondement.¹⁵⁰⁶

913. *Le consentement.* Le Conseil d'Etat estime que le consentement est un élément essentiel de la convention d'arbitrage sans lequel elle serait inexistante.¹⁵⁰⁷ Il affirme que « si les parties stipulent qu'en cas de conflit elles *peuvent* se soumettre d'un commun accord à l'arbitrage, cet acte ne constitue pas une convention d'arbitrage. Une stipulation de cette teneur ne peut pas être considérée non plus comme une promesse d'arbitrage. Non seulement, le régime de l'arbitrage ne prévoit pas une telle hypothèse, mais encore, la promesse ne peut pas être suffisante pour investir les arbitres. De plus, dans le cas d'espèce, une des parties a demandé aux arbitres de revenir sur leur déclaration de compétence sur l'affaire compte tenu du contenu de la supposée convention d'arbitrage. Les arbitres auraient alors dû s'abstenir de poursuivre la procédure. » Le Conseil d'Etat déclare l'inexistence de la convention d'arbitrage.¹⁵⁰⁸

Le consentement des parties ne doit pas être affecté non plus par l'erreur, la violence ou le dol. La Cour constitutionnelle juge que la convention d'arbitrage doit être le produit de la libre discussion et de l'acceptation des parties. Si un vice affecte la validité de la convention d'arbitrage, celui-ci devient un obstacle au droit d'accès à l'administration de la justice.¹⁵⁰⁹

914. *L'omission des formalités légales.* La convention d'arbitrage doit être stipulée par écrit, dans le contrat lui-même ou dans un document qui y fait référence ; la convention d'arbitrage en matière de contrats publics serait en conséquence

¹⁵⁰⁶ Décret 1818 de 1998. Article 163-1.

¹⁵⁰⁷ Sur le consentement à la convention d'arbitrage voir n° 110, 116 et s., et 206 et s.

¹⁵⁰⁸ *Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro*, 36537.

entachée de nullité absolue si elle n'était pas stipulée par écrit, ou si étant stipulée dans un document séparé, elle n'établissait pas les éléments nécessaires à la détermination du contrat soumis à l'arbitrage. Le Conseil d'Etat définit les éléments essentiels de la convention d'arbitrage ainsi : 1. L'identification des parties qui donnent leur consentement ; 2. L'identification du contrat source du litige éventuel ou actuel, et, 3. La décision expresse des parties de soumettre les litiges éventuels à l'arbitrage.¹⁵¹⁰

915. Sur les 97 décisions en annulation consultées, 5 fois les parties ont fondé leur recours sur la nullité de la convention d'arbitrage.¹⁵¹¹ Le Conseil d'Etat a rejeté ces 5 demandes, mais a annulé d'office la sentence à 3 autres reprises en raison de la nullité de la convention d'arbitrage¹⁵¹² et a déclaré l'inexistence de la convention d'arbitrage à 2 occasions.¹⁵¹³

916. **La constitution irrégulière du Tribunal.** Les professeurs Benetti¹⁵¹⁴ et Gil¹⁵¹⁵ affirment que ce motif est un des plus fréquents en matière d'annulation. En effet, l'absence de critères uniformes de constitution du Tribunal explique l'évolution légale en la matière (Code judiciaire de 1931, loi 2 de 1932, Code de procédure civile de 197, Code de commerce de 1971, décret 2651 de 1991). Cependant, sur les décisions d'annulation nous n'avons relevé que 5 recours

¹⁵⁰⁹ SU-174/07.

¹⁵¹⁰ *Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro*, 36537.

¹⁵¹¹ Voir annexe n° 3, tableau n° 8.

¹⁵¹² *Consortio Amaya Salazar vs. INVAMA*, 16973 ; *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041 ; *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041.

¹⁵¹³ *Jose Fernando Suarez Vanegas vs. Distrito Capital Santafé de Bogotá*, 18063 ; *Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro*, 36537.

¹⁵¹⁴ JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano.*, p.374.

¹⁵¹⁵ JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI. *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico.*, p.633.

fondés sur ce motif.¹⁵¹⁶ Le Conseil d'Etat a déclaré le recours fondé dans un seul cas.¹⁵¹⁷

917. Nous avons vu que la Cour constitutionnelle a déclaré que l'intervention des institutions arbitrales dans l'étape pré-arbitrale était inconstitutionnelle.¹⁵¹⁸ De même, si l'arbitrage administré par une institution arbitrale est possible, la soumission des entités publiques à l'arbitrage institutionnel n'est plus possible en raison de l'interdiction édictée en 2009. L'article 122 du décret 1818 dispose que les parties doivent nommer ensemble les arbitres, et l'article 129-5 du même décret dispose qu'avant la formation du Tribunal les parties peuvent s'accorder pour les remplacer entièrement ou partiellement. En cas de désaccord, le juge civil nomme les arbitres.

918. Le Conseil d'Etat remarque que ce motif d'annulation sanctionne des irrégularités commises pendant l'étape pré-arbitrale. Il englobe la nomination des arbitres, la détermination du siège de l'arbitrage, la réception et la recevabilité de la demande arbitrale et de sa réponse, la détermination du montant des honoraires des arbitres, l'audience de conciliation etc.¹⁵¹⁹ Cependant, le Haut tribunal administratif a jugé que « le Tribunal arbitral ne peut pas se constituer sans convention d'arbitrage. En l'absence d'une telle convention les arbitres ne sont pas investis par les parties pour exécuter les actes nécessaires à l'étape pré-arbitrale. L'existence d'une convention d'arbitrage valable est donc une condition *sine qua non* pour la constitution du Tribunal arbitral. »¹⁵²⁰

¹⁵¹⁶ *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados*, 36838 ; *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564 ; *Fundenal vs. Departamento administrativo de la Presidencia de la Republica - Fondo de inversion para la paz*, 33379 ; *Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom*, 35288. *Ecogas vs. Promigas*, 33670.

¹⁵¹⁷ Voir annexe n° 3, tableau n°8.

¹⁵¹⁸ Elles devaient déclarer si la demande arbitrale était recevable. Elles exerçaient des fonctions juridictionnelles que la constitution a réservé aux particuliers en matière d'arbitrage et de conciliation. A ce sujet voir n° 630 et s.

¹⁵¹⁹ *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados*, 36838.

¹⁵²⁰ *Ecogas vs. Promigas*, 33670.

Le régime de l'arbitrage impose le respect de la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage. Cet accord a un caractère contraignant aussi bien pour les parties que pour les arbitres ; son irrespect entraîne l'annulation de la sentence arbitrale à condition, cependant, que les parties l'aient fait valoir à l'occasion de l'audience de conformation du Tribunal arbitral.

919. **Le défaut de notification.** Lorsque les parties n'ont pas reçu notification dans les formes prescrites par la loi, la sentence arbitrale peut être annulée. Ce motif d'annulation a été consacré à l'article 38 du décret 2279 de 1989 puis supprimé expressément par l'article 162-3 de la loi 446 de 1998. Nous ne connaissons pas les raisons qui ont mené le législateur à supprimer ce motif essentiel à la garantie du principe du contradictoire et des droits de la défense.

Il convient de remarquer la contradiction existant dans l'ordre juridique dans la mesure où l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère peut être refusé en raison de la violation du principe du contradictoire (article 694-6 du Code de procédure civile). Nonobstant, nous ne pouvons pas affirmer non plus, que les parties ne disposent pas de moyens pour se protéger dans une telle hypothèse. En effet, elles disposent aussi bien de l'action de *tutela* et peuvent même faire valoir cette circonstance à travers d'autres motifs d'annulation car la notification d'une ordonnance prise par les arbitres est nécessairement liée à la régularité de l'instance ou de la sentence arbitrale.

920. **Les preuves.** Si le Tribunal refuse d'ordonner la production, l'administration de pièces, les mesures d'instruction légalement demandées, s'il n'exécute pas les mesures d'instruction ordonnées ou s'il les écarte alors qu'elles sont essentielles à la décision finale, les parties peuvent demander l'annulation de la sentence arbitrale. Cependant, les faits qui fondent ce motif peuvent être rejetés par le juge de l'annulation si les parties n'ont pas fait valoir leurs droits en temps utile au cours de la procédure arbitrale.

921. La loi exige deux conditions : 1. Que l'omission ou le refus des arbitres ait une incidence directe sur la sentence arbitrale. 2. Que les parties fassent valoir cette circonstance au cours de la procédure. Le Conseil d'Etat exige, quant à lui, que « 1. Que le Tribunal refuse d'ordonner la production d'une pièce légalement demandée ; 2. Que le Tribunal n'exécute pas les mesures d'instruction qu'il a ordonnées ; 3. Que l'omission du Tribunal ait une influence certaine sur la décision finale ; 4. Que la partie lésée le réclame opportunément au Tribunal. »

Le requérant de l'annulation ne peut pas prétendre rouvrir le débat probatoire qui a déjà eu lieu devant le Tribunal arbitral. Le juge de l'annulation n'est pas le « supérieur hiérarchique » du Tribunal arbitral, il ne peut juger à nouveau l'objet du litige, sa fonction se limite seulement à vérifier la régularité de l'arbitrage.¹⁵²¹

922. Sur les 97 décisions d'annulation analysées, les requérants ont fondé leur demande d'annulation sur ce motif à 25 reprises,¹⁵²² mais le Conseil d'Etat n'a annulé la sentence arbitrale qu'à une seule occasion.¹⁵²³ Le Conseil d'Etat se

¹⁵²¹ *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados*, 36838.

¹⁵²² Conseil d'Etat, Almacen General de Depositos vs. Dian, 26975, (25-11-2004); Banco de la República vs. Rojas y Asociados, 36838; Conseil d'Etat, Consorcio Delgado Rojas Chavarro vs. Departamento del Huila, 17797, (18-05-2000); Conseil d'Etat, Consorcio LAR vs. IDU, 32871, (04-12-2006); Consorcio Mejias vs. IDU, 18411; Drummond Limited vs. Carbocol, 34594; Conseil d'Etat, Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.S. E.S.P. – IBAL S.A. - Consorcio José Fernando Peñaloza Rengifo - Alvaro Humberto Peñaloza Rengifo, 28616, (14-04-2005); Conseil d'Etat, Esgamo vs. Departamento del Tolima, 20472, (02-05-2002); Estella Montes Herrera vs. Corporación Autonoma Regional de Risaralda, 22012; General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social, 19334; Conseil d'Etat, Gobernacion del Tolima vs. Tito Marcelo, 19413, (26-04-2002); Conseil d'Etat, Iprocons Ltda. vs. Invias, 17028, (10-08-2000); Conseil d'Etat, Mauricio Aldana vs. Municipio de Chaparral, 27164, (24-02-2005); Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, 21652; Conseil d'Etat, Nacion -Ministerio de la proteccion social vs. Consejo Colombiano de seguridad, 25455, (10-03-2005); Conseil d'Etat, Sociedad Molinares vs. Universidad de la Guajira, 12910, (27-07-2000); Sociedad World Parking vs. IDU, 19090; Conseil d'Etat, Terpel Antioquia vs. Unidad Administrativa de la Aeronautica civil, 16724, (19-06-2000); Union Temporal Administración de Recursos Urbanos - UT ARU vs. Municipio Santiago de Cali, 31354; Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sahagun, Cordoba, 19273. *Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión*, 22195 ; Conseil d'Etat, Constructora Andrade Gutierrez S.A. vs. EMCALI, 20128, (26-04-2002) ; *Hospital Departamental de Granada E.S.E*, 32841 ; Conseil d'Etat, Teleacceso S.A. en Liquidación vs. Colombia móvil S.A. en liquidación, 34543, (16-06-2008).

¹⁵²³ *Sociedad Molinares vs. Universidad de la Guajira*, 12910.

montre ainsi très respectueux de l'autonomie des arbitres dans l'appréciation des preuves qui fondent les faits litigieux.¹⁵²⁴

§2. *Le contrôle de régularité de la sentence arbitrale*

923. **La sentence arbitrale rendue au-delà du délai.** Le législateur protège la liberté des parties de déterminer le délai dans lequel les arbitres sont tenus de rendre leur sentence, et sanctionne celle rendue au-delà de ce délai. Cependant, les arbitres, en matière de contrats publics, ont le pouvoir de prolonger d'office ce délai de moitié.¹⁵²⁵ Il convient cependant de remarquer que sur les 97 décisions d'annulation, à une seule reprise les parties ont fondé l'annulation de la sentence sur ce motif.¹⁵²⁶ Le Conseil d'Etat a d'ailleurs déclaré irrecevable la requête.¹⁵²⁷ Nous pouvons en déduire que l'intérêt que les parties prêtent à cette circonstance n'est que relatif.

924. **La sentence arbitrale en conscience.** Nous avons eu l'occasion d'expliquer que la loi des contrats publics exige que la sentence arbitrale soit rendue en droit.¹⁵²⁸ La sanction de l'irrespect de cette règle est l'annulation de la sentence arbitrale. Ce motif d'annulation est un des motifs les plus couramment invoqué par les requérants en matière de contrats publics.¹⁵²⁹ Sur 97 décisions d'annulation, les parties ont demandé la nullité de la sentence en se fondant sur ce motif à 41 reprises.¹⁵³⁰ Les parties cherchent, dans la plupart des cas, une révision

¹⁵²⁴ Voir annexe n° 3, tableau n° 8.

¹⁵²⁵ *Loi 80 de 1993. Article 70. C-426/94.*

¹⁵²⁶ Voir à ce propos annexe n° 3, tableau n° 8.

¹⁵²⁷ *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados, 36838.*

¹⁵²⁸ Voir supra n°807 et s.

¹⁵²⁹ Voir annexe n°3, tableau n°8.

¹⁵³⁰ *ACUANTIOQUILA - Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. S.A., 31024* ; Conseil d'Etat, *Almacen General de Depositos vs. Dian, 26975*, (25-11-2004) ; *Colombia Móvil S.A. ESP, 35564* ; *Comision Nacional de Television vs. Proyectamos Televisión, 31887* ; *Consorcio Delgado Rojas Chavarro vs. Departamento del Huila, 17797* ; *Consorcio Jose Mauricio Andrade Monje - Departamento del Huila vs. Departamento del Tolima, 20129* ; *Consorcio LAR vs. IDU, 32871* ; *Consorcio Mejias vs. IDU, 18411* ; *Constructora Andrade Gutierrez S.A. vs. EMCALI, 20128* ; *Departamento del*

de fond de la sentence. Le Conseil d'Etat rappelle systématiquement que le juge de l'annulation ne peut pas mettre en cause les considérations qui ont fondé la décision des arbitres. Le Conseil d'Etat n'a annulé qu'une seule sentence pour ce motif.

Dans cette affaire, le Tribunal arbitral affirme à plusieurs reprises dans la motivation de sa sentence qu'il n'existe pas de preuve dans le dossier que le coût des opérations et de l'entretien contenus dans l'offre comporte des bénéfices en faveur du concessionnaire. Nonobstant, le Tribunal estime que le montant raisonnable au titre des bénéfices, est de 8%. Il les a appliqués aux coûts directs et indirects de l'opération. Le Conseil d'Etat considère que ces appréciations résultent d'une analyse en équité. Le Tribunal a voulu donner une compensation au concessionnaire par une estimation raisonnable des bénéfices. Il s'est donc écarté des documents contractuels et de l'expertise pratiquée au cours de

Valle del Cauca vs. Cisa, 25021 ; *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021 ; Conseil d'Etat, *Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga*, 35855, (13-05-2009) ; *Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS*, 38051 ; Conseil d'Etat, *Esap vs. Carlos Lopez Castellanos*, 26287, (20-05-2004) ; *Esgamo vs. Departamento del Tolima*, 20472 ; *Estella Montes Herrera vs. Corporación Autonoma Regional de Risaralda*, 22012 ; *General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social*, 19334 ; *General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social*, 19334 ; Conseil d'Etat, *Gloria Mosquera de Rivera vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. ETB. S.A. E.S.P. - Gloria Mosquera de Riveras ETB*, 30096, (27-04-2006) ; *Hernando Salcedo Tamayo vs. Municipio de Facatativa*, 37513 ; *INGELEL vs. ETB*, 32896 ; *Invias - Ministerio Público vs. Concesionaria vial de los Andes Oviandes*, 28990 ; *Invias vs. Consorcio Richi*, 21040 ; *Invias vs. Cromas S.A. y otros*, 24320 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766 ; Conseil d'Etat, *Luis Antonio Carrillo Candelo y Otros vs. Electricadora de Santander*, 38484, (24-03-2011) ; Conseil d'Etat, *Metroparques vs. Duvan Buitrago Henao*, 35896, (08-06-2009) ; *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca*, 21217 ; *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca*, 21217 ; *Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca*, 21652 ; *Producciones JES Ltda. vs. Comision Nacional de Television*, 39092 ; *Producciones JES Ltda. vs. Comision Nacional de Television*, 39092 ; *Salinas maritimas de Manaure Ltda. Sama Ltda. y otros vs. La Nacion Ministerio de comercio, industria y Turismo, Ministerio de Energia e instituto de Fomento industrial, Concesion salinas en Liquidacion* 37787 ; Conseil d'Etat, *Servimédico I.P.S., Tu Salud S.A - Impresalud LTDA en liquidación (litisconsorte facultatif) vs. Cajanal E.P.S. en liquidación*, 39496, (30-03-2011) ; *Sociedad World Parking vs. IDU*, 19090 ; *Sociedades Diseleca Ltda vs. Municipio de Neiva*, 34525 ; *Telecom vs. ETB*, 25156 ; Conseil d'Etat, *Terpel Antioquia vs. Unidad Administrativa de la Aeronautica civil*, 16724, (19-06-2000) ; *Unidad Administrativa Especial de la Aeronautica Civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la Costa*, 27946 ; *Union*

l'instance arbitrale. La sentence est alors rendue en équité : l'arbitre écarte une preuve, et, le Tribunal décide selon son intime conviction de ce qui est juste et équitable.¹⁵³¹

925. **Les erreurs arithmétiques ou les dispositions contradictoires** En cas d'erreurs arithmétiques ou de dispositions contradictoires dans le dispositif de la sentence arbitrale, les parties sont tenues de demander aux arbitres la correction dans les cinq jours suivant la notification de la sentence. Dans les décisions étudiées, à 28 reprises, la demande est fondée sur ce motif.¹⁵³² Une seule a, cependant, débouché sur l'annulation partielle de sa sentence arbitrale : le Conseil d'Etat juge que « le Tribunal arbitral a accueilli la demande de correction du dispositif de la sentence comme un recours à l'encontre de sa sentence. Il a donc rendu une sentence de rectification et de correction dans laquelle il est revenu sur la décision qu'il avait déjà rendue. Or, l'article 72 de la loi 80 de 1993 dispose que l'unique recours valide à l'encontre de la sentence arbitrale est le recours en annulation. Le prétendu recours accueilli par le Tribunal à travers la sentence de

Temporal Administración de Recursos Urbanos - UT ARU vs. Municipio Santiago de Cali, 31354 ; Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sahagun, Cordoba, 19273.

¹⁵³¹ *Sociedades Diselecsa Ltda vs. Municipio de Neiva, 34525.* Voir annexe n° 3, tableau n° 8.

¹⁵³² Conseil d'Etat, Asmet salud vs. Municipio del Charco, 36478, (08-07-2009) ; *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados, 36838 ; Banco de la Republica vs. Rafael Tono Lemaitre, 25811 ; Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión, 22195 ; Colombia Móvil S.A. ESP, 35564 ; Comision Nacional de Television vs. Proyectamos Televisión, 31887 ; Corelca vs. Tebsa, 29703 ; Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia CORANTIOQUILA - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda. , 32514 ; Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa, 25021 ; Ecopetrol vs. Consorcio Tibu, 29704 ; Empresa Electrificadora del Meta vs. Ines Ivette Rojas - F.IMM Fatturazione immediata SRL - F.IMM Colombia Ltda, 28308 ; Conseil d'Etat, Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.S. E.S.P. – IBAL S.A. - Consorcio José Fernando Peñaloza Rengifo - Alvaro Humberto Peñaloza Rengifo, 28616, (14-04-2005) ; *Esap vs. Carlos Lopez Castellanos, 26287 ; Gobernacion del Tolima vs. Tito Marcelo, 19413 ; Hospital Departamental de Granada E.S.E, 32841 ; INGELEL vs. ETB, 32896 ; Invias vs. Consorcio Richi, 21040 ; Metroparques vs. Duvan Buitrago Henao, 35896 ; Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca, 21217 ; Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, 21652 ; Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom, 35288 ; Conseil d'Etat, Servir vs. Caja de prevision social E.P.S., 36427, (22-07-2009) ; *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación, 33669 ; Telecom vs. Nortel Networks de Colombia, 20634 ; Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro, 36537.***

rectification n'a donc pas de fondement légal. L'arbitre est tenu de se conformer aux dispositions du Code de procédure civile pour rectifier le dispositif de la sentence arbitrale. L'article 309 interdit aux juges de revenir sur leurs propres jugements, la rectification doit donc prendre la forme d'une ordonnance complémentaire à la sentence arbitrale. La correction que peut faire l'arbitre du dispositif de la sentence peut conduire à la modification ou à l'élimination de l'élément cause de la contradiction. Le Tribunal arbitral a agi sans titre de compétence lorsqu'il a changé le sens de la décision prise originalement. Il s'est écarté ostensiblement des règles établies par le Code de procédure civile. »¹⁵³³

926. **La protection de la liberté des parties de fixer l'objet du litige.**

L'arbitre est tenu de juger dans les limites de ce qui lui a été demandé dans la demande d'arbitrage ou dans sa réponse. Une fois l'instance liée, l'arbitre ne peut pas décider, ni plus de ce qui lui a été demandé : *ultra petita*, ni moins : *infra petita*, ni une autre chose : *extra petita*. Le *Lexique des termes juridiques* définit l'immutabilité du litige ainsi : « Principe destiné à favoriser la loyauté des débats, en vertu duquel les éléments, le cadre d'un litige ne devraient pas être modifiés, dès l'instant que l'instance a été liée. »¹⁵³⁴ Quand l'instance est liée, les parties ont déjà présenté leurs prétentions et exceptions dans la demande d'arbitrage, dans la réponse ou le cas échéant dans la demande reconventionnelle et sa réponse. Ces prétentions doivent être, en conséquence, en harmonie avec le dispositif de la sentence arbitrale.

La sentence arbitrale est à l'abri d'une annulation : « 1. Lorsque les prétentions, les faits, et les exceptions ont été considérés dans le dispositif de la sentence arbitrale ; 2. Si la décision s'encadre dans ce que les parties sont convenues dans la convention d'arbitrage, et ce qui est prévu par la constitution et la loi. »¹⁵³⁵

927. Sur les 97 décisions en annulation, le Conseil d'Etat a été saisi à cinquante-huit reprises à l'encontre d'une décision *ultra ou extra petita* et à trente-trois

¹⁵³³ *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporación Autónoma Regional del Cauca, 21217.*

¹⁵³⁴ *Lexique de termes juridiques*, RAYMOND GUILLIEN. JEAN VINCENT. SERGE GUINCHARD. (2007), 16ème Ed., Dalloz.

occasions sur des décisions *minima petita*.¹⁵³⁶ Les parties cherchent souvent, en vérité, par ces motifs d'annulation, que le Conseil d'Etat modifie le fond de la sentence arbitrale. Le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation à 8 reprises en raison des sentences *extra et ultra petita*, et 2 fois en raison des sentences *infra petita*.¹⁵³⁷

¹⁵³⁵ ETB vs. BBVA Horizonte, 34595.

¹⁵³⁶ *Ecopetrol vs. Consorcio Tibu*, 29704. *ACUANTIOQUILA - Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. S.A.*, 31024 ; Conseil d'Etat, *Asesorias y Representaciones Pradilla - Otros vs. Corporación de Abastos de Bogotá* 32711, (30-05-2007) ; *Asesorias y Representaciones Pradilla - Otros vs. Corporación de Abastos de Bogotá* 32711 ; *Caja Nacional de Prevision Social E.P.S. vs. Sociedad clinica de Manizales*, 22567 ; *Caja Nacional de Prevision Social E.P.S. vs. Sociedad clinica de Manizales*, 22567 ; *Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión*, 22195 ; *Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión*, 22195 ; *Comision Nacional de Television vs. Projectamos Televisión*, 31887 ; *Consorcio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima*, 19333 ; *Consorcio Hispano Aleman vs. ETMVA*, 16394 ; *Constructora Andrade Gutierrez S.A. vs. EMCALI*, 20128 ; *Consultoria Oscar Grimaux vs. Distrito Capital de Bogotá*, 19488 ; *Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia CORANTIOQUILA - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda.* , 32514 ; Conseil d'Etat, *Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC - Procuradora Judicial 18 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca vs. Consorcio Hydra Ingenieria Ltda - Biotec Colombia S.A.*, 23849, (10-04-2003) ; *Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa*, 25021 ; *Distrito Turistico de Santa Martha vs. Sociedad Concesionaria Obras y Proyecto del Caribe S.A.*, 32398 ; *Esgamo vs. Departamento del Tolima*, 20472 ; *Fabrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias*, 20356 ; *Gobernacion del Tolima vs. Tito Marcelo*, 19413 ; *Invias vs. Consorcio Richi*, 21040 ; *Iprocons Ltda. vs. Invias*, 17028 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766 ; *Maria Cecilia Ortiz Uribe vs. Terminal de Transportes de Medellín S.A.* , 25094 ; *Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporacion Autonoma Regional del Cauca*, 21217 ; *Ministerio Publico - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca*, 21652 ; Conseil d'Etat, *Procables vs. EEB*, 15286, (10-08-2001) ; Conseil d'Etat, *Procesadora de Maderas Cimitarra vs. Acerias Paz del Rio en Liquidación*, 30097, (27-09-2006) ; *Seguridad Dincolvip Ltda. vs. Instituto de Seguros Sociales*, 17480 ; *Sociedad World Parking vs. IDU*, 19090 ; *Telecom vs. ETB*, 25156 ; *Telecom vs. ETB*, 25156 ; *Telecom vs. Nortel Networks de Colombia*, 20634 ; *Terpel Antioquia vs. Unidad Administrativa de la Aeronautica civil*, 16724 ; *Union Temporal Administración de Recursos Urbanos - UT ARU vs. Municipio Santiago de Cali*, 31354. *Asmet salud vs. Municipio del Charco*, 36478 ; *Banco de la Republica vs. Rojas y Asociados*, 36838 ; *Centro de Diagnostico Milenio vs. Central de transporte de Santa Marta*, 35262 ; *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564 ; *Colombia Móvil S.A. ESP*, 35564 ; *Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla vs. Sociedad de acueducto, alcantarillado y aseo de Barranquilla*, 38619 ; *ETB vs. BBVA Horizonte*, 34595 ; *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846 ; *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004 ; *Inco vs. Coviandes*, 34239 ; *Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom*, 35288 ; *Porvenir vs. Inco*, 36252 ; *Sociedades Diselecsa Ltda vs. Municipio de Neiva*, 34525 ; *Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación*, 33669 ; *Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro*, 36537.

¹⁵³⁷ *Centrimed vs. Hospital Militar*, 25560 ; *ETB vs. BBVA Horizonte*, 34595 ; *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846 ; *General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social*, 19334 ; *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004 ; *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766 ; *Porvenir vs. Inco*, 36252. Voir à ce propos annexe n° 3, tableau n° 8.

Sentence extra petita. Le Conseil d'Etat annule les sentences arbitrales rendues *extra petita* lorsque le Tribunal arbitral agit sans titre de compétence : en raison de la forclusion de l'action contractuelle,¹⁵³⁸ lorsqu'il juge partiellement un conflit déjà résolu par un acte administratif édicté par une Commission de Régulation,¹⁵³⁹ lorsqu'il tranche des litiges concernant les actes édictés par l'assemblée générale des actionnaires,¹⁵⁴⁰ lorsqu'il a omis de déclarer d'office la nullité absolue du contrat,¹⁵⁴¹ ou, lorsque les arbitres jugent des actes administratifs contractuels.¹⁵⁴²

Sentence ultra petita. Le Conseil d'Etat annule les sentences lorsque les parties au litige n'ont pas demandé aux arbitres de décider sur le paiement d'ouvrages exécutés mais non encore payés,¹⁵⁴³ ou sur la terminaison du contrat par commun accord.¹⁵⁴⁴

Sentence minima petita : Le Conseil d'Etat annule les sentences lorsque les arbitres ne donnent pas suite aux moyens de faux présentés par une des parties à l'arbitrage¹⁵⁴⁵ et lorsque les arbitres n'ont pas donné suite à l'objection présentée par les parties à l'encontre de l'expertise.¹⁵⁴⁶

928. **Les effets de l'annulation.** Nous avons vu que le recours en annulation ne suspend pas les effets de la sentence arbitrale sauf si une des parties présente une requête en ce sens.¹⁵⁴⁷

Lorsque le Conseil d'Etat rejette la demande en annulation, il condamne le requérant à payer les frais de procédure. Il déclare l'annulation partielle lorsque la

¹⁵³⁸ *Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical Care*, 37004.

¹⁵³⁹ La compétence appartient au juge administratif : *ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A.*, 34846.

¹⁵⁴⁰ La compétence appartient au juge civil ou juge administratif –article 194 du Code de commerce et 421 du Code de procédure civile-, ou *la super intendencia de sociedades* –entité administrative autonome attachée au Ministère du commerce qui a pour fonction le contrôle des sociétés – article 137 de la loi 446 de 1998 : *ETB vs. BBVA Horizonte*, 34595.

¹⁵⁴¹ *Centrimed vs. Hospital Militar*, 25560.

¹⁵⁴² *IDU vs. World Parking*, 19090.

¹⁵⁴³ *Porvenir vs. Incoder*, 36252.

¹⁵⁴⁴ *Jose Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte*, 16766.

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁴⁶ *General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social*, 19334.

¹⁵⁴⁷ Voir à ce propos n° 879.

sentence arbitrale est *minima, ultra* ou *extra petita* et lorsque le dispositif de la sentence arbitrale présente des contradictions ou des erreurs arithmétiques. Dans de telles hypothèses, le Conseil d'Etat complète ou corrige la sentence arbitrale. Il déclare l'annulation totale de la sentence en cas de nullité, de constitution irrégulière du Tribunal ou d'irrégularités relatives aux preuves dans la procédure, lorsque la sentence est rendue en dehors des délais légaux ou lorsqu'elle est rendue en conscience.

« *Si le Conseil d'Etat annule en raison de la nullité de la convention d'arbitrage ou parce que le Tribunal a rendu une sentence en conscience, le litige n'est pas résolu. Si le Tribunal arbitral a été saisi en vertu d'une clause compromissoire, cette clause pourrait fonder la constitution d'un nouveau Tribunal arbitral, sauf si cette clause est entachée de nullité absolue, cas dans lequel les parties doivent saisir la juridiction étatique. Il en est autrement lorsque le Tribunal arbitral est saisi en vertu d'un compromis d'arbitrage. Les parties sont tenues de passer un nouveau compromis ou de saisir la justice étatique* ». ¹⁵⁴⁸

Les arbitres, quant à eux, sont tenus de rembourser la moitié de leurs honoraires si la sentence est annulée en raison de la constitution irrégulière du Tribunal arbitral, en raison des irrégularités relatives aux pièces ou aux mesures d'instruction, lorsqu'ils rendent la sentence hors du délai prévu par les parties ou par la loi et lorsqu'ils rendent une sentence en conscience.

Deuxième sous-section. L'exequatur des sentences arbitrales internationales

929. Par la procédure d'exequatur, le juge étatique contrôle les jugements étrangers. Il vérifie qu'ils remplissent les conditions nécessaires à leur reconnaissance et à leur exécution sur le territoire national. Le Code de procédure civile dispose que les jugements étrangers ont la force que leur confèrent les traités internationaux (réciprocité diplomatique) et, à défaut de traité, la force que

¹⁵⁴⁸ JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano.*, Op. cit. p.380.

confère aux jugements colombiens, le pays où la sentence a été rendue (réciprocité législative).¹⁵⁴⁹

930. La Cour suprême de justice (chambre de cassation civile) est compétente pour accorder l'exequatur. Une fois la demande présentée, la partie adverse et le Ministère public sont convoqués pour participer à la procédure. Les parties peuvent rapporter les preuves pertinentes et adresser leurs conclusions. Si la Cour accorde l'exequatur, l'exécution du jugement sera assurée par le juge compétent au regard des règles générales.¹⁵⁵⁰

931. Les jugements bénéficient de la force qui leur est conférée par les traités ou par les lois sous conditions de réciprocité. Il convient alors, d'analyser la nature du rapport existant entre les règles du Code de procédure civile et les conventions internationales quant à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Il s'agit, en effet, de déterminer les conditions selon lesquelles se déroule aujourd'hui l'exequatur d'une sentence arbitrale en Colombie. (§1)

932. L'arbitrabilité et l'ordre public sont des motifs de refus de l'exequatur qui peuvent être jugés d'office. Nous n'allons cependant pas développer le premier point dans la mesure où celui-ci a été intégralement traité dans le deuxième titre de la première partie de notre travail. L'ordre public est une notion fondamentale mais au contenu variable. Nous allons ainsi étudier l'évolution de cette notion afin d'identifier les conditions de son application en droit positif de l'arbitrage international des contrats publics. (§2)

¹⁵⁴⁹ *Code de procédure civile. Article 693.*

¹⁵⁵⁰ *Code de procédure civile. Article 695.*

§1. Le refus de l'exequatur au regard du régime juridique de l'arbitrage international

933. **Les conventions internationales.** L'exequatur est l'autorisation d'exécution d'un jugement étranger dans un Etat. L'exécution de la sentence arbitrale internationale fait, quant à elle, l'objet d'un traitement particulier par la Convention de New York de 1958 (Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères). Cette convention a une portée particulière compte tenu du nombre d'Etats signataires.

934. Nonobstant, la Convention de New York n'est pas la seule convention internationale ratifiée par la Colombie en matière d'exequatur.¹⁵⁵¹ Au surplus, les règles relatives aux motifs de refus de l'exequatur prévues dans le Code de procédure civile¹⁵⁵² génèrent des incertitudes au moment de déterminer les règles applicables aux sentences arbitrales.

935. **Les dispositions du droit interne en matière d'arbitrage international.** La règle posée à l'article 4 de la loi d'arbitrage international (Loi 315 de 1996) est claire : « [...] les conventions internationales priment sur les dispositions du Code de procédure civile [...] ». Cependant, la Cour constitutionnelle juge, dans les décisions C-347 de 1997 et C-800 de 2005,¹⁵⁵³ que la sentence rendue par un

¹⁵⁵¹ Traité de droit procédural international de Montevideo du 11 janvier 1889. Traité bolivarien sur l'exécution d'actes étrangers de 1911. Convention de Genève de 1927 sur l'exécution de sentences arbitrales étrangères du 27 septembre 1927, Code de droit international privé du 20 février 1928 (Código de Bustamante), Traité du droit procédural international de Montevideo du 19 mars 1940, Convention de New York du 7 juin 1958, Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des sentences arbitrales étrangères du 8 mai 1979, entre autres.

¹⁵⁵² *Code de procédure civile. Article 694.*

¹⁵⁵³ Cour constitutionnelle, C-800/05, (02-08-2005). *C-347/97.*

Tribunal arbitral international doit faire l'objet d'une procédure d'exequatur dans les conditions fixées par l'article 694 du Code de procédure civile.¹⁵⁵⁴

936. **L'interprétation du juge constitutionnel.** Pour la Cour constitutionnelle, la procédure prévue par ce dernier article « garantit le respect de l'ordre juridique national. Si les arbitres peuvent appliquer une loi étrangère, ils ne peuvent pas aller à l'encontre *des dispositions d'ordre public en vigueur en Colombie.* » (Nous soulignons.) Cette disposition est donc applicable, selon la Cour constitutionnelle, alors même que les Conventions de New York de 1958 et de Panamá de 1975 fixent de manière expresse les conditions de rejet de l'exequatur des sentences arbitrales internationales.

937. Il est regrettable que la Cour constitutionnelle ignore que les sentences arbitrales se distinguent des autres jugements étrangers en raison de l'existence d'un régime juridique particulier et autonome.

Cela étant, seule l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême de justice sur la notion d'ordre public, nous permettra de déterminer le régime de l'exequatur des sentences arbitrales internationales en Colombie.

§2. Les enjeux de la définition de l'ordre public dans l'exequatur

938. **La conception du juge de l'exequatur.** Il convient de définir la conception de l'ordre public appliquée par le juge de l'exequatur en Colombie et ce, afin de déterminer ses spécificités, éventuelles, lorsque les intérêts de l'administration sont en jeu.

La Cour suprême de justice, dans un arrêt du 19 juillet 1994, juge que « lorsqu'il s'agit de décider sur l'exequatur, l'ordre public pertinent est l'ordre public en vigueur au moment où l'exequatur de la sentence va être octroyé. Le juge doit

¹⁵⁵⁴ La Cour précise que, si les arbitres peuvent appliquer une législation étrangère, ils ne peuvent pas aller à l'encontre des normes d'ordre public colombiennes en vigueur, sauf celles de procédure. C'est ce qui prévoit l'article 694-2 du Code de procédure civile. *C-347/97.*

apprécier l'actualité de l'ordre public dans le contexte international en tenant compte que même dans l'ordre juridique interne la notion d'ordre public évolue. » La Cour ajoute, dans l'arrêt du 5 novembre 1996, que « l'analyse de la norme étrangère, ou du résultat de son application dans une décision juridictionnelle doit être faite par le juge national sans perdre de vue la fonction de l'ordre public [...] Parmi les différentes conceptions doctrinales de l'ordre public, il convient de privilégier celles qui ont justifié l'élaboration des Conventions de Panamá (1975) et de Montevideo (1979) : l'ordre public vise à éviter qu'une loi étrangère, en principe applicable à une affaire, puisse contrarier les principes fondamentaux qui inspirent l'ordre juridique national. L'analyse de la conformité de la sentence aux principes d'ordre public doit s'adapter en conséquence aux critères juridiques en vigueur, et échapper à une lecture littérale ou isolée d'une norme. Ainsi, si le but de l'ordre public est de garantir le respect de l'organisation et du fonctionnement des institutions essentielles d'un pays, lesquelles ne peuvent pas être modifiées discrétionnairement par la volonté privée [...], les décisions étrangères ne peuvent être contredites que lorsque de l'analyse du cas d'espèce résulte une évidente incompatibilité entre la sentence soumise à l'exequatur et les postulats essentiels de l'ordre juridique du for. »

En conséquence, la Cour suprême s'écarte de sa propre décision du 17 mai 1978 selon laquelle les critères d'évaluation applicables sont ceux qui résultent de l'application générale des articles 19 et 20 du Code civil.¹⁵⁵⁵ La Cour suprême, par ce revirement jurisprudentiel, établit que la mission du juge de l'exequatur est celle de vérifier d'une part, la compatibilité de l'ordre public avec les effets de la déclaration d'exequatur de la sentence, et, d'autre part, de mesurer, avec prudence, l'intensité des liens qui intègrent le litige dans l'ordre public de l'Etat où elle va être exécutée.¹⁵⁵⁶

Il faut remarquer que, même si l'objet de ces décisions de la Cour suprême de justice est l'exequatur des jugements étrangers, les considérants relatifs à l'ordre public sont transposables à l'exequatur des sentences arbitrales internationales.

¹⁵⁵⁵ Principe de territorialité de la loi et impérativité des règles.

¹⁵⁵⁶ Cour suprême de justice - chambre de Cassation civile, 6130, (05-11-1996).

Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'arrêt du 17 juillet 2011. La Cour juge, à cette occasion, que « la notion d'ordre public en droit international privé est différente de celle qui s'applique en droit constitutionnel ou en droit privé interne. Elle ne se conçoit que comme une exception à l'application de la loi étrangère dans la reconnaissance d'une sentence étrangère [...] En conséquence, le concept d'ordre public en vigueur pour juger de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est circonscrit aux principes fondamentaux tels que la prohibition de l'exercice abusif des droits, la bonne foi, l'impartialité du Tribunal arbitral et le respect du procès équitable. C'est pourquoi, l'inapplication d'une règle impérative du for du juge de l'exequatur n'implique pas *per se* la violation de ces principes fondamentaux. Cette violation n'aura lieu que lorsque l'inapplication de la règle va à l'encontre des garanties que nous avons énumérées plus haut. Dans le cas d'espèce, il est évident que l'ordre public international n'est pas en cause [...] Si le contrat objet du litige a un rapport avec un contrat qui engage *Ecopetrol* [Compagnie pétrolière colombienne] la sentence arbitrale ne concerne pas le régime juridique applicable à *Ecopetrol* mais un régime de droit privé : les restrictions d'ordre public découlant du régime juridique des hydrocarbures ne sont pas applicables au litige qui a donné lieu à la sentence arbitrale.¹⁵⁵⁷

939. **L'interprétation des cours suprêmes sur la question.** Alors que la Cour constitutionnelle juge dans la décision C-347 de 1997 que « la sentence arbitrale internationale ne peut pas être contraire à la constitution ni à aucune norme d'ordre public »,¹⁵⁵⁸ la Cour suprême, dans la décision du 17 juillet 2011, applique, quant à elle les motifs énoncés à l'article V de la Convention de New York. La Cour suprême écarte donc l'application des motifs fixés par l'article 694 du Code

¹⁵⁵⁷ Cour Suprême de justice, *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation* (27-07-2011).

¹⁵⁵⁸ *C-347/97*.

de procédure civile pour l'exequatur,¹⁵⁵⁹ au profit des motifs et de la notion d'ordre public de la Convention de New York.

940. Dans le même sens, le Conseil d'Etat est également clair lorsqu'il affirme, depuis 1998, que « la loi 39 de 1990 (loi d'approbation de la Convention de New York) est applicable aux sentences arbitrales internationales en matière de contrats publics car elle ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit public et de droit privé. Même si la Convention porte sur l'arbitrage commercial international, les contrats publics ne peuvent pas être exclus du domaine d'application de la convention dans la mesure où l'Etat peut passer de tels contrats. »¹⁵⁶⁰

941. Il convient cependant de se demander si une sentence arbitrale contraire aux normes constitutionnelles (au sens de la décision C-347 de 1997) est, par là-même, contraire à l'ordre public visé par l'article V (2-b) de la Convention de New York. Eduardo Silva Romero estime à cet égard, qu'« *il est indéniable que le droit interne des pays latino-américains traite la Constitution politique et les droits fondamentaux (y compris le droit à un procès équitable) compris dans celle-ci, comme des éléments appartenant à l'ordre public national et international de ces Etats. Ainsi, la violation d'un droit fondamental/constitutionnel lors d'un arbitrage international ou par le biais d'une sentence arbitrale étrangère peut donner lieu à l'annulation de la sentence arbitrale ou au rejet de la demande d'exequatur pour violation de la Constitution politique.* »¹⁵⁶¹

L'évolution de la jurisprudence relative à l'exequatur offre des éléments de réponse en ce qui concerne le droit colombien. La notion d'ordre public applicable à la sentence arbitrale doit d'abord s'adapter au moment où la demande d'exequatur est présentée. Le contenu de cette notion est circonscrit *aux principes*

¹⁵⁵⁹ *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation.*

¹⁵⁶⁰ *ETMVA vs. Consorcio Hispano Aleman, 1147Z.*

¹⁵⁶¹ EDUARDO SILVA ROMERO. *A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage international en Amérique latine, in L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle. Société de Législation comparée, (2008), Sous la direction de BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON. ARNOLD WALD. 269-282. p.280.*

fondamentaux tels que la prohibition de l'exercice abusif des droits, la bonne foi, l'impartialité du Tribunal arbitral et le respect du procès équitable. C'est pourquoi, l'inapplication d'une règle impérative du for du juge de l'exequatur n'implique pas per se la violation d'une institution. Le juge de l'exequatur doit donc veiller à ce que les règles appliquées à l'arbitrage ne contreviennent pas aux principes constitutionnels fondamentaux. La nature impérative des règles ne constitue plus, à notre sens, un critère de détermination de l'application de l'ordre public au regard de l'arrêt du 17 juillet 2011.

942. **La position du juge de l'annulation.** La position des juges compétents pour annuler les sentences arbitrales internationales a également évolué en ce qui concerne la détermination de l'ordre public.

Nous avons vu, dans la première partie de notre travail, que le Conseil d'Etat a annulé, en 1982, la sentence arbitrale « Corelca vs. Westing House »¹⁵⁶² et, en 2002, la sentence arbitrale du cas « Termorio »¹⁵⁶³ : il a, à chaque fois, considéré qu'il était contraire à l'ordre public de stipuler un règlement d'arbitrage international pour un arbitrage de droit interne.

Il convient cependant de rappeler que le Conseil d'Etat est revenu sur sa position en 2004, dans le cas « Ferrovias vs. Drummond »,¹⁵⁶⁴ où il rejette le recours en annulation d'une sentence arbitrale partielle. Il considère que si les parties ont choisi de se soumettre aux règles de la Chambre de commerce internationale, c'est au juge du siège de l'arbitrage que revient d'annuler la sentence arbitrale. Il se déclare donc incompétent à cet égard.

En 2010, le Tribunal supérieur de Bogotá¹⁵⁶⁵ a également rejeté un recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale rendue par un Tribunal arbitral organisé sous l'égide de l'Association Américaine d'Arbitrage (AAA), laquelle a pour siège l'Etat de New York.¹⁵⁶⁶ Le Tribunal a fondé sa décision sur l'article 2

¹⁵⁶² *Corelca vs. Westinghouse International Power Systems et Westinghouse Electric Corporation*, 2721.

¹⁵⁶³ *Electrificadora del Atlantico vs. Termorio*, 21041. Voir n° 214, 223, 607, et 661.

¹⁵⁶⁴ *Ferrovias vs. Drummond*, 25261.

¹⁵⁶⁵ Autorité compétente pour l'annulation des sentences arbitrales en matière de droit privé.

¹⁵⁶⁶ Tribunal supérieur de Bogotá, *Industri vs. Sap Andina y del Caribe C.A. en Colombia*, (10-03-2010).

de la loi d'arbitrage international, l'article II de la Convention de New York,¹⁵⁶⁷ l'article 4 de la Convention de Panamá¹⁵⁶⁸ ainsi que sur la convention d'arbitrage qui soumet l'arbitrage aux règles de l'AAA.

943. La sentence arbitrale internationale en matière de contrats publics doit donc respecter les conditions de régularité imposées par le droit applicable au litige. La Cour suprême de justice contrôle la conformité de la sentence vis-à-vis des principes fondamentaux, au regard des règles prévues par la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. D'ailleurs, nous avons vu que l'arbitrage international des contrats publics est soumis au droit international privé. La jurisprudence du Conseil d'Etat que nous venons de citer nous permet donc de conclure qu'il n'y a pas de raison de considérer que la conception de l'ordre public selon laquelle est contrôlée la sentence arbitrale est différente de celle qui prévaut en droit privé. Les principes du contrôle de l'ordre public doivent donc être, en matière d'arbitrage international des contrats publics, identiques à ceux qui s'appliquent pour les contrats de droit privé.

Deuxième section. Le contrôle sur le respect de droits fondamentaux

944. Les actes de la justice arbitrale comme les actes de la juridiction étatique font l'objet d'un contrôle constitutionnel. En effet, *« ordonnées à la poursuite de fins identiques, justice étatique et justice arbitrale reposent sur un certain nombre de principes communs d'organisation et de fonctionnement : ceux que la common law qualifie de principes « de justice naturelle », c'est-à-dire ceux qui transcendent tous les particularismes techniques et*

¹⁵⁶⁷ 1) Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

¹⁵⁶⁸ Les décisions ou sentences arbitrales qui ne sont pas objet d'un recours d'annulation auront la force d'une sentence judiciaire selon la loi applicable.

nationaux et en l'absence desquels on ne pourrait parler de justice. Il ne saurait en effet exister de procès équitable sans que soient scrupuleusement respectés le principe d'égalité entre les parties, le principe de la contradiction et celui, proche mais distinct, de la protection de la défense, ainsi que la nécessité d'un débat loyal, et ces exigences, quelles qu'en soient les modalités qui les traduisent, se manifestent à tous les stades de la procédure. »¹⁵⁶⁹

Ces principes sont garantis en Colombie par l'article 29 de la constitution. La question qui se pose est donc celle de savoir à travers quels instruments de contrainte est garanti le respect de ces principes. Un regard sur l'évolution des instruments constitutionnels s'impose afin de préciser dans quelles conditions ceux-ci sont appliqués à l'arbitrage.

945. **L'évolution du contrôle constitutionnel.** Jusqu'en 1991, l'administration de la justice colombienne compte deux ordres de juridiction : la Cour suprême de justice, juge civil et juge de la constitutionnalité des lois (contrôle abstrait) et le Conseil d'Etat, juge administratif et juge de la constitutionnalité des actes administratifs (contrôle abstrait). Le système de contrôle de constitutionnalité est donc, avant 1991, un contrôle diffus.

L'acte législatif n° 3 de 1910 a prévu deux mécanismes de contrôle constitutionnel de la loi¹⁵⁷⁰ : une action publique d'inconstitutionnalité¹⁵⁷¹ et l'exception

¹⁵⁶⁹ BRUNO OPPETIT. *Théorie de l'arbitrage*. p. 29.

¹⁵⁷⁰ Plusieurs études montrent que l'origine de ces institutions remonte bien loin dans le temps. C'est ainsi que par voie de l'application de la tradition juridique espagnole Luisa García et Miguel Malagón montrent le lien existant entre l'*intercessio* romaine, suivie par le droit de *veto* dans la période du royaume d'Aragon, les recours d'*Amparo* dans la période coloniale et l'action publique d'inconstitutionnalité de 1910. (LUIZA FERNANDA GARCIA LOPEZ. MIGUEL MALAGON PINZON. *Mecanismos de protección de derechos: de la República Romana a la acción pública del siglo XIX en Colombia*, Opinión jurídica - Universidad de Medellín, 8 n° 16, 149-167 (2009).) D'ailleurs Miguel Malagón montre concrètement que l'action publique d'inconstitutionnalité vient du recours d'*agravios* qui est devenu en 1811, l'action publique. La constitution de 1863 (période dans laquelle la Colombie était un Etat fédéré) dans son article 72 octroie à la Cour suprême la compétence de suspendre à la demande du Procureur général ou d'un citoyen, l'exécution des actes législatifs des assemblées populaires des états fédérés, lorsqu'ils sont contraires à la constitution ou aux lois de l'Union. MIGUEL MALAGON PINZON. *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela y Acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario*, Revista de Estudios Socio-Juridicos, 5 77-113 (2003).

d'inconstitutionnalité. Il n'y avait donc pas de mécanisme spécifique de contrôle direct de la violation des droits fondamentaux. La compétence sur l'action publique d'inconstitutionnalité revient à la Cour suprême de justice tandis que l'exception d'inconstitutionnalité peut être présentée devant tous les juges colombiens. Quand les parties soulèvent l'exception d'inconstitutionnalité devant le juge du fond, celui-ci peut décider d'écarter l'application d'une norme contraire à la constitution dans le litige qui leur est présenté. Cette décision n'a d'effets qu'*inter partes*.¹⁵⁷² Cette règle est encore en vigueur sous la constitution de 1991.¹⁵⁷³ La Cour suprême, saisie d'une action d'inconstitutionnalité, a jugé la constitutionnalité de l'arbitrage en 1969, 1976, 1977 et 1991.¹⁵⁷⁴ Lorsque la constitution de 1886 était en vigueur, le Conseil d'Etat assurait un contrôle de constitutionnalité direct et indirect : il avait une compétence constitutionnelle sur les « règlements constitutionnels »¹⁵⁷⁵ et contrôlait la légalité des actes administratifs généraux ; il jugeait, en appel, l'application de l'exception d'inconstitutionnalité déclarée par les juges administratifs du fond.

946. **Les changements introduits par la constitution de 1991.** La constitution de 1991 change le système juridictionnel en instituant quatre cours suprêmes,¹⁵⁷⁶

¹⁵⁷¹ Adopté également par l'article 40-6 et 241-1 de la constitution de 1991. La constitution prévoit aussi dans l'article 242, le contrôle de constitutionnalité des décrets du gouvernement qui n'appartiennent pas à la compétence de la Cour constitutionnelle.

¹⁵⁷² *Constitution de 1886. Article 21 ; Acte législatif 03 de 1910. Article 40 ; Constitution de 1991. Article 4.*

¹⁵⁷³ Cette exception a été soulevée et rejetée par le Tribunal arbitral qui a statué sur les litiges découlant du contrat de concession passé entre la *Lotería del Tolima vs. Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima*. Ce cas a été présenté par la décision *Lotería del Tolima vs. Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A.*, 32846. Nous n'avons pas pu consulter la sentence arbitrale. Nous n'avons pas pu connaître les motifs de refus du Tribunal arbitral.

¹⁵⁷⁴ Cour suprême de justice. Chambre constitutionnelle. (26-08-1976). Cour suprême de justice - Chambre constitutionnelle, (28-07-1977). Cour suprême de justice, 42, (21-03-1991).

¹⁵⁷⁵ Le gouvernement avait un domaine de compétence sur certains sujets constitutionnels.

¹⁵⁷⁶ La Cour constitutionnelle (cour suprême en matière constitutionnelle), la Cour suprême de justice (cour suprême en matière judiciaire : pénal, civil, travail), le Conseil d'Etat (cour suprême en matière administrative) et le Conseil supérieur de la magistrature (cour suprême en matière

parmi lesquelles, une Cour constitutionnelle chargée de l'intégrité et de la suprématie de la constitution.¹⁵⁷⁷

La constitution institue également l'action de « *tutela* ». Celle-ci a pour finalité la protection immédiate des droits fondamentaux.¹⁵⁷⁸ Il s'agit d'un mécanisme transitoire et exceptionnel¹⁵⁷⁹ destiné à prévenir des préjudices irrémédiables, lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens d'action juridictionnelle.

Le juge compétent est celui du lieu de la violation du droit fondamental. Le juge saisi doit se prononcer dans un délai de 10 jours et peut ordonner à celui qui est en train de violer les droits fondamentaux de s'abstenir de le faire ou, encore, de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher la violation de ces droits.

947. **La juridiction constitutionnelle.** La Cour constitutionnelle a jugé à plusieurs reprises que, d'un point de vue fonctionnel, tous les juges étatiques intègrent la juridiction constitutionnelle, lorsqu'ils décident par voie d'action de *tutela*.¹⁵⁸⁰ La chambre de révision de la Cour constitutionnelle choisit, parmi les décisions de *tutela* rendues sur le territoire national, en fonction de critères qu'elle définit elle-même,¹⁵⁸¹ les décisions de *tutela* qu'elle souhaite réviser. En principe, ce sont celles dont l'importance justifie que la Cour unifie la jurisprudence, ou,

disciplinaire [juges et avocats] et institution qui assure l'administration du pouvoir juridictionnel).

¹⁵⁷⁷ Constitution. Article 241.

¹⁵⁷⁸ L'action de *tutela* est viable contre toute action ou omission des autorités publiques ou des particuliers qui viole ou menace de violer les droits fondamentaux. Décret 2591 de 1991. La Cour constitutionnelle réitère tout au long de sa jurisprudence que l'action de *tutela* garantit la dignité humaine et l'efficacité des droits fondamentaux. Voir Cour constitutionnelle, C-018/93, (25-01-1993).

¹⁵⁷⁹ Le caractère exceptionnel de l'action garantit aux décisions juridictionnelles le principe de la chose jugée et leur immutabilité : Cour constitutionnelle, C-264/09, (03-04-2009).

¹⁵⁸⁰ *Loi estatutaria de l'administration de la justice. Article 11-C.*

¹⁵⁸¹ Il s'agit donc d'un pouvoir discrétionnaire de la Cour : « Si toutes les décisions de *tutela* sont adressées à la Cour, c'est la chambre de révision qui décide s'il est nécessaire que la Cour réviser. Dans la décision C-018/93, la Cour a remarqué que la révision éventuelle est plus significative parce qu'elle permet de prévoir l'orientation et de consolider la jurisprudence. La constitution (article 241-9) dispose que la compétence de révision est éventuelle et autonome, l'intérêt de la

celles qui impliquent une « interprétation authentique » de la constitution.¹⁵⁸²

948. **La Cour constitutionnelle, juge suprême en matière constitutionnelle.**

Le décret 2591 de 1991¹⁵⁸³ (qui régit l'action de *tutela*) a prévu la possibilité d'exercer l'action de *tutela* à l'encontre des décisions juridictionnelles.

L'action de tutela à l'encontre des décisions des juridictions suprêmes. La Cour constitutionnelle, par une jurisprudence constante, juge que l'action de *tutela* peut être exercée à l'encontre de toute sorte de décision juridictionnelle y compris les décisions des Cours suprêmes et des arbitres.¹⁵⁸⁴ Cette position a de nombreuses conséquences. Elle crée un déséquilibre entre les Cours suprêmes, qui voient leurs décisions annulées par la Cour constitutionnelle.¹⁵⁸⁵

La Cour suprême de justice et le Conseil d'Etat invoquent le principe de séparation des juridictions. Selon eux, la Cour constitutionnelle empiète sur leurs compétences lorsqu'elle annule une décision définitive revêtue de la force de la chose jugée. De plus, étant donné que les compétences juridictionnelles sont expresses, si la constitution n'a pas établie de hiérarchie entre les cours suprêmes, la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour annuler les décisions des autres Cours suprêmes.

révision est de fixer une doctrine constitutionnelle qui forge une culture du respect des droits fondamentaux dans le pays. Cour constitutionnelle, T-187/02, (14-03-2002).

¹⁵⁸² La Cour constitutionnelle s'est autodéterminée comme interprète authentique de la constitution. Elle l'a représenté lorsqu'elle affirme qu'« entre la constitution et la Cour constitutionnelle, lorsque celle-ci interprète celle-là, ne peut s'interposer une feuille en papier » Cour constitutionnelle, C-113/93, (25-03-1993). Autrement dit, la Cour constitutionnelle a l'*ultima ratio* en matière constitutionnelle en Colombie.

¹⁵⁸³ Ce décret a été édicté par le gouvernement en exercice des facultés extraordinaires conférées par l'article transitoire 5 de la constitution selon la procédure prévue par l'article transitoire 6 devant une commission constitutionnelle spéciale.

¹⁵⁸⁴ C-713/08.

¹⁵⁸⁵ Voir à ce propos: HERNAN ALEJANDRO OLANO GARCIA. *Antolínez, El casus belli (causa de guerra) entre las cortes*, Juridicas, 59-103 (2009). CATALINA BOTERO MARINO. JUAN FERNANDO JARAMILLO. *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*, Foro Constitucional Iberoamericano, 12, 42-81 (2005/2006). CARLOS FERNANDO GOMEZ GARCIA. *Las vías de hecho como generadoras del choque de trenes en la jurisprudencia constitucional*, Criterio jurídico, 9 n° 2, 35-51 (2009).

La Cour constitutionnelle juge, au contraire, que le caractère définitif des décisions juridictionnelles, quel que soit le niveau du juge qui les a rendues, n'est pas absolu si elles violent les droits fondamentaux. Selon la Cour constitutionnelle, le lien entre les cours suprêmes et la Cour constitutionnelle est la constitution, et c'est par ce biais qu'elles intègrent la juridiction constitutionnelle, dont la Cour constitutionnelle est le juge suprême. Cette jurisprudence explique que nous ayons cité tout au long de notre travail quelques décisions d'annulation rendues par le Conseil d'Etat qui ont été, à leur tour, annulées par la Cour constitutionnelle.

949. En résumé, la constitution charge la Cour constitutionnelle du respect et de l'interprétation de la constitution. En conséquence, le dernier mot en matière constitutionnelle lui revient, y compris lorsqu'il s'agit des décisions juridictionnelles.

950. On doit analyser les circonstances dans lesquelles la Cour constitutionnelle s'autorise, par sa propre jurisprudence, à annuler les décisions rendues aussi bien par le Conseil d'Etat, juge de l'annulation des sentences arbitrales, que par les tribunaux arbitraux. Nous allons nous arrêter sur les paramètres définis par la Cour constitutionnelle pour déclarer une voie de fait juridictionnelle (première sous-section), afin de déceler les particularités de ce contrôle en matière d'arbitrage (deuxième sous-section).

Première sous-section. Les conditions nécessaires à la déclaration de la voie de fait juridictionnelle

951. L'article 86 de la constitution dispose que :

« Toute personne a le droit de saisir la juridiction à travers l'action de *tutela*. Par ce moyen, celle-ci peut réclamer par voie de référé, en tout temps et en tout lieu, la protection immédiate de ses droits constitutionnels

fondamentaux enfreints ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique. La protection se matérialise par un ordre adressé à celui qui est en train de violer les droits pour qu'il s'abstienne de le faire. La décision de *tutela* est d'accomplissement immédiat. Elle est susceptible d'appel et sera remise à la Cour constitutionnelle pour son éventuelle révision. L'action de *tutela* n'est possible que lorsqu'il n'y pas d'autres moyens de défense judiciaire, sauf, lorsque celle-ci est utilisée afin de prévenir un préjudice irréversible. Dans aucun cas ne pourra s'écouler un délai de plus de dix jours pour trancher la demande de *tutela*. La loi déterminera les conditions selon lesquelles l'action de *tutela* est possible à l'encontre de particuliers qui assurent des services publics ou dont la conduite risque de nuire à l'intérêt collectif, ou, lorsque le demandeur de la *tutela* se trouve dans un état d'impuissance. »

952. Si la *tutela* est un instrument au service de tous ceux qui estiment que leurs droits fondamentaux sont menacés, la constitution exige certaines conditions de forme (§1) et de fond (§2) pour que la *tutela* soit recevable et accordée.

§1. *Les conditions de forme*

953. **L'origine de l'action de *tutela* à l'encontre des décisions juridictionnelles.** L'article 86 de la constitution est silencieux quant à la recevabilité de la *tutela* contre des décisions juridictionnelles. Nonobstant, le décret 2591 de 1991¹⁵⁸⁶ (qui régit l'action de *tutela*) dispose que cette action est admise à l'encontre des décisions juridictionnelles ; il exige, cependant, que cette demande s'exerce dans un délai de deux mois suivant la communication de la décision.¹⁵⁸⁷ La Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de cette norme (C-543/92). La Cour juge qu'il n'était pas constitutionnel d'imposer un

¹⁵⁸⁶ Ce décret a été édicté par le gouvernement en exercice des facultés extraordinaires conférées par l'article transitoire 5 de la constitution selon la procédure prévue par l'article transitoire 6 devant une commission constitutionnelle spéciale.

délai alors que le texte constitutionnel dispose expressément que l'action peut être déclenchée « à tout moment ».¹⁵⁸⁸

La Cour constitutionnelle étend, par cette voie, la possibilité de mettre en cause les décisions juridictionnelles par l'action de *tutela* lorsque l'activité juridictionnelle constitue une voie de fait.

954. **Le juge compétent en matière d'action de *tutela*.** Nous avons vu que le système de contrôle de constitutionnalité est diffus. Dans cette mesure, les juges du lieu où la violation des droits est commise peuvent être saisis pour faire cesser ladite violation. Cependant, étant donné que les juges appartiennent à des ordres de juridiction différents, ils ne sont pas spécialisés dans la protection de droits fondamentaux, ce qui génère une difficulté d'unification dans l'interprétation des normes qui garantissent ces droits.

955. **L'autorité des décisions de *tutela*.** La Cour constitutionnelle a attribué une autorité subjective et objective à ses décisions en matière d'action de *tutela* : la première confère à la décision de *tutela* un effet obligatoire *inter partes*, tandis que la deuxième confère une valeur *erga omnes* qui s'impose aux juges dans sa fonction d'administration de la justice.¹⁵⁸⁹

La Cour juge que « même si les effets juridiques qui découlent du dispositif de la décision de *tutela* ne sont obligatoires qu'à l'égard des parties, la valeur doctrinale des fondements juridiques de la décision transcendent le cas particulier. L'interprétation fixée par la Cour détermine le contenu et la portée des règles constitutionnelles, et intègre ainsi, l'obligation constitutionnelle des juges de se soumettre « à l'empire de la loi » (article 230 de la constitution). L'exigence du

¹⁵⁸⁷ Décret 2591 de 1991. Article 11.

¹⁵⁸⁸ Une disposition dans ce sens rompt l'autonomie fonctionnelle des juges, détruit la structure décentralisée des juridictions, porte atteinte à l'accès à l'administration de la justice et empêche la préservation d'un ordre juste en dépit des intérêts de la société [...] Cour constitutionnelle, C-543/92, (01-10-1992).

¹⁵⁸⁹ Voir à ce propos le remarquable analyse fait par CARLOS BERNAL PULIDO. El Derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2005). Chapitre 5, p. 149-191.

respect du précédent constitutionnel repose sur la garantie du principe d'égalité (article 13 de la constitution) car l'administration de justice ne peut rendre de décisions sans traiter d'une manière égale les personnes qui se trouvent dans des situations semblables. »¹⁵⁹⁰

956. **L'action de *tutela* à l'encontre des décisions juridictionnelles.** La règle générale est que l'action de *tutela* n'est exercée que de manière exceptionnelle à l'encontre des décisions juridictionnelles. L'action de *tutela* n'est pas une instance supplémentaire. C'est un mécanisme exceptionnel qui ne vise que la protection des droits fondamentaux. Le juge constitutionnel ne peut donc s'immiscer dans le fond du litige. La Cour constitutionnelle est soucieuse d'appliquer restrictivement les motifs de voie de fait juridictionnelle. Elle prétend ainsi éviter qu'un tel moyen de contrôle constitutionnel devienne un recours ordinaire à l'encontre des décisions juridictionnelles.

957. **Les motifs de voie de fait juridictionnelle.** La cour a façonné, par sa jurisprudence, quatre types de motifs qui donnent lieu à la déclaration d'une voie de fait juridictionnelle : la voie de fait par défaut organique, substantiel, procédural et de fait.

La voie de fait par défaut organique. Il convient simplement de rappeler qu'elle est caractérisée lorsque le juge n'a pas compétence pour résoudre le litige qui lui est soumis.¹⁵⁹¹ Elle n'est possible que lorsque les arbitres agissent hors du domaine de compétence défini par les parties dans la convention d'arbitrage, par la constitution ou par la loi. Nous avons développé ce sujet dans le titre relatif à l'arbitrabilité objective des contrats publics.¹⁵⁹²

La voie de fait par défaut procédural est caractérisée lorsque le juge écarte la procédure applicable au litige pour rendre la sentence.¹⁵⁹³ Il faut, d'une part, qu'il viole par ce fait les droits de la défense, le principe du contradictoire ou toute autre garantie

¹⁵⁹⁰ Cour constitutionnelle, C-252/01, (28-02-2001).

¹⁵⁹¹ T-231/94.

¹⁵⁹² Voir n° 338 et s.

¹⁵⁹³ T-231/94. Cour constitutionnelle, T-567/98, (07-10-1998).

attachée à la protection du principe de procès équitable, et d'autre part, que la violation directe de tels droits détermine le sens final de la décision. Autrement dit, si la violation de ces droits n'avait pas eu lieu, les arbitres auraient rendu une sentence arbitrale différente.¹⁵⁹⁴ L'intervention du juge de *tutela* n'est justifiée que lorsque les parties ne peuvent pas faire valoir leurs droits dans la procédure dans des conditions égales pour toutes.¹⁵⁹⁵

La voie de fait par défaut substantiel est caractérisée par la violation manifeste d'un droit fondamental en raison de l'utilisation d'un pouvoir de l'arbitre à une fin différente de celle qui est prévue par la norme,¹⁵⁹⁶ ou, lorsque la décision se fonde sur une norme qui est évidemment inapplicable au litige.¹⁵⁹⁷

La voie de fait par défaut de fait est, enfin, caractérisée dans deux hypothèses : lorsque les arbitres ignorent une preuve déterminante pour la résolution du litige, lorsqu'une norme juridique est appliquée alors que les faits n'ont pas été prouvés, ou, enfin, lorsque l'appréciation de la preuve enfreint les droits fondamentaux.

La première hypothèse est celle de l'omission de l'appréciation des preuves déterminantes pour conclure à la véracité des faits qui déterminent le sens de la décision prise par le juge.¹⁵⁹⁸ Par exemple, lorsque le juge écarte des preuves administrées par les parties alors qu'elles sont essentielles à la résolution du litige au point qu'elles pourraient changer le sens de la décision. Egalement, lorsque le rejet des moyens de preuve résulte d'une décision capricieuse, arbitraire et irrationnelle du juge.¹⁵⁹⁹

La deuxième hypothèse est celle de l'erreur évidente, flagrante et manifeste dans l'appréciation de la preuve. Cette appréciation influence directement la décision juridictionnelle et viole les droits fondamentaux des parties au litige.¹⁶⁰⁰

958. **Les effets de la déclaration de voie de fait juridictionnelle.** Les effets

¹⁵⁹⁴ *SU-174/07.*

¹⁵⁹⁵ *T-1228/03.*

¹⁵⁹⁶ *T-231/94.*

¹⁵⁹⁷ *SU-014/01. SU-047/99.*

¹⁵⁹⁸ *C-442/96.*

¹⁵⁹⁹ *SU-047/99.* Cour constitutionnelle, T-576/93, (10-12-1993).

sont, d'abord, la déclaration de nullité de l'acte juridictionnel ainsi que des actes postérieurs à l'acte annulé.¹⁶⁰¹

Ensuite, un ordre adressé à l'agent juridictionnel qui viole les droits fondamentaux afin de faire cesser la violation ou de revenir sur l'acte nul afin de garantir l'exercice des droits méconnus.¹⁶⁰² Cet ordre doit respecter la compétence fonctionnelle du juge qui a rendu la décision. C'est le juge lui-même qui doit prendre une décision sur le fond du litige. Nonobstant, lorsqu'il s'agit d'un défaut organique le juge a agi sans compétence. Le juge constitutionnel annule la décision et le juge compétent peut être saisi de l'affaire.

§2. *Les conditions de fond*

959. « *Le système juridictionnel ne peut être effectif si les droits du procès équitable, d'accès à la justice, à l'égalité de la procédure ne sont pas garantis.* »¹⁶⁰³ La voie de fait juridictionnelle est une garantie vis-à-vis des actes arbitraires qui peuvent être

¹⁶⁰⁰ C-442/96.

¹⁶⁰¹ *Constitution. L'article 86.* « La protection par voie de *tutela* se matérialise par un ordre adressé à celui qui est en train de violer les droits pour qu'il s'abstienne de le faire. La décision de *tutela* est d'accomplissement immédiat. Elle est susceptible d'appel et sera remise à la Cour constitutionnelle pour son éventuelle révision. » *L'article 23 du décret 2591 de 1991* dispose que « la décision qui accorde la *tutela* aura pour objet de garantir le rétablissement du droit du requérant afin qu'il puisse jouir de son droit. Le juge ordonnera de revenir à l'état antérieur à la violation du droit, lorsque c'est possible. S'il s'agit d'une omission [...] le juge doit fixer un délai raisonnable et péremptoire lorsqu'il s'agit de réaliser une conduite qui assure l'exercice du droit. S'il s'agit d'une menace ou d'un acte matériel le juge ordonnera sa cessation immédiate [...] En tout cas, le juge déterminera les effets de sa décision pour le cas concret ».

¹⁶⁰² *Constitution. L'article 29.* « Dans les dix jours suivant la date de la présentation de la demande de *tutela*, le juge rendra une décision qui doit contenir : 1. L'identification du requérant. 2. L'identification du sujet qui porte atteinte ou menace les droits fondamentaux. 3. La détermination du droit objet de la demande. 4. L'ordre et la définition concrète de la conduite que doit accomplir le sujet qui viole les droits fondamentaux du requérant. 5. Un délai péremptoire qui ne peut dépasser les 48 heures pour l'accomplissement de l'ordre du juge constitutionnel. 6. Lorsque la violation ou la menace du droit découle de l'application d'une norme incompatible avec les droits fondamentaux, la décision devra ordonner l'inapplication de la norme dans le cas concret ».

¹⁶⁰³ ALEXIS MOURRE. *Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje* Op. cit. p.289.

édictees par les juges. Les droits protégés par cette voie sont ceux qui sont étroitement liés à la fonction d'administration de la justice. Ainsi, si la constitution prévoit dans plusieurs articles ces droits et garanties, ils sont traités de manière globale sous l'égide du principe du droit à un procès équitable.

960. **La protection du droit au procès équitable sous la constitution de 1886.** Il convient de remarquer que le traitement du procès équitable sous la constitution de 1886 est substantiellement différent de celui qui est apporté par la constitution de 1991. Cette dernière a introduit « *un nouveau panorama dans les institutions, les droits, les principes, les actions ; elle modifie les bases herméneutiques et discursives des traditions enracinées dans le libéralisme politique du XIX siècle autour des droits individuels et collectifs. La constitution change, au surplus, le rôle de l'Etat dans la protection des garanties des citoyens en vue de garantir leur effectivité.* »¹⁶⁰⁴

Ainsi, si le droit à un procès équitable était protégé par la constitution de 1886, ce principe ne visait que le principe de légalité. La constitution disposait ainsi que « nul homme ne peut être jugé que selon des lois antérieures à l'acte pour lequel il est accusé. Il sera jugé devant le tribunal compétent et selon les formes prescrites par la loi. En matière criminelle, les lois permissives ou favorables seront appliquées de préférence à celles qui sont restrictives ou défavorables ».

961. **La protection du droit au procès équitable sous la constitution de 1991.** La constitution de 1991 va plus loin que la constitution de 1886. Elle prévoit que :

« Le procès équitable est applicable à tout acte juridictionnel et administratif. Nul homme ne pourra être jugé que selon des lois antérieures à l'acte pour lequel il est accusé. Il ne sera jugé que devant le tribunal compétent selon les formes prescrites par la loi. En matière criminelle, les lois permissives ou favorables seront appliquées de préférence sur celles qui sont restrictives ou défavorables. Toute personne est présumée innocente

¹⁶⁰⁴ MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMIREZ. Vias de hecho. Accion de tutela contra providencias, Bogotá, Huellas de Ley. (2001). p. 215.

jusqu'à la déclaration juridictionnelle de sa culpabilité. La personne accusée d'un acte délictueux a le droit de se défendre avec l'assistance d'un avocat choisi par lui-même ou nommé d'office aussi bien au cours de l'enquête que lors de l'instance ; elle a le droit à un procès public sans retards injustifiés ; elle a le droit d'administrer des preuves et de contester les preuves présentées contre elle ; elle peut exercer les voies de recours à l'encontre de la décision qui la condamne et a le droit de ne pas être jugée deux fois pour le même fait. La preuve obtenue en violation du procès équitable est nulle de plein droit ». ¹⁶⁰⁵

962. Les articles 31, 33 et 228 visent également le procès équitable : l'article 31 consacre le droit à la double instance et le *non reformatio in pejus* ; l'article 32 consacre les droits applicables à la procédure pénale et l'article 228 garantit le droit d'accès à l'administration de justice, la publicité des décisions juridictionnelles, la primauté du droit substantiel sur le droit procédural et le respect des formes préétablies dans la procédure.

963. L'article 29 consacre trois caractères fondamentaux du procès équitable : 1. l'application du procès équitable à tout acte juridictionnel et administratif ; 2. la légalité de la peine, le droit d'être jugé par le juge compétent, le droit au respect de la procédure préétablie par la loi, le droit à la preuve, le principe du contradictoire, le droit de recours et la garantie de ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits ; 3. le principe de légalité de la preuve.

964. L'article 93 de la constitution consacre également la primauté des conventions internationales sur le droit interne en matière de droits fondamentaux. Ces conventions intègrent ainsi le bloc de constitutionnalité : elles

¹⁶⁰⁵ Les articles 31, 33 et 228 visent également le procès équitable. L'article 31 prévoit le droit à la double instance et à la *non reformatio in pejus*, l'article 32 prévoit des droits applicables à la procédure pénale et l'article 228 garantit le droit d'accès à l'administration de justice, la publicité des décisions juridictionnelles, la primauté du droit substantiel sur le droit procédural, et le respect des formes préétablies dans la procédure.

sont « étroitement liées à la constitution au sens matériel ». ¹⁶⁰⁶ Les droits et les principes contenus dans les conventions telles que la Convention interaméricaine de droits de l'Homme, ¹⁶⁰⁷ la Convention de Rome de 1998, ¹⁶⁰⁸ les Conventions de Genève, font partie du bloc de constitutionnalité. ¹⁶⁰⁹

965. **La doctrine constitutionnelle sur le droit au procès équitable.** La Cour constitutionnelle a travaillé à la construction d'une doctrine constitutionnelle qui identifie le contenu essentiel des droits fondamentaux et les garanties qui leur sont attachés. Elle a jugé que « le 'contenu essentiel' d'un droit est le domaine nécessaire et irréductible du droit protégé, indépendamment des modalités ou des formes selon lesquelles le droit est présenté. Le noyau dur du droit fondamental ne peut être modifié par des interprétations résultant des événements ou des idées politiques. » ¹⁶¹⁰

Le procès équitable est qualifié par la Cour comme une « clause ouverte ». ¹⁶¹¹ La Cour juge que « l'article 29 de la constitution crée un concept admis dans la terminologie constitutionnelle comme une *clause ouverte*, ce qui nous amène à ne pas restreindre son application aux expressions limitativement contenues dans l'article, mais à accepter un concept de procès équitable substantiel [...] il s'agit d'une garantie générique de liberté juridique, qui exige un équilibre raisonnable [...] en cas d'appréciation déraisonnable de la preuve par le juge, l'équilibre procédural est altéré et le juge de *tutela* ne peut pas y être indifférent. » ¹⁶¹²

Le procès équitable, consacré par l'article 29 de la constitution, englobe une série

¹⁶⁰⁶ C-252/01.

¹⁶⁰⁷ Approuvée et introduite dans l'ordre juridique interne par la loi 16 de 1972.

¹⁶⁰⁸ Approuvée et introduite dans l'ordre juridique interne par la loi 724 du 2002.

¹⁶⁰⁹ Egalemeut la Convention contre la torture et autres traitement dégradants (loi 70 de 1986), la Convention I de Genève (Loi 5 de 1960), etc.

¹⁶¹⁰ Cour constitutionnelle, C-131/93, (01-04-1993).

¹⁶¹¹ Manuel Quinche définit la *clause ouverte* comme la norme constitutionnelle qui permet l'exercice discrétionnaire d'une compétence constitutionnelle ; ou, dresse une liste d'hypothèses énumérative qui permet d'adapter des autres normes qui peuvent s'advenir avec la norme constitutionnelle. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMIREZ. *Vias de hecho. Accion de tutela contra providencias. Op. cit.* p.218.

¹⁶¹² Cour constitutionnelle, T-237/95, (31-05-1995).

de garanties substantielles et procédurales auxquelles sont soumis les actes des autorités juridictionnelles et administratives. Il fixe une limite matérielle à l'abus éventuel commis par une autorité de l'Etat.¹⁶¹³ Le droit au procès équitable est une garantie des autres droits : il préserve la primauté des principes de légalité et d'égalité. Il permet ainsi de rendre effectif l'accès à l'administration de la justice comme fondement essentiel d'une société démocratique.¹⁶¹⁴

966. **La dimension constitutionnelle et la dimension légale du procès équitable.** Si « les règles procédurales permettent la réalisation du droit matériel [...] et une limite matérielle à l'abus éventuel que peuvent commettre les autorités publiques »,¹⁶¹⁵ il faut distinguer la dimension constitutionnelle et la dimension légale du procès équitable. Dans l'élaboration des procédures juridictionnelles et administratives, les droits qui composent le procès équitable doivent être garantis afin que ces procédures soient compatibles avec l'ordre constitutionnel. Cette garantie constitutionnelle ne doit pas être confondue avec la procédure déterminée par la loi. L'importance n'est pas la même : seule la dimension constitutionnelle du procès équitable peut donner lieu à la protection constitutionnelle par voie de *tutela*.¹⁶¹⁶ Il faut, en conséquence, identifier le type de procédure dont il s'agit.

967. L'arbitrage a une nature mixte : il est juridictionnel, par la mission octroyée à l'arbitre, mais a également une nature volontaire. Ainsi, si le juge constitutionnel garantit les droits constitutionnels, les parties qui soumettent leur litige à l'arbitrage optent pour l'application d'un régime juridique plus flexible que celui qui est applicable aux contentieux étatiques. La voie de fait juridictionnelle en matière d'arbitrage aurait donc, de ce fait, des caractères différents.

¹⁶¹³ Cour constitutionnelle, T-416/98, (12-08-1998).

¹⁶¹⁴ Cour constitutionnelle, C-383/00, (05-04-2000).

¹⁶¹⁵ C-383/00.

Deuxième sous-section. La spécificité de la voie de fait juridictionnelle en matière d'arbitrage

968. **Les tensions entre les principes de l'arbitrage et la protection des droits fondamentaux.** De nombreuses tensions procèdent de l'application concrète des principes, des valeurs et des règles juridiques relatives aux droits constitutionnels fondamentaux dans la justice arbitrale, au regard de son caractère volontaire et exceptionnel.

Dans le contentieux de l'action de *tutela* à l'encontre des décisions juridictionnelles, le juge constitutionnel contrôle systématiquement le respect des droits au procès équitable, à la défense, au contradictoire. Ce contrôle génère des tensions avec le respect d'autres principes telles que la sécurité juridique,¹⁶¹⁷ la garantie de l'indépendance du juge et de son autonomie juridictionnelle,¹⁶¹⁸ la stabilité juridique des sentences arbitrales et la célérité de l'arbitrage etc.¹⁶¹⁹

969. **Les directives constitutionnelles.** La Cour a entrepris de donner des directives pour la résolution de ces tensions. Ces directives sont édictées à travers des précédents jurisprudentiels qui interprètent la portée (permissive, prohibitive ou facultative) des dispositions de la constitution en cause.¹⁶²⁰

La sentence arbitrale procède d'un procès au cours duquel doivent être respectés

¹⁶¹⁶ Cour constitutionnelle, T-461/03, (05-06-2003).

¹⁶¹⁷ Le principe de sécurité juridique se matérialise au travers des effets de la chose jugée des décisions juridictionnelles, et le respect de l'indépendance juridictionnelle. Ce principe est nécessaire pour assurer l'ordre juste que réclame le préambule de la constitution. Les décisions juridictionnelles permettent que les citoyens aient confiance sur ce que les juges ont décidé. C-543/92. Cependant, la sécurité juridique visée par la constitution, est celle selon laquelle les droits fondamentaux des citoyens ont été respectés par toutes les autorités de l'Etat. SU-014/01 ; SU-047/99.

¹⁶¹⁸ Voir à ce propos : T-766/08. T-079-08. C-590-05.

¹⁶¹⁹ SU-174/07.

¹⁶²⁰ Voir à ce propos : CARLOS BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos. Op. cit.*

les droits constitutionnels.¹⁶²¹ La sentence arbitrale est, en parallèle, protégée par le principe de stabilité juridique.¹⁶²² Les recours prévus par la loi contre la sentence sont, en conséquence, extraordinaires. La Cour constitutionnelle juge que « la stabilité juridique de la sentence arbitrale est une conséquence directe de la liberté des parties d'habiliter des arbitres pour résoudre leur litige. C'est pourquoi, les motifs d'annulation de ces sentences visent de manière générale les erreurs *in procedendo*, et de manière exceptionnelle des erreurs *in judicando*. »¹⁶²³ L'annulation exclut la révision *in integrum* du litige.¹⁶²⁴ Le principe de la double instance n'est donc pas méconnu en matière d'arbitrage car les parties ont le droit de mettre en cause la régularité de la sentence arbitrale par un recours en annulation. Ce recours garantit les finalités matérielles de la double instance.¹⁶²⁵ Nonobstant, ces recours ne sont pas toujours adaptés à la préservation des droits fondamentaux en raison de leur caractère restreint.¹⁶²⁶ C'est pourquoi, la Cour admet le recours à l'action de *tutela* pour faire valoir les droits qui peuvent être enfreints dans le déroulement de l'instance arbitrale ou par la sentence arbitrale elle-même.¹⁶²⁷

970. Au cours de l'arbitrage, les parties doivent pouvoir faire valoir leurs droits dans des conditions égales. A défaut, le juge constitutionnel peut intervenir pour garantir le rétablissement du droit au procès équitable dans les conditions prévues par les articles 29, 86 et 230 de la constitution. Le juge constitutionnel a ainsi jugé, dans une affaire, que le Ministère de l'agriculture avait pu faire valoir ses droits. S'il ne l'a pas fait, il doit en assumer seul la responsabilité. Il juge, dans cette affaire, qu'il ne peut ordonner aux arbitres de revenir dans le temps ni dans la procédure pour que le Ministère présente des conclusions qu'il aurait pu présenter

¹⁶²¹ C-330/00.

¹⁶²² SU-837/02.

¹⁶²³ Cette exception à la règle de la double instance est autorisée par la constitution et la loi : SU-174/07.

¹⁶²⁴ T-570/94.

¹⁶²⁵ SU-174/07.

¹⁶²⁶ T-244/07. Cour constitutionnelle, T-058/09, (02-02-2009).

¹⁶²⁷ Cour constitutionnelle, T-790/10, (01-10-2010).

dans le délai que le Tribunal arbitral lui a accordé pour ce faire. La Cour rejette donc la demande de *tutela*.¹⁶²⁸

971. **Le principe d'autonomie juridictionnelle** interdit d'annuler des décisions qui n'ont pas méconnu des droits constitutionnels fondamentaux. La détermination d'une voie de fait ne peut être la conséquence du problème juridique de fond soumis à l'arbitrage. La déclaration de la voie de fait ne peut reposer que sur l'interprétation déraisonnable faite par les arbitres dans la sentence arbitrale. Dans l'affaire jugée par la Cour dans la sentence SU-058/03, la Cour juge que « les arbitres ont interprété la portée des obligations des parties au contrat, et, n'ont visé que le problème juridique que les parties avaient présenté dans leurs conclusions [...] il n'y a donc pas d'erreur de fait dans l'appréciation des preuves. »¹⁶²⁹ La sentence arbitrale ne peut donc être annulée que lorsque l'interprétation faite par les arbitres donne lieu à une violation directe d'un droit fondamental.¹⁶³⁰

972. **Le principe *kompetenz-kompetenz***. Le défaut par voie de fait organique est particulièrement difficile à caractériser en matière d'arbitrage, en vertu de l'application du principe *kompetenz – kompetenz*.¹⁶³¹ Les arbitres disposent d'une marge autonome d'interprétation de leur propre compétence. Une affaire illustre cette question : un juge civil s'est déclaré incompétent parce que les parties au litige avaient conclu une convention d'arbitrage. La partie qui a saisi le juge étatique a présenté un recours en appel à l'encontre de cette décision et le Tribunal civil a ordonné au juge inférieur d'accepter la demande en question. La partie lésée par la méconnaissance de la convention d'arbitrage a saisi le juge constitutionnel par voie de *tutela*. La Cour constitutionnelle, en instance de révision, a jugé que le principe *kompetenz - kompetenz* ne doit pas être méconnu par les juges étatiques. Elle lie ce principe à celui du procès équitable et protège, ainsi,

¹⁶²⁸ T-1228/03.

¹⁶²⁹ Dans le même sens T-920/04.

¹⁶³⁰ SU-174/07.

la spécificité de l'arbitrage. Les juges étatiques sont donc tenus de respecter la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage. Les arbitres décident, avant tout autre juge étatique, sur leur propre compétence.¹⁶³²

973. **Les difficultés liées à la « renonciation tacite » à la convention d'arbitrage.** L'application du principe *kompetenz-kompetenz* pose des difficultés au regard de la position de la juridiction administrative. Même si cette position n'est pas limpide, compte tenu d'opinions individuelles et dissidentes, le Conseil d'Etat juge qu'il y a renonciation tacite à la convention d'arbitrage quand la partie défenderesse ne soulève pas, devant le juge étatique, l'exception d'incompétence en raison de la convention d'arbitrage.¹⁶³³

974. Ainsi, si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle révèle bien la portée de la convention d'arbitrage, il n'est pas pour autant certain que le juge administratif aligne sa jurisprudence sur celle de la Cour au regard des tensions actuelles entre les deux juridictions.

975. **Le caractère exceptionnel de la tutela en matière d'arbitrage.** La règle générale est que l'action de *tutela* n'est admise que de manière exceptionnelle. La Cour constitutionnelle a unifié sa jurisprudence, à ce sujet, avec la décision SU-174/97. Elle explique que le caractère exceptionnel de la *tutela* en matière d'arbitrage découle du respect de « a) la stabilité juridique de la sentence arbitrale, b) de la nature exceptionnelle et transitoire de la résolution des litiges au travers

¹⁶³¹ SU-174/07. Sur ce principe voir n° 645 et s.

¹⁶³² T-1224/08. La Cour constitutionnelle développe le contenu de ce principe dans la sentence d'unification SU-174/07. Mais, ce n'est que jusqu'à 2008, que la Cour l'applique à un cas d'espèce.

¹⁶³³ *Arcangel Clavijo Valencia vs. Invicali*, 10439 ; *Consortio L&A vs. IDU*, 33795 Auto ; *Diskomatsu Ltda. vs. Departamento de Santander*, 13573 ; *Fiduciaria Santander S.A. vs. Cipres Trade Center S.A.*, 11001-3103-039-2000-00310-01 ; *Jaime Gilinski y otros vs. Bancolombia y otros*, T-2008-00384 ; *Mario Eduardo Rosasco Estupinan vs. Municipio de Tumaco*, 15469 ; *Pinski vs. Carbocol*, 10882 ; *Sociedad industrias Caper Vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal* 13070.

de l'arbitrage, c) du respect de la volonté des parties d'écarter la juridiction étatique et de soumettre leur litige à l'arbitrage, d) des instruments restrictifs de contrôle des décisions des arbitres. »

En conséquence, l'action de *tutela* n'est admise que lorsque les arbitres commettent une voie de fait juridictionnelle par la violation directe d'un droit fondamental. Le juge saisi d'une action de *tutela* est donc tenu de : « 1) respecter la marge d'autonomie des arbitres, et de ne pas s'immiscer dans le fond du litige ; 2) de vérifier la violation directe d'un droit constitutionnel fondamental par la sentence arbitrale ; 3) d'appliquer la doctrine constitutionnelle des voies de fait mais de prendre également en considération les éléments essentiels à l'arbitrage ; et, 4) de vérifier que les parties ont utilisé les recours prévus par l'ordre juridique à l'encontre des sentences arbitrales avant de saisir le juge constitutionnel (respect du principe de subsidiarité) sauf lorsque le préjudice a un caractère irrémédiable.¹⁶³⁴

976. **Les conditions de l'admissibilité de la *tutela* en matière d'arbitrage.**

Ce n'est seulement, malgré les voies de recours, que lorsque la violation directe de droits fondamentaux subsiste, que le juge constitutionnel peut déclarer la recevabilité de la demande de *tutela*.

Il convient cependant de remarquer que la voie de fait juridictionnelle en matière de sentences arbitrales s'opère selon les mêmes conditions que la voie de fait à l'encontre des autres décisions juridictionnelles.¹⁶³⁵

977. **La notion de procès équitable applicable à l'arbitrage.** La notion d'instance implique le respect du procès équitable. L'arbitrage ne pourrait pas être considéré comme « une justice » s'il en était autrement. « *Il est difficile de percevoir le sens exact selon lequel la justesse d'un jugement pratique résulte du seul respect des règles procédurales formelles* ». ¹⁶³⁶ Le contrôle de constitutionnalité qui porte spécialement

¹⁶³⁴ T-608/98.

¹⁶³⁵ T-058/09.

¹⁶³⁶ PHILIPPE COPPENS. *Normes et fonction de juger. Op. cit.* p.115.

sur le respect des droits fondamentaux ne concerne que les droits et garanties procédurales *substantielles*, c'est-à-dire celles qui garantissent un traitement égalitaire des parties dans le litige et les droits qui doivent être respectés dans toute procédure.

978. **L'abus de l'action de tutela au cours de l'arbitrage.** Si le juge constitutionnel dispose, à travers ses précédents, de règles qui déterminent les conditions de recevabilité de la *tutela* en matière d'arbitrage, les parties au litige exercent ce recours de manière souvent abusive à toutes les étapes de l'arbitrage. L'arbitrage devient ainsi inefficace. La finalité de l'arbitrage d'écarter la justice étatique pour résoudre rapidement le conflit, est alors méconnue.

979. Si le respect des droits fondamentaux est essentiel, les instruments de protection de ces droits ne doivent pas avoir d'effets « pervers ». ¹⁶³⁷ La Cour constitutionnelle a fixé des directives d'interprétation de la portée des droits fondamentaux en matière d'arbitrage pour ne pas méconnaître leur nature particulière et spécifique. Cependant, le contrôle constitutionnel qui s'exerce par la *tutela* est assuré par tous les juges colombiens. En cas de décision de *tutela* arbitraire, la Cour décide discrétionnairement d'en connaître.

980. **L'état de la question.** Il n'y a pas, à notre connaissance, de statistiques qui permettent de mesurer si l'action de *tutela* est exercée de façon systématique ou abusive en matière d'arbitrage. La seule référence tient aux affirmations des praticiens en la matière. Nous avons néanmoins eu accès aux décisions de révision de la Cour constitutionnelle dans ce domaine.

Sur 36 décisions de révision, 10 ont accordé la protection et les 26 autres l'ont

¹⁶³⁷ Voir à propos des effets positifs et négatifs de la constitutionnalisation de l'arbitrage : ALEXIS MOURRE. *Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje*. Op. Cit. NICOLAS GAMBOA MORALES. *Constitución y Arbitraje ¿un nuevo campo de tensión?* EDUARDO SILVA ROMERO. *De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina*. Op. Cit. CRISTIAN CONEJERO ROOS. *La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?*

rejetée. Sur les 10 décisions qui accordent la protection des droits fondamentaux,¹⁶³⁸ seulement deux déclarent la nullité de la sentence arbitrale pour violation du procès équitable,¹⁶³⁹ quatre protègent les droits violés au cours de l'instance arbitrale,¹⁶⁴⁰ deux traitent de l'arbitrabilité objective des litiges relatifs à des procédures d'exécution en droit privé,¹⁶⁴¹ une ordonne le respect du principe *kompetenz-Kompetenz*,¹⁶⁴² et la dernière ordonne au Tribunal civil qui avait rejeté une demande en annulation de la sentence arbitrale de déclarer sa recevabilité.¹⁶⁴³

¹⁶³⁸ Voir annexe n° 4.

¹⁶³⁹ La Cour dans la décision T-790/10 protège le procès équitable pour défaut substantif car le Tribunal arbitral n'a pas déclaré la prescription du droit par rapport à une des prétentions du requérant. Il a donc méconnu les principes de base de la procédure civile, et la jurisprudence de la Cour suprême de justice sur ce sujet. L'interprétation fait par le Tribunal est donc arbitraire, déraisonnable, et contraire au procès équitable et au principe de loyauté procédural. *T-790/10. T-058/09.*

¹⁶⁴⁰ **1)** Les arbitres décident de suspendre la procédure arbitrale tant que le juge étatique saisi ne décline pas sa compétence sur l'affaire. La Cour constitutionnelle leur ordonne de continuer l'instance arbitrale : *T-136/03*. **2)** Un juge civil rejette la demande d'une des parties à l'arbitrage de fixer le siège de l'arbitrage, la Cour lui ordonne de le faire compte tenu que le juge civil a la clause générale de compétence en l'absence d'attribution précise de la loi à un autre fonctionnaire. La Cour constitutionnelle interdit également au Maire de Popayán de se soustraire aux obligations découlant de la convention d'arbitrage. La Cour lui ordonne en conséquence de fixer le siège de l'arbitrage. Cour constitutionnelle, T-121/02, (22-02-2002). **3)** En raison de la prévision contractuelle de l'amiable composition et de l'arbitrage comme mécanismes de résolution des conflits, la Cour constitutionnelle ordonne à la chambre de commerce de Medellín de s'abstenir de nommer des amiables compositeurs tant que le juge du contrat ne fixe pas le sens des stipulations contractuelles. Cour constitutionnelle, SU-091/00, (02-02-2000). **4)** Avant la décision C-1038/02, le régime juridique de l'arbitrage attribuait aux chambres de commerce la mission d'administrer l'étape pré-arbitrale. Elles étaient donc tenues de recevoir la demande d'arbitrage. Nonobstant, il n'était pas clair que la nature juridique de leurs actes était administrative ou juridictionnelle. Le juge constitutionnel est donc saisi par voie de *tutela* parce que la Chambre de commerce de Bogotá avait déclaré irrecevable une demande d'arbitrage. Comme cette déclaration n'était pas motivée, la Cour constitutionnelle remarque que le procès équitable est applicable à toute procédure administrative ou juridictionnelle et ordonne à la Chambre de commerce de Bogotá de motiver sa décision. Cour constitutionnelle, C-600/98, (21-10-1998).

¹⁶⁴¹ Dans les deux premiers cas, les décisions de la Cour sont contradictoires. La décision T-057/95 ordonne au Tribunal de se déclarer compétent sur un litige concernant un titre exécutoire malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. Par contre, dans la décision T-299/96, la Cour estime que les arbitres sont compétents et ordonne au juge civil de déclarer l'irrecevabilité de la requête.

¹⁶⁴² *T-1224/08.*

¹⁶⁴³ Cour constitutionnelle, T-653/05, (23-06-2005).

*

* *

981. Même s'il paraît choquant pour aucuns que les droits fondamentaux rentrent dans le domaine du droit privé et par cette voie touchent l'arbitrage, nous ne voyons pas comment l'arbitrage pourrait être « effectif ou efficace » si ces droits ne sont pas garantis. Certes, ces droits existaient même avant qu'on les appelle « fondamentaux », nonobstant, qu'il soit devant la juridiction étatique ou devant la justice arbitrale, les droits fondamentaux garantissent la concrétisation des droits subjectifs des parties à la procédure.

982. Lorsque les parties se soumettent à l'arbitrage, elles exercent leur droit d'accès à l'administration de la justice à travers les mécanismes autorisés par la loi. Lorsqu'elles saisissent les arbitres, les parties exercent leur droit d'agir. Elles obtiennent ainsi, la justice sur leur cause, à travers une justice « *administrée autrement* » par le juge qu'elles-mêmes ont choisi. Elles assument, en contrepartie, la responsabilité sur le choix des qualités que doivent posséder leurs juges pour trancher le litige.

983. L'arbitre (juge privé) choisi pour accomplir cette tâche, est par essence « un juge ». En tant que juge, il décide sur sa propre compétence, et, il est impartial et indépendant vis-à-vis des parties et des pouvoirs publics. Il est tenu de garantir aux parties le droit à une procédure équitable y compris le principe du contradictoire dans le rapport entre les parties et l'arbitre et dans le rapport entre les parties, elles-mêmes. Cette garantie doit se matérialiser lors de l'instruction du dossier, après la clôture de l'instruction et vis-à-vis de la sentence arbitrale. Les parties à l'arbitrage ont le droit d'obtenir une sentence arbitrale, motivée, dans le délai prévu, et susceptible d'être exécutée.

984. En outre, même si l'arbitrage est une procédure qui se déroule dans une seule instance, les parties ont le droit au recours. Celui-ci se matérialise à travers le droit de demander aux arbitres pendant la procédure, de revenir sur les décisions qu'ils ont prises, le droit de demander la rectification ou la correction des erreurs arithmétiques ou le complément de la sentence arbitrale, ainsi que le droit de contester la validité de la sentence arbitrale à travers le recours en annulation.

985. Certes, on dit que l'action de *tutela* s'exerce de manière abusive à l'égard de l'arbitrage. Il convient de remarquer que ce n'est pas la *tutela* qui doit être censurée, mais, l'attitude de parties vis-à-vis cet instrument.

986. Le juge constitutionnel colombien protège le droit d'accès à l'administration de justice à travers l'arbitrage, le principe *kompetenz-kompetenz* et le principe d'autonomie juridictionnelle des arbitres. La protection des droits fondamentaux dans l'arbitrage ne vise que les garanties procédurales *substantielles*, c'est-à-dire celles qui garantissent un traitement égalitaire des parties dans le litige et les droits qui doivent être respectés dans toute procédure. Un arbitrage qui se déroule sans égard à ces garanties ne peut être ni efficace, ni effectif car les parties n'obtiennent pas une véritable décision en justice.

Conclusion du deuxième titre

987. L'efficacité et/ou l'effectivité de l'arbitrage dépend de la validité de la procédure arbitrale et de la sentence arbitrale. La validité de l'arbitrage dépend en amont de la validité même de la convention d'arbitrage et de la mise en œuvre de l'arbitrage dans les conditions prévues par le régime de l'arbitrage. Elle dépend aussi bien de l'arbitre que des parties. L'arbitre est tenu de rendre la sentence arbitrale dans les limites de sa compétence et selon le droit applicable au litige. Les parties, quant à elles, sont tenues de soulever les irrégularités de nature à entraîner une éventuelle nullité.

988. La sentence arbitrale est un acte juridictionnel. En tant que telle, la sentence produit les effets prévus par la loi : elle entraîne le dessaisissement de l'arbitre, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle est exécutoire. Elle est également revêtue d'une efficacité substantielle : elle matérialise les règles juridiques appliquées par l'arbitre pour résoudre le litige, et concrétise, par cette voie, les droits subjectifs des parties à la procédure. La force obligatoire de la sentence arbitrale est donc une composante de l'efficacité substantielle de la sentence arbitrale.

989. Nonobstant, la réalisation du droit substantiel implique l'exécution de la sentence arbitrale. La production des effets « attendus », c'est-à-dire l'efficacité de la sentence arbitrale est donc étroitement liée à l'exécution de la sentence arbitrale. L'ordre juridique colombien prévoit que l'administration doit exécuter les jugements qui la condamnent. Cela dit, si les fonctionnaires responsables ne le font pas, le droit octroie aux justiciables des moyens d'obtenir l'exécution forcée de l'administration. C'est pourquoi, une sentence arbitrale peut être exécutée même si l'administration se soustrait à son devoir d'exécution volontaire.

990. Ainsi, si la sentence rendue est valide et si elle est exécutée volontairement, elle sera efficace et effective dans la mesure où elle produit les effets « attendus » et des effets « réels ». Par contre, s'il est nécessaire d'user d'une procédure d'exécution ou si, après un recours en annulation, la validité de la sentence est confirmée par le juge étatique, l'arbitrage pourra être qualifié d'effectif, car il donne lieu à une sentence arbitrale valable et susceptible d'être exécutée, mais il ne pourra pas être qualifié d'efficace.

991. Nous avons vu que l'effet « attendu » des parties à l'arbitrage est d'obtenir une sentence arbitrale valable qui tranche de manière définitive le litige, rendue dans le délai prévu par la loi ou par les parties et dont l'exécution est réalisée de manière volontaire. L'arbitrage qui réunit ces conditions sera donc efficace et effectif, car les parties obtiennent le résultat attendu. La sentence arbitrale est également effective car elle produit des effets réels, c'est-à-dire la concrétisation des droits des parties au litige.

992. Par contre, lorsque c'est à l'issue de différents recours que les parties obtiennent la confirmation de la validité de l'arbitrage, celui-ci a perdu en efficacité. On pourrait donc parler d'efficacité partielle ou seulement de la production des effets prévus par le droit. L'arbitrage est alors seulement effectif.

993. L'évaluation de l'efficacité et/ou de l'effectivité de l'arbitrage ne peut être réalisée qu'à partir de l'analyse des décisions rendues à l'encontre des sentences (recours en annulation, action de *tutela*). Si ce contrôle appartient au juge étatique, ce sont bien les parties au litige qui mettent en œuvre de telles procédures. Ainsi, sur les décisions d'annulation analysées, le juge administratif en annule seulement 13%, déclare l'inexistence de la convention d'arbitrage dans 2% des cas, en annule partiellement 5% et rejette la demande dans 80% des cas. Nous pouvons donc affirmer que les sentences arbitrales objet d'un recours en annulation sont effectives pour 80% d'entre elles, voire partiellement effectives dans 5% complémentaire des cas.

Conclusion de la deuxième partie

994. Le régime contentieux administratif en matière de contrats publics ne répond pas, dans son évolution historique, aux spécificités de l'administration publique. Le juge judiciaire a eu la compétence sur ces contrats jusqu'à 1964 et c'est à partir de cette date que la loi octroie la compétence à la juridiction administrative sur les contrats administratifs et autorise, pour la première fois, l'arbitrage des contrats publics. Le choix du législateur de soumettre l'arbitrage des contrats publics au régime du droit commun de l'arbitrage n'est en conséquence que le résultat d'une évolution historique cohérente. Cependant, l'administration se soumet à un juge privé, et, même s'il s'agit d'un contrat, des éléments de droit public sont présents tout au long de la procédure arbitrale.

995. L'arbitrage répond à une conception matérielle de la justice. L'ordre juridique légitime l'arbitrage lorsqu'il pose le cadre juridique de son développement. Cependant, le caractère transitoire et exceptionnel de l'arbitrage, l'exclut de la structure étatique d'administration de la justice et ne le constitue donc pas comme une juridiction dans le sens organique. Le Tribunal arbitral n'ayant pas de supérieur hiérarchique, la procédure arbitrale ne se déroule que dans une seule instance. La décision de fond prise par l'arbitre ne peut pas être mise en cause pendant l'instance d'annulation et le contrôle de la sentence arbitrale n'en vise que sa régularité.

996. Si le Conseil d'Etat admet actuellement que l'arbitre agit en lieu et place du juge administratif lorsqu'il juge un litige relatif à un contrat public, l'étendue des pouvoirs de l'arbitre n'est pas équivalente à celle du juge administratif. Nous avons vu dans la première partie de notre travail que l'arbitrabilité du litige dépend

de la disponibilité des droits litigieux. En conséquence, si les arbitres sont compétents pour résoudre les litiges découlant des actes administratifs contractuels dont le contenu est de nature disponible, il en va tout autrement lorsqu'il s'agit des actes administratifs unilatéraux liés directement ou indirectement à l'objet du litige.

997. Le contentieux arbitral est un contentieux de nature subjective. Ainsi, même si le Conseil d'Etat a annoncé le revirement de sa jurisprudence en admettant la compétence des arbitres pour contrôler la validité des actes administratifs contractuels, le contentieux objectif de légalité échappe, à notre avis, totalement à la compétence des arbitres.

Lorsqu'un acte administratif est la source du conflit, l'arbitre doit déterminer s'il s'agit réellement d'un acte administratif unilatéral édicté par l'administration en vertu de ses prérogatives de pouvoir public, et qui répond aux considérations d'intérêt général, et dans ce cas, décliner sa compétence sur l'affaire. Ou, s'il s'agit d'un acte qui corresponde aux rapports de coordination entre les cocontractants et dont l'objet de désaccord des parties concerne des droits disponibles, il doit confirmer sa compétence sur l'affaire. C'est donc dans ce domaine que l'arbitre, en tant que juge du contrat, administre la justice. Il aura dans ces conditions la totalité des pouvoirs et des devoirs du juge administratif, il doit conduire l'instance arbitrale et garantir les droits des parties à la procédure arbitrale.

998. La loi interdit l'arbitrage institutionnel et *ad hoc* lorsqu'une entité publique est concernée. La procédure arbitrale se déroule alors selon les règles établies par le décret 1818 de 1998. Si les pouvoirs des arbitres proviennent directement de la loi, ils ont des devoirs supplémentaires qui découlent du rapport contractuel qu'ils entretiennent avec les parties. Ils peuvent alors engager leur responsabilité vis-à-vis des parties au litige et de l'Etat en raison de l'inaccomplissement de leurs devoirs.

999. Le Ministère public est un intervenant impartiale à la procédure, sa mission étant de garantir la protection de l'ordre juridique, le patrimoine public et les droits fondamentaux lorsque cela est nécessaire.

1000. L'arbitre est tenu de rendre une sentence arbitrale valable dans le délai fixé par les parties au litige. Il n'est pas tenu de suivre la position du Ministère public. Il doit motiver sa décision et résoudre le litige en toute autonomie selon les preuves des faits et l'application du droit des contrats publics. Les parties et le Ministère public sont tenus de signaler aux arbitres les éventuelles irrégularités qui peuvent se présenter tout au long de la procédure. S'il n'en est pas ainsi, ils ne pourront pas saisir le juge de l'annulation.

1001. Les jurisprudences administrative et constitutionnelle confirment que la règle générale en arbitrage des contrats publics est l'application du droit commun de l'arbitrage ; l'application de la procédure contentieuse administrative n'est donc qu'exceptionnelle : elle s'applique de manière subsidiaire en cas de défaut de règle applicable du régime de droit commun de l'arbitrage ou en ce qui concerne la nature substantielle du litige.

1002. Si le droit privé commande la procédure et le fond du litige, le droit public est pris en considération par les arbitres pour garantir les principes essentiels des contrats publics dressés par la loi 80 de 1993. Ce droit garantit également les moyens d'exécution volontaire, et forcée de la sentence arbitrale.

1003. Il n'y pas de rivalité entre la juridiction étatique et la justice arbitrale. Le juge administratif et le juge constitutionnel font respecter la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, l'autonomie juridictionnelle de l'arbitre, et la décision de fond prise par l'arbitre.

1004. La *summa divisio* entre le droit privé et le droit public est inexistante en matière d'arbitrage des contrats publics. Le droit s'intègre pour garantir l'efficacité

et l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics en Colombie. Le régime juridique de droit commun de l'arbitrage a fait ses preuves. Son application en matière de contrats publics est adéquate car il répond aux exigences de la procédure arbitrale.



Conclusion générale

1005. La volonté des parties est le pilier de la justice arbitrale en Colombie : elle confère son originalité à l'arbitrage en comparaison avec la justice étatique. Si le processus d'acceptation de l'arbitrage n'a pas été constant dans l'histoire du droit colombien, la constitution et la loi fixent aujourd'hui un cadre juridique cohérent pour le bon développement de l'arbitrage interne et international.

Lorsque les parties au contrat public soumettent leur litige à l'arbitrage, les arbitres deviennent les juges du contrat. Les droits disponibles ouvrent la voie à l'arbitrage des contrats publics même lorsque le litige concerne des actes administratifs édictés au cours de l'opération contractuelle.

1006. Les contradictions entre l'« arbitrage » et les contrats « publics » ne sont qu'apparentes. Les principes des contrats publics et ceux du droit privé s'intègrent et coexistent harmonieusement. Ils s'appliquent au contrat même lorsque le juge du contrat est le juge administratif. L'exorbitance des contrats publics *n'existe qu'à la marge*.¹⁶⁴⁴ L'exercice de prérogatives de puissance publique vise, dans les contrats publics, au seul objectif de garantir la continuité des services publics.

Les décisions afférentes de l'administration prennent la forme d'actes administratifs unilatéraux dont le contrôle échappe aux arbitres. Le contrôle de ces actes renvoie d'abord à un contentieux objectif de validité devant le juge administratif, à qui il appartiendra également, le cas échéant, d'engager la responsabilité de l'administration.

¹⁶⁴⁴ YVES GAUDEMET. *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*. *Op. cit.* p.5.

1007. Le statut de l'arbitre est immuable en matière de contrats publics et privés. Si l'ordre juridique colombien octroie à l'arbitre le statut de juge, il n'est cependant pas institué, tout comme le juge administratif, pour défendre les intérêts de l'administration.

En tant que juges, ils rendent la justice en toute indépendance et impartialité. C'est aux agents du Ministère public que revient (dans l'instance arbitrale et lors du procès en annulation de la sentence arbitrale) la défense des intérêts de l'Etat, de l'ordre juridique et des droits fondamentaux. L'administration n'a pas de raisons de craindre ces juges privés : elle décide de la nomination des arbitres en fonction des besoins du litige.

1008. L'arbitrage, en tant que mécanisme exceptionnel d'administration de la justice, se déroule en une seule instance. Le fond de la décision prise par l'arbitre est intangible dans la mesure où le juge étatique ne peut intervenir que de manière exceptionnelle au cours de la procédure. Seul le juge constitutionnel intervient en cas de violation du droit au procès équitable (cœur des droits et garanties procédurales substantielles). Une fois la sentence arbitrale rendue, le juge de l'annulation n'en contrôle que sa régularité.

1009. Le droit commun de l'arbitrage s'adapte efficacement à l'arbitrage des contrats publics. Le droit contentieux administratif ne s'applique que de manière subsidiaire s'il est lié au fond du litige. Les entités publiques ne peuvent cependant pas stipuler les règles applicables à la procédure arbitrale, ni se soumettre aux règles d'un centre d'arbitrage. Si elle peut sembler regrettable, cette interdiction ne traduit, à notre avis, que l'exigence d'une plus grande transparence et sécurité juridique par l'application de règles préétablies par le législateur. Ce besoin de sécurité n'est pas nuisible à l'arbitrage des contrats publics. Certes, il est souhaitable que la flexibilité caractérise la procédure arbitrale pour des raisons d'économie procédurale et pour maîtriser les délais. Nonobstant, les délais des procédures arbitrales des contrats publics ne dépassent pas, à de rares exceptions près, deux ans, délai qui nous semble raisonnable au regard des délais de la justice

étatique.¹⁶⁴⁵ D'ailleurs, la flexibilisation de la procédure arbitrale pour les personnes privées est assez récente en Colombie. Il faut qu'elle se consolide avant d'être, éventuellement, transposée à l'arbitrage des contrats publics.

Cette flexibilité existe en matière d'arbitrage international : la loi, les traités internationaux conclus par la Colombie autorisent la stipulation de l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel par les personnes publiques. La jurisprudence constitutionnelle, du Conseil d'Etat, en tant que juge de l'annulation, et de la Cour suprême, en tant que juge de l'exequatur, vont dans le sens du respect des obligations internationales de la Colombie.

1010. Les principes d'indépendance et d'autonomie fonctionnelle des arbitres, d'autonomie de la convention d'arbitrage, *kompetenz-kompetenz*, de sécurité juridique, de stabilité de la sentence arbitrale et de célérité de l'arbitrage sont garantis par les juridictions suprêmes.

1011. La constitutionnalisation de l'arbitrage fait que l'arbitre exerce une fonction publique d'administration de la justice. Cette réalité explique que la jurisprudence fasse confiance, respecte et garantisse l'arbitrage. Cependant, la constitutionnalisation de l'arbitrage ne va pas sans conséquences : des tensions découlent du parallélisme existant entre l'exercice de la justice étatique et celui de la justice arbitrale. La jurisprudence des plus hautes autorités juridictionnelles est remarquable dans la fixation des limites entre les deux justices, même si certaines clarifications sont encore nécessaires.

1012. Le contrôle constitutionnel des règles de l'arbitrage apporte de la clarté dans leur interprétation et leur application. Cependant, l'acceptation de l'action de *tutela* à l'encontre des décisions juridictionnelles ouvre la « boîte de pandore ». Ce contrôle constitue le talon d'Achille de l'arbitrage en Colombie. Si la Cour constitutionnelle exerce, dans la plupart des cas, un contrôle strict pour déclarer la violation des droits fondamentaux (parce qu'elle défend les principes essentiels de

¹⁶⁴⁵ Voir l'annexe n° 2.

l'arbitrage), il n'en va pas de même pour les juges ordinaires qui assurent le contrôle diffus de constitutionnalité. Ces derniers méconnaissent trop les caractères du droit de l'arbitrage. Ils rendent, en conséquence, des décisions de mauvaise qualité. L'attribution de cette compétence sur l'action de *tutela* aux juges de l'annulation serait fortement souhaitable.

1013. L'administration, partie au contrat public et à l'arbitrage, reste quand même « l'administration ». L'arbitrage n'est pas à l'écart des considérations politiques. Il ne l'est pas plus en matière de droit privé lorsque les contrats présentent un intérêt économique important. Les enjeux économiques des contrats publics ne sont évidemment pas négligeables. Les fonds qui permettent la réalisation de ces contrats proviennent du contribuable. Ainsi, la gestion des choix de l'administration et son contrôle juridictionnel constituent une tâche délicate en raison de leur impact politique. L'arbitre a, en conséquence, une responsabilité renforcée en raison de la portée politique de ses décisions. Les médias peuvent même conduire l'opinion publique à prendre une position de défiance face aux sentences arbitrales.

1014. Si l'arbitrage des contrats publics colombiens a un degré d'effectivité important,¹⁶⁴⁶ il cherche encore sa voie. Trois projets de loi d'unification des règles de l'arbitrage ont été présentés au Congrès dans les dix dernières années.¹⁶⁴⁷ Il convient de remarquer que si la première version du projet 85 de 2002 envisageait l'élargissement du domaine arbitral aux litiges susceptibles de recours de pleine juridiction et aux actes administratifs unilatéraux, le deuxième projet se concentre sur la procédure arbitrale, sans faire référence au critère d'arbitrabilité des litiges. Le troisième projet confirme les limites assignées à l'administration pour stipuler les règles de procédure applicables à l'arbitrage.

¹⁶⁴⁶ Rejet de 80% des prétentions d'annulation par les décisions du Conseil d'Etat, et 68% de demandes de protection des droits fondamentaux rejetées en instance de révision constitutionnelle. Voir les annexes sur le recours en annulation et sur l'action de *tutela*.

1015. Cela étant, l'arbitrage des contrats publics est largement pratiqué en Colombie. Les règles applicables se sont consolidées au fil du temps. L'harmonisation des principes du droit public applicables aux contrats publics et des règles particulières de l'arbitrage s'est opérée sans difficultés dans la mesure où il n'y a pas d'opposition réelle entre eux. L'arbitrage des contrats publics est nécessairement limité aux litiges de nature disponible. Mais, ce n'est pas en raison des particularités du droit public que cette limite existe : une telle limite est également applicable au droit privé et au droit international. Si les particularités du droit des contrats publics justifient certains aménagements des règles de l'arbitrage, la jurisprudence prend soin de préserver l'efficacité de l'arbitrage.

1016. Si les principes fondamentaux du droit public sont respectés en matière d'arbitrage, il convient de prolonger le débat en France. On peut, en effet, se demander si le principe d'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public est encore justifié. Une étude approfondie de la viabilité de l'arbitrage au regard des principes du droit des contrats administratifs français est aujourd'hui nécessaire.

L'exemple colombien montre qu'il n'y a pas de contradiction indépassable entre les principes du droit des contrats publics et le recours à l'arbitrage. Le fondement du recours à l'arbitrage en Colombie tient à la nature disponible des droits litigieux. Or, la nature disponible est bien le fondement de l'arbitrabilité des contrats en France. Les contrats administratifs en droit français portent, pour une part, sur des droits disponibles. Ils sont d'ailleurs, à ce titre, susceptibles de transaction. La seule justification théorique de l'interdiction de l'arbitrage tient donc formellement à l'interdiction législative, et matériellement au monopole de la justice administrative. En Colombie, ce dernier obstacle a, depuis longtemps, été levé. Malgré les différences des régimes du droit des contrats publics en Colombie et en France, on peut s'interroger sur les résistances, en France, à la levée de ces

¹⁶⁴⁷ Projet de loi n° 85 de 2002, n° 177 de 2007 et 18 de 2011.

obstacles. Cette question doit être envisagée, en tout cas, au regard des principes fondamentaux du droit administratif français et non pas à l'aune des réticences historiques à l'égard de l'arbitrage.

Bibliographie

Ouvrages généraux et spécialisés

ARBITRAGE

Droit ibéro-américain

- BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano, Bogotá, Editorial Temis S.A., Segunda Edición ed. (2001).
- . El arbitraje en el derecho colombiano, Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá, Tercera ed. (2010).
- BERNAL GUTIERREZ, Rafael. El arbitraje, alternativa actual, Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá. (1997).
- CAIVANO, Roque. La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Bogotá, Universidad del Rosario - Cámara de comercio de Bogotá. (2008).
- CHILLON MEDINA, José María y MERCHAN, José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional, Madrid, Civitas. (1991).
- FRUTOS-PETERSON, Claudia. Emergence de l'Arbitrage Commercial International en Amérique Latine. Paris, Editions L'Harmattan. (2003).
- GAMBOA MORALES, Nicolás, Apuntes sobre arbitraje internacional, Bogotá, Universidad del Rosario, (2006).
- GAMBOA SERRANO, Rafael H. El proceso Arbitral en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Colección profesores. (1992).
- GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá. (2010).
- IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. La acción de tutela contra laudos arbitrales, Bogotá, Universidad Javeriana, Depalma, Ibañez. (2009).
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje comercial nacional e internacional, Bogotá, Legis. (1998).
- PEÑA CASTRILLON, Gilberto y MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Pacto Arbitral y Arbitraje en Conciencia, Bogotá, Monografías jurídicas. (1988).
- ROCA AYMAR, José Luis. El arbitraje en la contratación internacional, Madrid, Esic Editorial, Instituto Español del Comercio. (1994).

REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. Teoría y Práctica del arbitraje comercial internacional, Navarra, Aranzadi, 4 ed. ed. (2006).

SALCEDO CASTRO, Myriam. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano, Bogotá, Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia (2006).

SALCEDO CASTRO, Myriam. Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia y en Colombia. Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad del Rosario (2008).

TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Editorial Temis (2008).

Droit européen

BESSON, Sébastien. POUDRET, Jean François. Droit comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, Paris, Zurich-Bâle-Genève, Bruylant, L.G.D.J, Schulthess. (2002).

CLAY, Thomas. L'arbitre, Paris, Dalloz. (2001).

COURT DE FONTMICHEL, Alexandre. L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Paris, Editions Panthéon Assas. Thèses. (2004).

DAVID, René. L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica. (1982).

FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec. (1996).

JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J. (1987).

MOTULSKY, Henri. Ecrits § II, Paris, Dalloz. (1973).

---. La nature de l'arbitrage, Paris, Dalloz. (1974).

OPPETIT, Bruno. Théorie de l'arbitrage, Paris, PUF. (1998).

PATRIKIOS, Apostolos. L'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J. (1997).

RACINE, Jean-Baptiste. L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, L.G.D.J. (1999).

CONTRATS PUBLICS

Droit colombien

BAUTISTA MOLLER, Pedro José. Licitaciones, Contratos y Sanciones, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. (1999).

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre lo público y lo privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2002).

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública, Bogotá, Legis. (1999).

GÜECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación, Bogotá, Universidad Santo Tomás - Ibañez. (2010).

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Bogotá, Editorial ABC, (1993).

---. Instituciones de derecho procesal civil colombiano § II, Bogotá, Dupre Editores. (2004).

GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. El Contencioso Contractual, Pereira, Editorial Universidad Libre - Pereira. (2000).

MUTIS VANEGAS, Andrés. QUINTERO MUNERA, Andrés. La Contratación Estatal: análisis y perspectivas, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores N° 28, 1ª edición ed. (2000).

Droit français

BRENET, François et MELLERAY, Fabrice. Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Paris, Litec. (2005).

DE LAUBADERE, André. MODERNE, Franck. DELVOLVE, Pierre. Traité des contrats administratifs, Paris, LGDJ. (1986).

LOMBARD, Frédéric. La cause dans le contrat administratif, Paris, Dalloz. (2008).

RICHER, Laurent. Droit des contrats administratifs, Paris, Dalloz. (2010).

DROIT ADMINISTRATIF

Droit ibéro-américain

BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Acción popular y nulidad de actos administrativos, Bogotá, Legis. (2004).

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo parte general, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición Colombiana ed. (1998).

HUERGO LORA, Alejandro. La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España - Bolonia. (2000).

RIVERO ORTEGA, Ricardo. Introducción al derecho administrativo económico, Salamanca, Ratio Legis Librería jurídica. (2001).

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Procesos Contencioso Administrativos parte general, Bogotá, Librería Jurídicas Wilches. (1986).

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo procedimiento, eficacia y validez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición ed. (1994).

---. Tratado de derecho administrativo § Tome I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª. Edición ed. (2002).

---. Tratado de derecho administrativo § Tome II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2003).

SARRIA, Eustorgio y SARRIA, Mauricio. Derecho Administrativo parte general, Bogotá, Editorial Pluma Ltda., Octava Edición ed. (1982).

Droit européen

CHAPUS, René. De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, Paris, Dalloz. (1966).

---. Droit administratif général § 1, Paris, L.G.D.J. (2001).

---. Droit du contentieux administratif, Paris, L.G.D.J. (2008).

DE LAUBADERE, André. VENEZIA, Jean Claude. GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif § I, Paris, L.G.D.J., 15 ed. (1999).

FOULQUIER, Norbert. Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle, Paris, Dalloz. (2003).

GAUDEMET, Yves. Droit administratif, Paris, L.G.D.J. 19 ed. (2010).

GAUDEMET, Yves. Traité de Droit administratif, Paris, L.G.D.J. 16 ed. (2001).

LINDITCH, Florian. Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, Paris, L.G.D.J. (1997).

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, Depalma. (1949).

PASTOREL, Jean Paul. L'expertise dans le contentieux administratif : contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile Paris, L.G.D.J. (1994).

SERVOIN, François. Droit Administratif de l'économie, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble. (2001).

DROIT CIVIL

Droit français

LARROUMET, Christian. Droit Civil, Les Obligations, Le contrat, 1ère partie, Conditions de formation § T.III, Paris, Economica, 6ème édition ed. (2007).

MALAUURIE Philippe. AYNES Laurent. GAUTIER Pierre-Yves. Les contrats spéciaux, Paris, Defrenois, 2 ed. (2005).

DROIT CONSTITUTIONNEL

Droit colombien

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2005).

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias, Bogotá, Huellas de Ley. (2001).

Droit français

MATHIEU, Bertrand. VERPAUX, Michel. La constitutionnalisation des branches du droit, Paris, Economica. (1998).

DROIT INTERNATIONAL

ALJURE, Antonio. El contrato internacional, Bogotá, Legis. (2010).

ANZOLA, Marcela. VILLAVECES, Juanita. Análisis crítico de la Ley 963/2005 sobre Estabilidad Jurídica al inversionista, Bogotá, Universidad del Rosario. (2005).

BAKANDEJA WA MPUNGU, Grégoire. Le droit du commerce international, Bruxelles, Paris, De Boeck. (2001).

CALVO, Carlos. Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès du droit de gens § Tome I, Paris, G.Pedone -Lauriel Editeur. E. Thorin Guillaumin et Cie Editeurs. Arthur Rousseau, Editeur. (1880).

---. Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens § Tome I, Guillaumin et Cie Editeurs. Arthur Rousseau, Editeur. G.Pedone -Lauriel Editeur. Marchal et Billard, Editeur. ed., Paris, 4ème ed. (1887).

---. Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens § Tome III, Guillaumin et Cie Editeurs. Arthur Rousseau, Editeur. G.Pedone -Lauriel Editeur. Marchal et Billard, Editeur. ed., Paris. (1888).

CARREAU, Dominique. JUILLARD, Patrick. Droit international économique, Paris, Dalloz. (2005).

CHATILLON, Stéphane. Droit des affaires internationales, Paris, Vuibert, 3 ed. (2002).

COMBACAU, Jean. SUR, Serge. Droit international public, Paris Montchrestien, 8ème ed. (2008).

DI GIOVANI, Illena. Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales, Buenos Aires, Abelardo Perrot. (1992).

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Paris, L.G.D.J. (1996).

GUTMANN, Daniel. Droit international privé, Paris, Dalloz. (2002).

HERDEGEN, Mathias. Derecho económico internacional, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Biblioteca jurídica Dike. (1998).

HEUZE, Vincent. MAYER, Pierre. Droit international privé, Paris, Montchrestien. (2007).

LANKARANI EL-ZEIN, Leila. Les contrats d'état à l'épreuve du droit international, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles. (2001).

LEBEN, Charles. Le droit international des affaires, Paris, PUF, 6 ème édition confondue (2003).

MANCIAUX, Sébastien. Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI, Paris, Litec. (2004)

RODNER, James Otis. La inversión internacional en los países en desarrollo, Caracas, Editorial Arte. (1993).

SERAGLINI, Christophe. Lois de police et justice arbitrale international, Paris, Dalloz. (2001).

TOUSCOZ, Jean. Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris, LGDJ. (1964).

WALDE, Thomas. Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte la mondialisation de l'économie, Paris, Pedone. (2004).

DROIT PUBLIC

Droit ibéro-américain

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Publico Económico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia et Fundación de Estudios de Regulación. (2003).

CASSAGNE, Juan Carlos. Estudios de derecho publico, Buenos Aires, De Palma. (1995).

DELGADO RINCON, Luis Esteban. La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2003).

Droit français

AUBY, Jean Bernard. Globalisation et droit public, Paris, Dalloz. (2002).

---. La globalisation, le droit et l'Etat, Paris, Montchrestien. (2003).

AVRIL, Pierre. VERPEAUX, Michel. Les règles et principes non écrits en droit public, Paris, Panthéon-Assas- LGDJ. (2000).

HISTOIRE DU DROIT

GARCIA DE VALDEAVELLANO, Luis. Curso de historia de las instituciones españolas, Madrid, Alianza. (1977).

GREWE Wilhelm Georg. BYERS, Michael. The Epochs of International Law, Berlin, De Gruyter. (2000).

GROOT, José Manuel. Historia y cuadros de costumbres. Bogotá, Editorial Minerva. (1934).

LEMAITRE ROMAN, Eduardo. La bolsa o la vida, cuatro agresiones imperialistas en Colombia, Bogotá, Banco de Colombia (1974).

TIRADO MEJIA, Alvaro. Colombia en la repartición imperialista (1870-1914), Medellín, Hombre nuevo. (1940).

LINGUISTIQUE JURIDIQUE

CORNU, Gérard. Linguistique juridique, Paris, Montchrestien. (2005).

PROCEDURE CIVILE

Procédure civile colombienne

BEJARANO GUZMAN, Ramiro. Procesos declarativos, Bogotá, Temis, cuarta ed. (2008).

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil especial, Bogotá, Dupré Editores. (2009).

Procédure civile française

CADIET, Loïc. NORMAND, Jacques. AMRANI MEKKI, Soraya. Théorie générale du procès, Paris, Puf. (2010).

COUCHEZ, Gérard. LARGARDE, Xavier. Procédure civile. 16 éd., Paris, Dalloz. (2011).

RESOLUTION DES LITIGES

VALDES SÁNCHEZ, Roberto. La transacción, Bogotá, Legis. (1997).

THEORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

BEYS, Kostas. Le problème du droit et des valeurs morales. L'aventure humaine, entre le bien et le mal, Paris, L'Harmattan. (2004).

CARRIO, Genaro. Algunas palabras sobre las palabras de la ley, Buenos Aires, Abelado -Perrot. (1971).

---. Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. (1994).

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La globalización del derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia et Ilsa. (2002).

GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Barcelona, Gedisa. (1999).

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo parte general, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición Colombiana ed. (1998).

COPPENS, Philippe. Normes et fonction de juger, Paris, Bruylant - L.G.D.J. (1998).

KELSEN, Hans. Théorie pure du droit, Paris, Dalloz. (1962).

---. Théorie générale du droit et de l'Etat, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, Paris, Bruylant - LGDJ. (1997).

MENDOCA, Daniel. Las claves del derecho, Barcelona, Gedisa. (2000).

OPPETIT, Bruno. Droit et modernité, Paris, Presses universitaires de France (1998).

---. Philosophie du droit, Paris, Dalloz. (1999).

---. Théorie de l'arbitrage, Paris, PUF. (1998).

PHERSMANN, Otto. TIMSIT, Gérard. Raisonement juridique et interprétation, Publications de la Sorbonne ed. Paris. (2001).

TERRE, Dominique. Les questions morales du droit, Paris, PUF. (2007).

ROMANO, Santi. L'ordre juridique, Paris, Dalloz. (2002 - traduction française de la seconde édition fait en 1975 par FRANÇOIS, Lucien et GOTHOT, Pierre).

SILVA ROMERO, Eduardo. Wittgenstein et la philosophie du droit., Paris, PUF. (2002).

TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France. (1994).

VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. L'ordre public. Etude de droit comparé interne, Paris, Presses Universitaires de France. (2001).

OUVRAGES COLLECTIFS

ARBITRAGE

AUDIT, Mathias. Contrats publics et arbitrage international, Bruxelles, Bruylant. (2011).

BERNAL GUTIERREZ, Rafael. DERAIS, Yves. MANTILLA SERRANO Fernando. Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos, Bogotá, Universidad del Rosario y Cámara de comercio de Bogotá. (2010).

CLAY, Thomas. Le nouveau droit français de l'arbitrage, Paris, Université de Versailles - Lextenso éditions. (2011).

CONEJERO ROOS, Cristian. HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio. MACCHIA, Valeria. SOTO CAGUILA, Carlos. El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Bogotá, Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira, Legis. (2009).

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. WALD, Arnold. L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle. Institut Brésilien de droit comparé. Société de législation, Paris, Société de Législation comparé. (2008).

HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación, Bogotá, Universidad del Rosario (2007).

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Controversias constitucionales, Bogotá, Universidad del Rosario, (2009).

MANTILLA SERRANO, Fernando. Arbitraje internacional - Tensiones actuales, Bogotá, Comité colombiano de Arbitraje - Legis. (2007).

SILVA ROMERO, Eduardo. El contrato de arbitraje, Bogotá, Legis - Universidad del Rosario. (2005).

ROSSEL, José. Les arbitres internationaux, Paris, Société de législation comparée. (2005).

THEORIE DU DROIT

BOLLEE, Sylvain. LAITHIER, Yves-Marie. PERES, Cécile. L'efficacité économique en droit, Paris, Economica. (2010).

CANIVET, Guy. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. KLEIN, Michael. Mesurer l'efficacité économique du droit, L.G.D.J. (2005).

COMAILLE, Jacques. KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice, Paris, La découverte. (2007).

PIGACHE, Christian. Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation. Rouen, Publications de l'Université de Rouen. (2004).

DROIT CONSTITUTIONNEL ET PRIVE

LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián. La constitucionalización del derecho privado. Tercer congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas latinoamericanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia et Universidad del Rosario. (2007).

CONTRIBUTIONS A OUVRAGES COLLECTIFS

ARBITRAGE

ALJURE SALAME, Antonio. Perspectiva del arbitraje de derecho privado en Colombia, in Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Universidad del Rosario (2007), Bogotá, 117-129.

ASSIS ALMEIDA, José Gabriel. L'arbitrage et le droit public, in L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle, Société de Législation comparée, (2008), Paris, 317-328.

AUDIT, Bernard. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 185-187.

AUDIT, Mathias. Contrats publics et arbitrage international en France, in *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, (2011), sous la direction d'AUDIT, Mathias, Bruxelles, 115-132.

BEN HAMIDA, Walid. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ? , in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements* Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 185-203.

BENAVIDES, José Luis. REIS, Tarcila. International Arbitration and Public contracts in Latin America, in *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, (2011), sous la direction d'AUDIT, Mathias Bruxelles, 45-80.

BENCHENEB, Ali. Sur l'évolution de la notion d'investissement, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle*, CNRS et Litec, (2000), Dijon, 177 - 196.

BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en equidad, in *Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación*, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Bogotá, 130-141.

BURDEAU, Geneviève. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve 187-190.

CARDENAS, Juan Pablo. El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario et Legis, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 79 - 105.

CLAY, Thomas. De la responsabilité de l'arbitre, in *El contrato de arbitraje*, Legis - Universidad del Rosario, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 543-578.

---. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, (2006), sous la direction de COMPERNOLLE, Jacques Van. Bruxelles, 199-237.

CONEJERO ROOS, Cristian. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?, in *La Constitucionalización del derecho privado*, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), sous la direction de LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián. Bogotá, 365-390.

CRIVELLARO, Antonio. La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements* Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 358-361.

DE BOISSESON, Matthieu. Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international, in *Etudes offerts à Pierre Bellet*, Litec, (1991), Paris, 33 - 48.

DE JESUS O, Alfredo. Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela, in *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle* Société de Législation comparée, (2008), sous la direction de LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián. Paris, 243-256.

DERAINS, Yves. Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in *Droit des relations économiques internationales. Etudes offerts à Berthold Goldman*, Litec, (1982), Paris, 29 - 46.

DESSEMONTET, François. Des auteurs, des arbitres et des citations dans les sentences : une figure obligée ?, in *Mélanges dissociés pour Pierre Tercier : Figures juridiques*, Schulthess, (2003), Zurich / Bâle / Genève, 61-67.

ECHEVERRI LOPEZ, Ricardo Andrés. De los costos del arbitraje en Colombia, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario - Legis, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 707-729.

FAJARDO GOMEZ, Mauricio. Perspectivas del arbitraje en la contratación estatal, in *Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación*, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Bogotá, 30-88.

GAILLARD, Emmanuel. Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et Autonomie d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendant d'eux, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, (2004), sous la direction de PINGEL, Isabelle, Paris, 119 - 127.

GAMBOA MORALES, Nicolás. Constitución y Arbitraje ¿un nuevo campo de tensión?, in *La Constitucionalización del derecho privado* Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, sous la direction de LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Bogotá, 353-364.

---. Reflexiones sobre algunas tendencias del arbitraje nacional, in *Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación*, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio Bogotá 142-152.

GIL LJUBETIC, Rodrigo. Medidas Provisionales en Arbitrajes CIADI. De CSOB a Occidental Petroleum, in *Estudios sobre Garantías Reales y Personales. Libro Homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Jurídica de Chile, (2008), 905-947.

GONZALES DE CANCINO, Emilsen. Arbitraje Romano, in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá 21 - 40.

GONZALES DE COSSIO, Francisco. Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje, in *Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Jurídica, (2009), Santiago de Chile. 36 p.

GRIGERA NAON, Horacio. Los árbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policía?, in *Liber amicorum Jürgen Santleben. Avances del Derecho internacional privado en América Latina*, Fundación de cultura universitaria, (2002), Montevideo, 599-616.

GRIGERA NAON, Horacio. Los árbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policía?, in *Liber amicorum Jürgen Santleben. Avances del Derecho internacional privado en América Latina*, Fundación de cultura universitaria, (2002), Montevideo, 599-616.

HABSCHEID, Walter J. L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la chambre de commerce internationale et l'autonomie des parties : quelques considérations, in *Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant*, (2000), Bruxelles, 449 - 456.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, in *Recueil des Cours Martinus Nijhoff Publishers* (2002), Académie de Droit International. The Hague/Boston/London, 29 - 253.

HASHER, Dominique. Le juge d'appui, in *Médiation & arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, (2005), sous la direction de JEULAND, Emmanuel. CADIET, Loïc. CLAY, Thomas. Paris, 243-267.

HERRERA MERCADO, Hernando. El arbitraje y el contrato de concesión estatal, in *Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación*, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Bogotá 89-116.

JARROSSON, Charles. Réflexions sur l'imperium, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, (1991), 245 - 279.

---. La notion d'arbitrage, in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 5 - 12.

JUILLARD, Patrick. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil? , in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles Louvain la Neuve, 190-193.

---. La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements* Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 357-358.

KERAMEUS, Konstantinos D. La contribution de l'arbitrage à l'harmonisation internationale des règles de procédure civile, in *Médiation & arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, (2005), sous la direction de JEULAND, Emmanuel. CADIET, Loïc. CLAY, Thomas. Paris, 237-241.

KNOEPFLER, François. Les mesures provisoires et l'arbitrage, in *Médiation & arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec (2005), sous la direction de JEULAND, Emmanuel. CADIET, Loïc. CLAY, Thomas. Paris, 269-301.

KOVAR, Robert. La compétence du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Pedone, (1965), Dijon, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 25-58.

LABETOULLE, Daniel. Arbitrage et personnes publiques, in *Grands Avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, (1997), Paris, 219.

---. Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif, in *Mélanges en l'honneur de Jean -François Lachaume*, Dalloz, Paris, (2007), 667-680.

LALIVE, Pierre. Codification et arbitrage international, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, (1982), Paris, 151-166.

---. Avantages et inconvénients de l'arbitrage « ad hoc », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, (1991), Paris, 301-321.

LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage international Nord-Sud, in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Litec, (1991), Paris.

---. La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements* Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 345-346.

LOQUIN, Eric. Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international, in *Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, (2003), Paris, 339-354.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario-Legis, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo, Bogotá, 507-520.

---. Los límites al consentimiento en el pacto arbitral, in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario-Legis, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo, Bogotá, 237 - 254.

MARCOU, Gérard. L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français, in *Le contrôle de marchés publics*, sous la direction de MARCOU, G. FOLLIOT-LALLIOT, L. GORDON, D.I. SCHOONER, S.L; SCHWARTZ, J; YUKINS, Ch., IRJS, Paris, (2009), 373-404.

MAYER, Pierre. La règle morale dans l'arbitrage international, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec - Editions du Jurisclasseur, (1991), Paris, 379-402.

---. L'arbitre et la loi, in Etudes offertes à Pierre CATALA. Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Litec, (2001).

---. La "circulation" des conventions d'arbitrage, in Médiation & arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative, Litec, (2005), sous la direction de JEULAND, Emmanuel. CADIEU, Loïc. CLAY, Thomas. Paris, 207-217.

---. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil? , in Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements, Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles Louvain la Neuve, 193-195.

MEJIA MARTINEZ, Carmenza. El arbitraje: ¿Justicia informal?, in Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction de HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Bogotá.

MENDOZA RAMIREZ, Álvaro. Arbitrabilidad objetiva, in El contrato de arbitraje, Legis-Universidad del Rosario, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 311-321.

MORALES DE BARRIOS, María Cristina. Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional, in El contrato de arbitraje, Legis-Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 697-704.

MOURRE, Alexis. Los méritos de la "Constitucionalización" del procedimiento civil y del arbitraje, in La Constitucionalización del derecho privado, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, sous la direction de LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián. Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia, (2007), Bogotá, 281-300.

NOUVEL, Yves. Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI, in Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements, Anthemis (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 25-51.

OPPETT, Bruno. Justice étatique et justice arbitrale, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), Paris, 416 - 426.

POUDRET, Jean François. Critères d'internationalité de l'arbitrage et droit européen, in L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique, Pedone, (1999), sous la direction de Alain, WILER Eric et PAPAUX, Paris, 53-74.

RAYNOUARD, Arnaud. Le développement de l'arbitrage international, in L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle, Société de Législation comparée, (2008), Paris, 197-211.

RIGAUX, François. Souveraineté des Etats et arbitrage transnational, in Mélanges Goldman : Le droit des relations économiques internationales, Litec, (1982), 269-270.

SACERDOTI, Giorgio. La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international, in *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements* Anthemis, (2006), sous la direction de LEBEN, Charles, Louvain la Neuve, 352-357.

SALERNO, Marcelo. L'actualité de l'arbitrage international en Argentine, in *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle*, Société de Législation comparée, (2008), Paris, 233-242.

SANABRIA GOMEZ, Arturo. La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje, in *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo, Bogotá, 153-172.

SANJUR, Olmedo. La capacidad del Estado para celebrar convenios arbitrales, in *Estudios de derecho constitucional panameño*, Editora Jurídica panameña, (1987), sous la direction de FÀBRERA P., Jorge. Panamá, 765 - 776.

SILVA ROMERO, Eduardo. Breves observaciones sobre el principio "Kompetenz - Kompetenz", in *El contrato de arbitraje*, Legis - Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 579-588.

---. A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage international en Amérique latine, in *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle*, Société de Législation comparée, (2008), Paris 269-282.

---. Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje "internacional", in *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario. Legis (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 41-52.

---. El arbitraje institucional y sus contratos aledaños in *Los contratos en el derecho privado*, Universidad del Rosario - Legis, (2007), sous la direction de MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. TERNERA BARRIOS, Francisco Bogotá, 657-664.

---. Introducción al capítulo III: El consentimiento en relación con el contrato de arbitraje, in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 149-152.

---. Introducción al capítulo IV: El objeto del contrato de arbitraje: la arbitrabilidad objetiva in *El contrato de arbitraje*, Legis et Universidad del Rosario, (2005), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 309-310.

SILVA ROMERO, Eduardo. SIMOES E SILVA, Ana Carolina. L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un Etat ou une Entité étatique, in *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, (2011), sous la direction de AUDIT, Mathias, Bruxelles, 25-44.

STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires ? , in *Mélanges à Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle*, (2000), 244

SUAREZ ANZORENA, Ignacio. Acumulación de arbitrajes: acumulación de problemas?, in Arbitraje internacional : Tensiones actuales. Comité Colombiano de Arbitraje - Legis (2007), sous la direction de MANTILLA SERRANO, Fernando Bogotá, 327-360.

SUAREZ CAMACHO, Gustavo. El arbitraje en la exploración y explotación de hidrocarburos en Colombia, in El contrato de arbitraje, Legis y Universidad del Rosario, (2006), sous la direction de SILVA ROMERO, Eduardo. Bogotá, 339-360.

VEEDER, V.V. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitrage dans l'arbitrage international, in Médiation & arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative Litec (2005), sous la direction de CADIE'T, Loïc. CLAY, Thomas. JEULAND, Emmanuel Paris, 219-236.

WOBSER, Claus von. Arbitrage international en Amérique Latine: où sommes-nous et vers où allons-nous ?, in L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle Société de Législation comparée, (2008), 257-268.

DROIT ADMINISTRATIF

AUBY, Jean Bernard. A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif, in L'exorbitance du droit administratif en question, Université de Poitiers, (2004), sous la direction de MELLERAY, Fabrice, Poitiers, 9-24.

CANEDO, Marguerite. L'exorbitance du droit des contrats administratifs, in L'exorbitance du droit administratif en question, Université de Poitiers, (2004), sous la direction de MELLERAY, Fabrice. Poitiers, 125-177.

GAUDEMET, Yves. L'exorbitance du droit administratif en question(s), in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers. Université de Poitiers, (2004), sous la direction de MELLERAY, Fabrice. Poitiers, 3-8.

SOLER-COUTEAUX, Pierre. Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif, in Mélanges Jean Waline : Gouverner, administrer, juger, Paris, Dalloz, (2002), 377 - 400.

VENEZIA, Jean Claude. Réflexions sur le rôle de la volonté en Droit Administratif, in Etudes offertes à Pierre Kayser, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, (1979), Aix en Marseille, 383-396.

WALINE, Jean. La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, (2001), Paris, 959-981.

DROIT CONSTITUTIONNEL

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Constitución y controversia, in Controversias constitucionales Editorial Universidad del Rosario (2009), sous la direction de MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Bogotá, 11-23.

FAVOREAU, Louis. La constitutionnalisation du droit, in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, (1996), Paris - Aix en Marseille 25 - 41.

GARCIA MATAMOROS, Laura. Alcance y límites de la competencia de la Corte con relación al control constitucional de los tratados internacionales vigentes y de las leyes que los afecten, in Investigación jurídica y socio jurídica en Colombia, Universidad de Medellín, (2006), sous la direction de YEPES, Olga Cecilia Restrepo, Medellín. 321-327.

VEDEL, Georges. Propos d'ouverture, in La constitutionnalisation des branches du droit, Economica, (1998), sous la direction de MATHIEU, Bertrand, Paris, 15.

DROIT INTERNATIONAL

GAILLARD, Emmanuel. La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, (1991), Paris.

KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques, in Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, (1982), Paris, 97 - 107.

LAGARDE, Paul. Une notion ambivalente: l'"Emanation" de l'Etat nationalisant, in Etudes offertes à Claude Albert Colliard, Pedone, (1984), Paris, 539 - 558.

LEBEN Charles. LOQUIN Eric. SALEM Mahmoud. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, in Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Paris, Litec, (2000).

OÑATE, Tatiana. Los contratos de Estado y los acuerdos internacionales de inversión, in Los contratos en el Derecho privado, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction de MANTILLA, Fabricio. TERNERA, Francisco. Bogotá, 849 - 859.

OPPETIT, Bruno. Droit du commerce international et valeurs non marchandes, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lauve, Helbing, (1993), 309 - 319.

WEIL, Prosper. Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier in Recueil des cours Académie de droit international, (1969), 95-240.

---, Droit international et contrats d'Etat, in Ecrits de droit international, PUF, Paris. (2003).

WILER, Eric. PAPAUX, Alain. Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public, in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* Pedone, (1999), sous la direction de WILER, Eric. PAPAUX, Alain. Paris, 239-312.

DROIT PRIVE

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La cesión del contrato, in *Los contratos en el derecho privado*, (2007), sous la direction de MANTILLA, Fabricio. TERNERA, Francisco. Legis - Universidad del Rosario, Bogotá, 435-454.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La "Constitucionalización" del derecho privado, in *La "Constitucionalización" del derecho privado*, Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia, (2006), sous la direction de LARROUMET, Christian. RIOS LABBE, Sebastián, Bogotá.

DROIT PUBLIC

AUBY, Jean Bernard. Globalisation et droit public, in *Mélanges Jean Waline : Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, (2002). Paris, 135-157.

GAUDEMET, Yves. L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité), in *L'unité*

HISTOIRE DU DROIT

HERMANN, Christian. La diplomatie de la France en Amérique Latine au lendemain des Indépendances, in *Mélanges de la Casa de Velázquez, Epoque contemporaine*, (1992), 79-95.

RESOLUTION DES LITIGES

CHEVALIER, Pierre. Les modes alternatifs de règlement des litiges: entre le contrat et le procès, in *Les Modes alternatifs de Règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, (2003), Dalloz, Paris, 141 - 144.

DEFFAINS, Bruno. L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges, in *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*, (2003), La Documentation française, Paris, 89 - 101.

DESDEVISES, Yvon. Conciliateurs et conciliation, in *Les modes alternatifs de règlement de conflits: les voies nouvelles d'une autre justice*, (2003), La Documentation française, Paris, 219 - 226.

NOURY, Arnauld. L'administration et les modes alternatifs de règlement des litiges, in *Les Modes alternatifs de Règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, (2003), La Documentation française, Paris, 103 - 116.

RAPP, Lucien. Panorama des modes alternatifs de règlement en France (droit public), in *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI siècle*, (2008), Société de Législation comparée, Paris, 121-134.

RESTREPO URIBE, Esteban. Mecanismos Unilaterales de protección (MIGA, ICSID) y OPIC, in *La inversión extranjera en Colombia - Régimen jurídico y análisis económico*, Universidad Sergio Arboleda, (1997), 3 - 29.

VALDES SÁNCHEZ, Roberto. Por una visión integral de los métodos alternativos de resolución de conflictos, in *Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación*, Universidad del Rosario, (2007), sous la direction d'HERRERA MERCADO, Hernando. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Bogotá, 13-29.

THEORIE DU DROIT

CHEVALIER, Jacques. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in *Le droit saisi par la mondialisation* Bruylant, (2001), sous la direction de MORAND, Charles-Albert. Bruxelles, 37-61.

COMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation: vers une théorie de sociologie politique, in *La fonction politique de la justice*, La découverte, (2007), Paris, 295-321.

DUPUY, René-Jean. Communauté internationale et disparités de développement, in *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, (1973-1), Académie de Droit International. The Hague/Boston/London, 9-232.

FRANDESCAKIS, Philippe. Notion de "moralité internationale", in *Mélanges offerts à Jacques Maury : Droit naturel et droit international privé*, Paris, Dalloz, (1960).

GILLET, Jean-Louis. La contractualisation de la justice, in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, (2004), sous la direction de PIGACHE, Christian. Rouen, 83-88.

JARROSSON, Charles. La contractualisation de la justice: jusqu'où aller ?, in *Réforme de la justice, réforme de l'Etat.*, PUF (Coll. Droit et Justice). (2003), sous la direction de CADIET Loïc, RICHER Laurent, Paris, 335.

KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation, in *La fonction politique de la justice*, La découverte, (2007), Paris, 9-23.

LASSERRE - KIESOW, Valérie. *Contrat et Morale*, in *Los contratos en el derecho privado*, Universidad del Rosario et Legis, Bogotá, (2007), sous la direction de MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. TERNERA, Francisco. 1-26.

ARTICLES DE REVUE

ARBITRAGE

ABDELGAWAD, Walid, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE.*, *Revue de l'arbitrage*, 2, p. 253 - 282 (2004).

ADAMS, Charles. LIBORIO, Vanessa, *L'exequatur des sentences arbitrales étrangères aux Etats-Unis*, *Journal du droit international privé*, 1165 - 1177 (2004).

ALJURE SALAME, Antonio, *Ámbito de aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional*, *Revista internacional de Arbitraje*, Junio - Diciembre, 104-121(2004).

ALVAREZ AVILA, Gabriela, *Las características del arbitraje del CIADI*, *Anuario Mexicano de derecho internacional*, II, 205-229 (2002).

ANCEL, Pascal, *Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables*, *Jurisclasseur : procédure civile*, fasc.1024.

ANZOLA, J. Eloy, *¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?*, *Revista internacional de Arbitraje*, Enero - junio 2006, 104-129 (2006).

AQUENIN, Roland, *Litiges, les avantages de l'arbitrage*, *Le moniteur*, 41 - 42 (1997).

ARRUBLA PAUCAR, J.A., *Naturaleza y efectos del pacto arbitral*, *Foro del jurista*, Cámara de comercio de Medellín, 23, 86 (2002).

AUDIT, Mathias, *Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative*, *Revue de l'arbitrage*, 3, 541 - 564 (2004).

---, *Un arbitrage aux confins du droit international public: observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume -Uni et à la République française*, *Revue de l'arbitrage*, 3, 445-461 (2007).

BEGUIN Jacques, ORTSCHIEDT Jérôme, SERAGLINI Christophe, *Droit de l'arbitrage*, *JCP*, 12, 499-504 (2004).

BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents*. *Journal du droit international*, 2, 419-441 (2004).

BENETTI SALGAR, Julio, *El recurso de anulación y la ejecución del laudo arbitral*, *Revista de acuerdo*. Cámara de Comercio de Bogotá, 7, (2002).

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *La competencia de los árbitros para juzgar los actos administrativos contractuales*, *Jurisconsulta*. "Aspectos cruciales del arbitraje", No. 5, (2002).

BERNAL GUTIERREZ, Rafael, *El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica*, *Revista internacional de Arbitraje*, Junio - Diciembre 2004, 122-153 (2004).

BERNAL MESA, Bibiana, *Poderes, Deberes y responsabilidades de los árbitros en el derecho colombiano*, *Revista Foro del jurista*, 23, 69-76 (2002).

- BLACKABY, Nigel *El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio en América latina*, Revista internacional de Arbitraje, 1, 17-63 (2004).
- BLACKABY, Nigel. CAMARGO GARCIA, Andrea. *Alternativas de reparación en arbitraje internacional de inversiones*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 1, 160-181 (2008).
- BOISSON de CHAZOURNES, Laurence, *L'arbitrage à l'OMC*, Revue de l'arbitrage, 3, 950-988 (2003).
- BRACONNIER, Stéphane, *Arbitrage et contrats publics d'affaires: vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité*, Droit et Patrimoine, 141, 59-69 (2005).
- BRUCE, Eva, *La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question*, Revue de l'arbitrage, n° 1, 65 - 97 (2006).
- CARDENAS MEJIA, Juan Pablo, *Las Causales para negar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio*, Revista internacional de Arbitraje, 600-611 (2007).
- , *El arbitraje en equidad*, Universitas, 347-374 (2003).
- CARREÑO VARELA, Bernardo, *La competencia de los árbitros desde la óptica constitucional*, Revista de la academia colombiana de Jurisprudencia, 119, 112-125 (1999).
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Rapport final sur le statut de l'arbitre*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 7 n° 2, 29-59 (1996).
- CHILSTEIN, David *Les apports en matière d'arbitrage de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption*, Revue de l'arbitrage, 1, 185-186 (2008).
- CLAY, Thomas, *El árbitro y el orden público transnacional*, Foro de derecho mercantil, 17, 41-45 (2007).
- , *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: es todavía relevante?*, Arbitraje internacional - Tensiones actuales, 193-206 (2007).
- , *Ombres et lumières sur le contrat d'organisation de l'arbitrage. Note C.A Paris. 1Ch. Sec. C. 22-01-2009. n° 07/19492*, Journal de droit international, 2, 617-627 (2009).
- , *Les contorsions byzantines du Tribunal des Conflits en matière d'arbitrage*, La semaine juridique - Edition générale, 21, 1045-1049 (2010).
- COURREGES, Anne. VEROT, Célia, *L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux*, Revue Française de Droit Administratif, 23, 489-493 (2007).
- CREMADES, Bernardo, *Nuevo código ético para los árbitros internacionales*, Revista de la Corte Española de arbitraje, 9 -14 (1987).
- , *La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales*, Revista de la Corte Española de arbitraje, 9 - 23 (1990).
- CREMADES, Juan Antonio, *Contestations découlant des changements survenus à l'un des signataires de la clause d'arbitrage*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 7 n° 2, 28-31 (1996).
- DE JESUS O, Alfredo, *La solicitud de arbitraje en el marco del Mecanismo complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante los tribunales estatales*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 170-185 (2007).

- DE TRAZEGNIES GRANADA, Fernando, *Arbitrando la inversión*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 148-169 (2007).
- DELACOUR, Eric, *Recourir à l'arbitrage, mais quelles conditions ?*, Le moniteur des travaux publics, 83 - 85 (2000).
- DELANOY, Christophe, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : Trois constats, trois propositions*, Revue de l'arbitrage, 2, 177 - 221 (2007).
- DELVOLVE, Jean Louis, *Une véritable révolution... inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)*, Revue de l'arbitrage, 3, 373-405 (2007).
- DENOIX de SAINT MARC Renaud. LABETOULLE Daniel. LACHAUME Jean-Françoise, *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif?*, Revue française de droit administratif, 619 - 626 (1989).
- , *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*, Revue Française de Droit Administratif, p. 86 - 95 (1996).
- DERAINS, Yves, *La neutralidad cultural del árbitro internacional*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 13-24 (2007).
- DIMOLITSA, Antonia, *Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 7 n°2, 14-23 (1996).
- DUBARRY, Jean-Claude. LOQUIN, Eric, *Note Paris, 1er Ch., Sect.C, 29-05-1992, inédit, Consorts Rouny c. Soc. anonyme Holding*, Revue Trimestrielle de Droit commercial, 588-589 (1992).
- ESCOBAR MARTINEZ, Lina Marcela, *Independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro*, Revista colombiana de derecho internacional, 15, 181-214 (2009).
- FADLALLAH, Ibrahim, *La distinction "treaty claims -contract-claims" et la compétence de l'arbitre (Cirdi: faisons-nous fausse route?)*, Gazette du Palais, n° 342, 3 (2004).
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 25-62 (2007).
- FOUCHARD, Philippe, *La spécificité de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 467-499 (1981).
- , *La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Journal de droit international, 872 et s. (1987).
- , *Une nouvelle extension de l'arbitrage en Droit Public : La faculté de compromettre de la Poste et France Télécom*, Revue de l'arbitrage, 945 (1990).
- , *La faculté de compromettre de la S.N.C.F*, Revue de l'arbitrage, 365 (1993).
- , *Discussion de l'exposé du professeur Jean François Poudret*, Revue de Droit International de Droit Comparée, 1, 151-158 (2004).
- , *Arbitrage commercial international : Notion*, Jurisclasseur droit international, Fasc. 585-1, (1989).
- FOUSSARD, Dominique, *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage: vers une consolidation des règles?*, Revue de l'arbitrage, 4, 803 - 828 (2004).

- , *Note jurisprudence du Conseil d'Etat: Monsieur Sueur (29 octobre 2004), et Conseil Constitutionnel, n° 2004-506, loi de simplification du droit*. Revue de l'arbitrage, 1, 134 - 142 (2005).
- , *Le décret No. 2000-764 du 1er aout 2000 fixant les conditions das lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir a à l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 4, 665 - 667 (2000).
- , *Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311-6 du code de justice administrative*, Revue de l'arbitrage, 3, 537 - 541 (2000).
- , *L'arbitrage en droit administratif*, Revue de l'arbitrage. 3, (1990).
- GAILLARD, Emmanuel, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, Revue de l'arbitrage, 3, 853 - 878 (2003).
- , *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 4, 697-720 (2007).
- , *Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et Société Moguntia ESt Epices*, Revue de l'arbitrage, 3, 507-522 (2007).
- GARCIA-BOLIVAR, Omar E., *La jurisdicción del CLADI*, Revista Iberoamericana de arbitraje y mediación, (3 de Noviembre de 2003).
- GAUDEMET, Yves, *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité)*, Droit économique, 259 - 271.
- , *Intervention relative à l'arrêt AREA du Conseil d'Etat (3 mars 1989) au cours du rapport de M. Jarrosson*, Revue de l'arbitrage, 2, 279 - 299 (1992).
- , *L'arbitrage : aspect de Droit public – Etat de la question*, Revue de l'arbitrage, 2, 241-257 (1992).
- , *Le précontentieux*, L'actualité Juridique Droit Administratif, 84 - 90 (1994).
- , *L'arbitrage et droit public*, Droit & patrimoine, 105, 83 - 87 (2002).
- , *L'arbitrage de droit public au Maroc*, Revue de l'arbitrage, 4, 885 (2002).
- GAUDEMET, Yves. LAPP, Christophe. STEIMER, Anne. *Les personnes publiques et l'arbitrage international*, Recueil Dalloz, 2552-2558 (2011).
- GIARDINA, Andrea, *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire*, Revue de l'arbitrage, 3, 647-665 (2003).
- GOLDMAN, Berthold, *Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 323-340 (1980).
- GONZALES DE COSSIO, Francisco, *La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 200-214 (2007).
- GONZALEZ LOPEZ, Edgar, *Algunos comentarios sobre los actos administrativos contractuales y la competencia de los tribunales de arbitramento*, Revista de Jurisprudencia Administrativa. Universidad Externado de Colombia, N° 3, (2002).
- HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Journal du droit international privé, 4, 899 - 966 (1994).
- , *La loi applicable à l'arbitrabilité du litige*, Revue de droit des affaires internationales, 7, 755 - 779 (1998).

HERNANDEZ TOUS, Alfonso, *Una visión sobre algunos aspectos del Proceso Arbitral Institucional colombiano después de la Sentencia 1038 de 2002 de la Corte Constitucional*, Revista del instituto colombiano de derecho procesal, 33, (2007).

HERNANDEZ VILLAREAL, Gabriel, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales. ¿Taxitividad o enunciación de las cautelas?*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 9 (1), 183-203 (2007).

HILAIRE, Jean, *L'arbitrage dans la période moderne (XVI ème- XVIII ème siècle)*, Revue de l'arbitrage, 2, 185 - 226 (2000).

IDOT, Laurence, *L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français*, Revue de jurisprudence commerciale, 6-17 (1996).

JARROSSON, Charles, *Arbitrage et juridiction*, Droits, 9, 108 - 117 (1989).

---, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Revue de l'arbitrage, 4, 573-607 (1989).

---, *L'arbitrage en droit public*, L'actualité juridique - droit administratif, 16 - 24 (1997).

---, *La clause compromissoire*, Revue de l'arbitrage, 270 (1992).

---, *L'arbitrabilité: présentation méthodologique*, Revue de jurisprudence commerciale, 1-5 (1996).

---, *Les frontières de l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 1, 5 - 41 (2001).

---, *Note arrêt Cour de Cassation (1er chambre civile). L. et B. Juliet c/ X. et autres*, Revue de l'arbitrage, 1, 126 - 138 (2006).

---, *Note d'arrêt de la Cour de Cassation, 6 décembre 2005, L. et B. Juliet c/ X. et autres*, Revue de l'arbitrage, 1, 126 - 138 (2006).

JIMENEZ FIGUERES, Dyalá. *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales*, Revista internacional de Arbitraje, Enero - junio 2006, 178-200 (2006).

KAMTO, Maurice, *La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat*, Revue de l'arbitrage, 3, 719 - 751 (2003).

KANTOR, Mark. NOLAN, Michael, *El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía*, junio - diciembre 2005, 37-49 (2005).

KAPLAN, Charles, *La clause compromissoire dans les contrats pétroliers*, Mutations, 44 02/03, 34-39 (2003).

KLEIMAN, Elie, *Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage: les perturbations de la procédure arbitrale*, Revue de l'arbitrage, 3, 827 - 851 (2003).

KLEIN, Théodore, *La contestation sur l'étendue d'une clause d'arbitrage*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 7 n° 2, 24-27 (1996).

KOCASAKAL, Özdemir, *L'évolution du droit turc en matière d'arbitrabilité des contrats d'Etat*, Revue de l'arbitrage, 3, 1213 - 1229 (2003).

LABETOULLE, Daniel, *L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction*, La semaine juridique - Edition Administrations et Collectivités territoriales, 14 - 15 (2007).

LALIVE, Pierre, *Problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 341-372 (1980).

LEBEN, Charles,, *L'évolution de la notion du contrat d'Etat*, Revue de l'arbitrage, 3, 629 - 646 (2003).

---, *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement.*

LEBOULANGER, Philippe, *Les contrats d'Etat*, Revue de l'arbitrage, 3, (2003).

---, *La notion d'« intérêts » du commerce international*, Revue de l'arbitrage, 2, 487 -506 (2005).

LEBOULANGER, Philippe. EL KOSHERI, Ahmed, *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences*, Revue de l'arbitrage, 3-18 (1984).

LEE, Joao Bosco, *L'arbitrage commercial international dans le Mercosur : L'accord de Buenos Aires de 1988*, Revue de l'arbitrage, 3, 565 - 583 (2004).

LEMAIRE, Sophie, *Treaty claims et contract claims: la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat*, Revue de l'arbitrage, n° 2, 353 - 399 (2006).

---, *La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007*, Revue de l'arbitrage, 3, 407-443 (2007).

LEROY, Yan. *La notion d'effectivité du droit*, Droit et société, n° 79, 715-732 (2011).

LEURENT, Bruno. HONLET Jean-Christophe, *Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage : reconnaissance et continuité des Etats*, Revue de l'arbitrage, 3, 777 - 803 (2003).

LEVEL, Patrice, *L'arbitrabilité*, Revue de l'arbitrage, 213 à 240 (1992).

LOQUIN, Eric, *Compétence arbitrale*, Jurisclasseur procédure civile, fasc. 1030, 262.

---, *L'exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire*, Revue de droit des affaires internationales, 7, 747 - 760 (2003).

MALEVILLE, Marie Hélène, *Pathologie des clauses compromissaires*, Revue de droit des affaires internationales, 1, 61-83 (2000).

MANCIAUX, Sébastien, *La Bolivie se retire du Cirdi*, Revue de l'arbitrage, 2, 351 - 357 (2007).

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Arbitraje internacional y corrupción*, Revista de derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Santiago de Chile, 13, 77-88 (2004).

---, *Les recours dilatoires contre les sentences arbitrales devant la Cour d'Appel de Paris*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 5-1, 266-286 (2004).

---, *El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional*, Revista internacional de Arbitraje, 7, 67-89 (2007).

MANTILLA SERRANO, Fernando, *La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 41 (1992).

---, *La selección del árbitro en el arbitraje internacional*, revista de la Corte Española de arbitraje, 35 - 46 (1993).

---, *La autonomía de las partes frente al proceso arbitral: el centro del debate*, Juriscrítica - Crítica de jurisprudencia, Legis, No.4, 3 (2002).

---, *La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 2, 225 - 251 (2004).

---, *Termorio: un duro golpe al arbitraje*, Revista internacional de Arbitraje, junio - diciembre 2004, 190-205 (2004).

- , *El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea*, Revista internacional de Arbitraje, enero - junio 2005, 77-95 (2005).
- , *Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine*, Revue de l'arbitrage, 561 (2005).
- MANTILLA SERRANO, Fernando. SILVA ROMERO, Eduardo, *Panorama de jurisprudencia latino-américaine*, Gazette du Palais, Vendredi 13 au mardi 17 juillet, 50-55 (2007).
- MARC, Henri, *La théorie du groupe de sociétés appliquée aux arbitrages impliquant un Etat*, Revue de droit des affaires internationales, 3, 316 (2006).
- MARCOU, Gérard, *La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la Manche par la SNCF et British rail*, Annuaire Français de droit international, XLIII, 810 - 841 (1997).
- MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, *El árbitro en el derecho peruano*, Revista colombiana de derecho internacional, 6, 87-117 (2005).
- DE BOISSESON, Mathieu, *Interrogations et doutes sur une évolution législative, l'article 9 de la loi 19-8-1996*, Revue de l'arbitrage, 2, 17 (1987).
- MAYER, Pierre, *Note Coumet, ès qual. et Ducler c/ société Polar -Rakennussos a Keythio*, Revue de l'arbitrage, 675 (1990).
- , *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, Revue de l'arbitrage, 4, 615 - 652 (1995).
- , *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, Revue de l'arbitrage, 2, 359-368 (1998).
- , *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ?*, Revue de l'arbitrage, 2, 361-375 (2005).
- MAYER, Pierre. SHEPPARD, Audley., *Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*, Revista internacional de Arbitraje, junio-diciembre 2004, 209-232 (2004).
- MAZEAU Léon, VEDEL Georges, *Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre?*, Cahiers de documentation juridique, 224 - 241 (1950).
- MIER BARROS, Patricia, *Las materias susceptibles de arbitramento*, Revista de derecho publico, 11, 151 - 170 (2000).
- MILANOVA, Alice, *le règlement de différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie*, Journal de droit international, 1, 87 - 100 (2003).
- MONTESINOS, Ana, *Los árbitros en el sistema español*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 215-239 (2007).
- MORALES DE BARRIOS, María Cristina, *Partes y terceros en el proceso arbitral*, Revista Jurisconsulta, 5, 55-74 (2002).
- MORENO RODRIGUEZ, José Antonio, *Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y Mercosur*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, (2007).

MOTULSKY, Henri, *La capacité de compromettre des Etablissements publics à caractère commercial (à propos de l'arrêt « société nationale de Vente des Surplus »)*, Revue de l'arbitrage, 1, 39 (1958).

MOURRE, Alexis, *Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme*, Gazette du Palais, 337, 16 (2000).

---, *A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leurs pays d'origine: où va-t-on après les arrêts Termorio et Putrabali?*, Revue de l'arbitrage, 2, 263-298 (2008).

MURRLE, Ane Marie, *La competencia arbitral en relación con las controversias derivadas de los contratos estatales*, Foro de derecho mercantil, 6, 181 - 198 (2005).

NAMEN VARGAS, William, *El pacto arbitral*, Revista de derecho privado, 5, 155 - 193 (2000).

---, *Nulidad del laudo arbitral*, Jurisconsulta, 5, 93-136 (2002).

NOUVEL, Yves, *Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux*, Revue Générale de Droit International Public, 106, 79-101 (2002).

OPPETIT, Bruno, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, Journal de droit international, 1, (1987).

PACTEAU, Bernard, *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif?*, RFDA, (1989).

PALACIO HINCAPIE, Juan Angel, *Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de servicios públicos*, Prolongómenos - derechos y valores, IX n° 17 Enero - Junio, 35-47 (2006).

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Algunas reflexiones sobre el "arbitraje" en el derecho administrativo*, Revista iberoamericana de derecho público y administrativo, 1, pp. 15 - 28 (2001).

PARK, William W, *Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad*, Revista internacional de Arbitraje, enero - junio 2005, 11-53 (2005).

PARODI, Victor Gustavo, *El caso Yaciretá -o cómo retroceder 80 años- análisis y comentarios*, Revista internacional de Arbitraje, Enero - junio 2006, 203-255 (2006).

PASCAL, Anne Françoise, *Arbitrage international : le principe compétence-compétence et les clauses pathologiques; Note Cass. 1er civ. 20 février 2007*, RJDA, 5, 423-427 (2007).

PAULSON, Jan, *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local*, Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI, 9/n° 1- Mai 1998, 14 - 32 (1988).

---, *Arbitration Without Privity*, ISDIC Review/ FILJ, n° 2, 232 - 257 (1995).

---, *Note jurisprudence étrangère : United State Cour of Appeals for the Distric of Columbia circuit, "Termorio S.A. E.S.P and LeaseCo Group, LLC. vs. Electranta S.P. " Judge Edwards, 25-05-2007.*, Revue de l'arbitrage, 3, 553 - 565 (2007).

PEÑA CASTRILLON, Gilberto, *La función de los árbitros en el arbitraje colombiano*, Revista de derecho publico, 17, 111 - 121 (2004).

- PEREZNIETO CASTRO, Leonel. GRAHAM, James A., *El principio de competencia arbitral en la actualidad mexicana*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 240-244 (2007).
- PERROT, A, *L'arbitrage en Amérique latine: colloque de la chambre de commerce France-Amérique Latine*, Revue de l'arbitrage, 2, 421 - 423 (1994).
- POUDRET, Jean François, *L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé*, Revue de Droit International de Droit Comparée, 133-149 (2004).
- PUISOYE, Jacques, *Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif*, Actualité Juridique Droit Administratif, 277 - 284 (1969).
- QUILLERE- MAJZOUB, Fabienne, *L'arbitrage international dans les litiges relatifs aux contrats administratifs au Liban : une interdiction de principe et des exceptions (Commentaire des deux arrêts du Conseil d'Etat libanais du 17 juillet 2001)*, Journal du droit international, 2, 425 - 458 (2003).
- RACINE, Jean-Baptiste, *L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Petits affiches, No.105, 16 - 18.
- , *La sentence d'incompétence*, Revue de l'arbitrage, 4, 729-223 (2010).
- RIVERA, Julio César, *Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje*, Revista internacional de Arbitraje, Julio - diciembre 2006, 193-221 (2006).
- ROULET, Jean David, *La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Annuaire Suisse de Droit International, 121-154 (1965).
- SILVA ROMERO, Eduardo, *El sistema de arbitraje de la Cámara de comercio Internacional y la situación del arbitraje institucional en Colombia*, Foro del jurista, Métodos alternativos de resolución de litigios, Revista de la Cámara de comercio de Medellín, 23, 171-187 (2002).
- , *Esbozo de los problemas jurídicos tratados en el laudo. Nota introductoria al laudo arbitral proferido en el asunto arbitral CCI n° 8703*, Jurisprudencia, 6, 87-106 (2002).
- , *ICC Arbitration and States contracts*, ICC International Court of arbitration, 13/ n° 1 - spring 2002, (2002).
- , *La filosofía del sistema de arbitraje de la Cámara de Comercio internacional*. Revista Impulso, Boletín de la Cámara de Comercio e integración Colombo-Mexicana, 18-43 (2002).
- , *The dialectic of international arbitration involving state parties. Observation on the applicable law in state contract arbitration*, ICC International Court of arbitration Bulletin, 15 n° 2, 79-92 (2004).
- , *La distinción entre estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado*, Revista internacional de Arbitraje, 155 - 176 (2004).
- , *Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje*, Revista internacional de Arbitraje, julio - diciembre 2005, 97-107 (2005).
- STERN, Brigitte, *Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur*, Revue de l'arbitrage, 1, 3 - 43 (2007).

TEBOUL, Gérard, *L'arbitrage international et personnes morales de droit public*, L'actualité juridique - Droit administratif, 25 - 29 (1997).

TERNEYRE, Philippe. VEROT Célia, *Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable*, Actualité Juridique Droit Administratif, (2008).

TOVAR GIL, María del Carmen, *Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 106-125 (2007).

TRAYTER, Juan Manuel, *El arbitraje de derecho administrativo*, Revista de la administración pública, No. 143, 75 - 107 (1997).

VALLEJO GARCIA, Felipe, *Alcance de la clausula compromisoria*, Revista de la academia colombiana de Jurisprudencia, 119, 81 - 111 (1999).

VELAZQUEZ ELIZARRARAS, Miguel Angel, *La controversia en materia de inversiones entre Metalclad Corporation y los Estados Unidos Mexicanos, a la luz del capítulo XI del Tratado de Libre comercio de América del Norte*, Anuario Mejicano de derecho internacional.

VELISSARO-POPOULOS-KARACOSTAS, Julie, *L'arbitrage dans la Grèce antique. Epoques archaïque et classique*, Revue de l'arbitrage, 9 (2000).

VEYTIA, Hernany, *Back tu futur: Los principios UNIDROIT 3*, Revista del círculo peruano de arbitraje, 2, 126-147 (2007).

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo, *La acción de tutela ¿Un nuevo mecanismo de revisión de laudos arbitrales en Colombia? – Comentarios a la sentencia T-920 de 2004 de la Corte constitucional colombiana*, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 2 - nº 7, 321-327 (2005).

YALA, Farouk, *Notion d'investissement*, Gazette du Palais, 9-12 (2003).

ZULETA, Eduardo, *El reconocimiento y ejecución internacional de laudos anulados*, Revista de acuerdo. Cámara de Comercio de Bogotá, 10, (format electrónico).

---, *¿El regreso de las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados*, Revista internacional de Arbitraje, enero - junio 2005, 154 -180 (2005).

CONTRATS PUBLICS

ALJURE SALAME, Antonio, *La ley aplicable al contrato estatal en Colombia*, Foro de derecho mercantil, Legis, 6, 127 - 149 (2005).

AMAZO PARRADO, Diana, *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 9, nº2, 181-203 (2007).

BENAVIDES, José Luis, *Contencioso contractual en Colombia: Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato*, Revista Derecho del Estado, 18, 183-203 (jun 2006).

BERTHON, Geoffroy. CHENU, Damien, *L'application de la notion de cause illicite au contrat administratif*, Petits affiches, 148, 13-20 (2008).

BRECHON- MOULENES, Christine, *Liberté contractuelle des personnes publiques*, Actualité Juridique Droit Administratif, 643-650 (20-09-1998).

---, *Le règlement amiable dans les marchés publics*, La revue marchés publics, 225, 21 - 28 (1987).

- CARDENAS, Juan Pablo, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, Responsabilidad Civil y del Estado, n° 9, 41 - 92 (2000).
- CAMBY, Jean Pierre, *Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle*, Revue de droit public, 6, 1505-1512 (2006).
- CHEVALIER, Jacques, *Loi et contrat dans l'action publique*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, 17, 81-86 (2004).
- FEVROT, Olivier, *Honneur pour une oubliée: la cause dans les contrats administratifs*, Revue Lamy des collectivités territoriales, 35, 19-21 (2008).
- GAUDEMET, Yves. *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, 17, 91-94 (2004).
- , *Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public-privé)*, CJEG, 605, 1-6 (2004).
- , *Loi et contrat*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, 17, 75-80 (2004).
- GORBANEFF, Yuri, *La ley 80 y la teoría económica*, Universitas 25 - 44 (2003).
- , *Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia*, Cuadernos de administración 31 - 107 (2003).
- GÜECHA MEDINA, Ciro Alberto, *Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal*, Opinión jurídica - Universidad de Medellín, 33-47 (2006).
- HASTINGS-MARCHADIER, Antoinette, *Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle*, Actualité Juridique Droit Administratif, 683-700 (20-09-2008).
- GUIBAL, Michel, *Un nouveau code des marchés publics ?*, Actualité Juridique Droit Administratif, 360 - 366 (2001).
- MAGÜE, Christine, *Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs*, Actualité Juridique Droit Administratif, 20 septembre 694-700 (1998).
- , *La réforme des procédures*, Bulletin juridique des contrats publics, 16, 195 - 200.
- MODERNE, Franck, *La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?*, Revue Française de Droit Administratif, janvier-février, 2-11 (2006).
- MOREAU, Jacques, *Les matières contractuelles*, Actualité Juridique Droit Administratif, 747 (1998).
- PICARD, Etienne, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, Actualité Juridique Droit Administratif, 651-666 (20-09-1998).
- SINKONDO, Marcel, *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration*, Revue trimestriel du droit civil, (2), 239 - 262 (1993).

DROIT ADMINISTRATIF

- AUBY, Jean Bernard, *La bataille de San Romano. Réflexions les évolutions récentes du droit administratif*, Actualité juridique Droit Administratif, 912 - 926 (2001).
- BALLANDRAS-ROZET, Cristelle, *Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir*, Actualité Juridique Droit Administratif, 2236-2242 (2007).

BARRERA CARBONELL, Antonio, *Hacia una nueva concepción de la suspensión provisional del acto administrativo en Colombia*, Boletín mejicano de derecho comparado, 90, (1997).

BRIEGEL, Françoise, *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies, Vol. 6, n°2, (2002).

DEBBASCH, Charles, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Revue internationale de droit comparé, 13 n° 4, 863-865 (1961).

DENDIAS, Michel, *Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire et du détournement de pouvoir*, Jarbuch für internationale recht, 77-106 (1962).

DENOIX DE SAINT MARC, Renaud, *La question de l'administration contractuelle*, Actualité Juridique Droit Administratif, 970 (2003).

RAPP, Lucien, *Les nouvelles régulations économiques*, L'actualité juridique droit administratif, 560 - 573 (2001).

VARGAS ROZO, Oscar, *Los principios generales del derecho administrativo*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, (2002).

VILLAMIZAR SCHILLER, Eddy Alexandra, *El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo*, Revista de Estudios Socio Jurídicos, 8(2), 173-205 (2006).

DROIT CONSTITUTIONNEL

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional*, Revista de derecho público, 5, 51 - 59 (1995).

ESTRADA, Alexei Julio, *La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Revista de jurisprudencia administrativa, 73 - 80 (2002).

GOMEZ GARCIA, Carlos Fernando, *Las vías de hecho como generadoras del choque de trenes en la jurisprudencia constitucional*, Criterio jurídico, 9 n° 2, 35-51 (2009).

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro, *Antolinez, El casus belli (causa de guerra) entre las cortes*, Jurídicas, 59-103 (2009).

DROIT INTERNATIONAL

BLOIS, Alexis, *Contrat et corruption: Le pot-de-vin et les plaideurs*, Revue de droit des affaires internationales, 4, 459-479 (2008).

BOCHARD, Edwin, *La limitation de la protection diplomatique soit par contrat entre le national et un gouvernement étranger, soit par la législation municipale*, Revue de Droit International et de Législation Comparée, Deuxième série - Tomme XIII, 233 - 248 (1911).

BOUCOBZA, Xavier, *La prise en compte des intérêts de l'Etat dans le commerce international*, Revue de l'arbitrage, 2, 465 - 485 (2005).

- COMBACAU, Jean, *Légiférer par voie de traité ? Remarques sur le mode conventionnel de production de règles internationales*, les cahiers du Conseil constitutionnel, 17, 87-94 (2004).
- DRAGO, Luis María, *Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale*, Revue Générale de Droit International Public, Tome XIV, 251 - 287 (1907).
- FOCSANEANU, Lazar, *Les conséquences internationales des nationalisations*, Politique étrangère, 18 n° 1, 35-50 (1953).
- GODOY, Federico, *El caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas*, Revista internacional de Arbitraje, enero - junio 2005, 124-152 (2005).
- GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et "lex mercatoria"*, Archives de philosophie du droit, IX Le droit subjectif en question, 177 (1964).
- GRIGERA NAON, Horacio, *Les contrats d'Etat : quelques réflexions*. Revue de l'arbitrage, 3, 667 - 690 (2003).
- HORCHANI, Ferhat, *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, Journal du droit international, 2, 367 - 417 (2004).
- KNOEPFLER, François, *L'immunité d'exécution contre les états*, Revue de l'arbitrage, 3, 1017 -1069 (2003).
- LEBOULANGER, Philippe, *Remarques sur la règle dite "ordre public" appliquée aux stipulations de garantie monétaire dans les contrats internationaux*, Clunet, 86 (1963).
- LEMAIRE, Axelle, *La notion d'expropriation indirecte*, Les cahiers de l'arbitrage, 2, 20-27 (2003).
- MAYER, Pierre, *Les lois de police étrangères*, Journal de droit international, 1, 277 - 345. (1981).
- MAYER, Pierre, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, Journal du droit international, 5- 78. (1986).
- MORENO RODRIGUEZ, José Antonio, *La nueva "Lex mercatoria": ¿Un fantasma creado por los profesores de la Sorbona?*, Foro de Derecho mercantil - Revista internacional, 1, 94 (2003).
- MOULIN, Henri-Alexis, *La doctrine Drago*, Revue Générale de Droit International Public, Tome XIV, 417 - 472 (1907).
- RUIZ FABRI, Hellène, *La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques - Les états dans le contentieux économique international, II. Le contentieux interétatique*, Revue de l'arbitrage, 3, 881-948 (2003).

HISTOIRE DU DROIT

- GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda. MALAGON PINZON, Miguel, *Mecanismos de protección de derechos: de la República Romana a la acción pública del siglo XIX en Colombia*, Opinión jurídica - Universidad de Medellín, 8 n° 16, 149-167 (2009).
- MALAGON PINZON, Miguel, *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela y Acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario*, Revista de Estudios Socio-Jurídicos, 5 77-113 (2003).

TAMBURINI, Francesco, *La cuestión Cerruti y la crisis diplomática entre Colombia e Italia 1885-1911*, Revista de Indias 220, 709 - 733 (2000).

RESOLUTION DES LITIGES

DUCAROUGE, François, *Le juge administratif et les modes alternatifs de conflits, transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public*, Revue Française de Droit Administratif, 87 (1996).

LE GARS, Jean-Marc, *Conciliation et médiation en matière administrative*, Actualité Juridique Droit Administratif, 507 - 513 (2000).

MONTES DE ECHEVERI, Susana, *Transacción y conciliación en el derecho administrativo*, Revista de derecho público, 2, 141 - 157 (1992).

MUNOZ, Frédérique., *Pour une logique de la conciliation*, Actualité Juridique Droit Administratif, 41 - 47 (1997).

RICHER, Laurent, *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif*, Actualité Juridique Droit Administratif, 3 - 8 (1997).

SUAREZ HERNANDEZ, Daniel., *Medios alternativos de solución de conflictos. Transacción, conciliación, amigable composición y arbitramento*, Revista del instituto colombiano de derecho procesal, II No. 25, 51 - 77 (1999).

THEORIE DU DROIT

ALLAND, Denis, *De l'ordre juridique international*, Droits, 35, 79 - 101 (2002).

ANDRADE, José Arturo, *De la noción de orden público*, Revista de la academia colombiana de jurisprudencia, 47, 692 - 704 (1915).

AVRIL, Pierre *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, 50, (2007).

BOTERO MARINO, Catalina. JARAMILLO, Juan Fernando, *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*, Foro Constitucional Iberoamericano, 12, 42-81 (2005/2006).

COMAILLE, Jacques, *L'exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre justice et médias*, Droit et Société, 26, 11-18 (1994).

GOHIN, Olivier, *Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?*, Revue Droits, 9, 93 (1989).

GRECIANO, Philippe, *Polysémie dans le discours juridique : Une réponse sémantique aux erreurs judiciaires*, Nouveaux cahiers d'allemand, 26, 23-35 (2008).

GRUA, François, *Les divisions du droit*, Revue trimestriel du droit civil, 92 (1), 59 - 71 (1993).

LASCOUMES, Pierre. SERVERIN, Evelyne, *Théories et pratiques de l'effectivité du Droit*, Droit et Société, 2, 127-150 (1986).

LEBEN, Charles, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, Droits, 33, 17 - 39 (2001).

LEBOULANGER, Philippe. DROUILLAT, R., *L'ordre public* Jurisclasseur droit international, Fasc. 534 A - 534C.

LOCHAK, Danièle, *La race: une catégorie juridique ?*, Mots, 33, 291-303 (1992).

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Hacia la reconstrucción de la teoría del derecho privado en Colombia. Reflexiones sobre la ley 153 de 1887*, Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Facultad de derecho., No. 27, 107 (1995).

LUZZATI, Claudio, *Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional*, DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 22/1999, 135 - 170 (1999).

---, *"Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII, 537 - 597 (2009).

MONNIER, François, *Déni de justice*, Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 34, 91 - 94 (2002).

RIALS, Stéphane, *L'office du juge*, Droits, - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 9, 3-20 (1989).

TERRE, François, *Un juge créateur du droit ? Non merci*, Archives de philosophie du droit, 50, 305-311 (2007).

TIMSIT, Gérard, *L'ordre juridique comme métaphore*, Droits, - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 33, 3 -18 (2001).

THESES

BAILLEUL, David. L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, (2002), Université de Rouen.

BEN HAMIDA, Walid. L'arbitrage transnational unilatéral. "Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique", (2003), Panthéon - Assas.

BENAVIDES José Luis. Le contrat public colombien. Une troisième voie pour les contrats de l'administration ?, (1999), Panthéon - Sorbonne.

BOU SABER, Maan. Essai d'une théorie générale. Le lien entre le substantiel et le procédural, (2008), Panthéon-Assas.

CHEKROUN, David. L'imperium de l'arbitre, (2008), Panthéon-Sorbonne.

LEFOULON, Alain. La notion de compétence des agents administratifs en droit français (1970), Université de Rennes.

LEMAIRE, Sophie. Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, (1999), Panthéon - Assas.

PECHEUL-DAVID, Tania-Marie. La prérogative de puissance publique, (2000), Panthéon-Assas.

RICHARD, Vincent. *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, (2003), Panthéon – Assas.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. *Les biens d'usage public en droit colombien*, (2011), Panthéon-Assas.

MONOGRAPHIES

ARANGO BETANCOURTH, Juan Camilo. GARCIA MONCADA, Jorge Guillermo. *Aplicación de las clausulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales*, (2004), Universidad Javeriana.

ARENAS MANRIQUE, Lina María. CHARUM GUZMAN, Carolina. JARAMILLO MEJIA, Andrés. *Análisis y recopilación de extractos de la jurisprudencia arbitral en contratación estatal a partir de la vigencia de la ley 80/93*, (2002), Universidad Javeriana.

BERNAL BERMUDEZ, María Paula. LUNA SANCHEZ, David. *El decreto y práctica de medidas cautelares en el Arbitraje*, (1999), Universidad del Rosario.

BURÍTICA LOAIZA, Ximena. VESGA GAVIRIA, Inés Elvira. *Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral en el caso Termorio para el arbitraje internacional en Colombia*, (2003), Universidad Javeriana.

FERNANDEZ DE SOTO LONDOÑO, Andrés. *Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal*, (2003), Universidad Javeriana.

NAVARRO, Adriana. RIVERA, Ana María. *Instituciones del derecho privado en la contratación estatal*, (2001), Universidad Javeriana.

RAMOS AITKEN, María Isabel. RINCON SALCEDO, Javier Gustavo. *Alcance de las clausulas compromisorias frente a los actos administrativos sancionatorios*, (2000), Universidad Javeriana.

RODRIGUEZ BRAVO, Sebastián. GONZALEZ MARINO, José Gabriel. *Análisis económico del arbitraje comercial internacional*, (2004), Universidad Javeriana.

ROMERO GALVEZ, Leopoldo. *El arbitraje en los contratos estatales*, (2003), Universidad Javeriana.

JURISPRUDENCE

M.P. (Magistrat Rapporteur)

CONSEIL D'ETAT

- 1013, Ministerio de desarrollo económico, M.P: Augusto Trejos Jaramillo, (16-12-1997).
- 10264, Consorcio Gabriel Galvis - Hazen and Sawyer vs. CAR, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (13-09-1999).
- 10285, Efraín Campo Trujillo vs. Nación - Ministerio de Justicia, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (04-09-1997).
- 10378, Fábrica de Licores del Tolima vs. Francisco de Paula Hernández, M.P: Daniel Suárez Hernández, (16-12-1994).
- 10399, Sociedad confecciones CEM vs. Fondo de Educación y Seguridad Vial de Bogotá Fondatt, M.P: Ricardo Hoyos Duque (03-02-2000).
- 10411, Sociedad Wintech de Colombia S.A., M.P: Jesús Maria Carrillo Ballesteros, (29-03-1996).
- 10439, Arcangel Clavijo Valencia vs. Invicali, M.P: Juan de Dios Montes Hernández, (19-06-1998).
- 10468, Sadeico vs. Emcali, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros, (14-09-1995).
- 10779, Sociedad Construcciones vs. Fondo Aereonáutico Nacional, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (29-01-2004).
- 10875, Medardo Serna Vallejo vs. Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (21-04-2004).
- 10882, Pinski vs. Carbocol, M.P: Juan de Dios Montes Hernández, (16-06-1997).
- 11001 0315 000 2009 01249 02 ETB, M.P: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, (05-08-2010).
- 1143, Ministerio de Hacienda y Crédito público, M.P: Luis Carlos SÁCHICA, (23-05-1977).
- 11477, ETMVA vs. Consorcio Hispano Alemán, M.P: Daniel Suarez Hernández, (06-02-1998).
- 11542, Susana Montes de Echeverri vs. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (07-03-2007).
- 11632, Consorcio Spi Batiñolles vs. EEEB, M.P: Daniel Suárez Hernández, (15-08-1996).
- 11632, Consorcio Spi Batiñolles vs. EEEB, M.P: Daniel Suárez Hernández, (24-10-1996).
- 1164, Cesar Augusto Piedrahita, M.P: Maria Helena Giraldo, (15-07-2004).
- 11855, Empresas Públicas de Medellín vs. La Nación- Ministerio de comunicaciones- Regulación de Telecomunicaciones, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (05-05-2005).
- 12037, Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. , M.P: Alier Eduardo Henríquez Hernández, (19-07-2001).

- 12202, Metromercado vs. Fiduciaria del Estado SA, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (18-11-1999).
- 12387, Sociedad Non Plus Ultra S.A. vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (07-10-1999).
- 12448, Municipio de Córdoba - Bolivar vs. La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (12-12-1996).
- 12724, Compañía Aseguradora de Fianzas S.A - Pinski & Asociados vs EDIS, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (03-05-2001).
- 12910, Sociedad Molinares vs. Universidad de la Guajira, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros, (27-07-2000).
- 13070, Sociedad industrias Caper Vs. Instituto Nacional de Fomento Municipal M.P: Juan de Dios Montes Hernández, (29-01-1998).
- 13164, Fernando Jiménez, Carlos Hernando Ruiz Peña, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (22-11-2001).
- 13347, Hunos Construir vs. Municipio de Arauca, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (10-05-2001).
- 13573, Diskomatsu Ltda. vs. Departamento de Santander, M.P: Juan de Dios Montes, (18-09-1997).
- 1408 Ministerio del Interior, M.P: César Hoyos Salazar, (25-04-2002).
- 1417, Ministro del Interior, M.P: Susana Montes de Echeverri, (25-04-2002).
- 14202, Universidad del Tolima vs. INAR Ltda. , M.P: Juan de Dios Montes Hernández, (20-07-1998).
- 14399, Felix Fabián Fragoso Fonseca vs. La Nación - Dirección Nacional de Administración Judicial, M.P: Daniel Suárez Hernández, (28-01-1999).
- 14431, Sociedad concretos y prefabricados Ltda. Conpre Ltda. vs. Municipio de Ibagué, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (27-11-2003).
- 14514, Mallas, Equipos y Construcciones Ltda vs. Fondo Nacional del Ahorro, M.P: Jesús Maria Carrillo Ballesteros, (11-05-1999).
- 14582, Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados SA vs. EAAB, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (20-09-2001).
- 14667, Seguros Generales Aurora vs. Departamento del Cauca, M.P: Myriam Guerrero Escobar, (22-04-2009).
- 15286, Procables vs. EEB, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (10-08-2001).
- 15310, Departamento del Casanare vs. Felix Arnulfo Hernández - Latinoamericana de Seguros, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (13-12-2001).
- 15469, Mario Eduardo Rosasco Estupiñan vs. Municipio de Tumaco, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (20-08-2007).
- 15600, Constructora Sanz Cobe S.A. vs. Fondo Vial Nacional, M.P: Enrique Gil Botero, (05-03-2008).
- 15687, José Luis Villamizar Rodriguez vs. Policía Nacional, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (03-08-2006).
- 15757, Rafael Morales Monterio -Antonio Fias Gil vs. EAAB, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (11-02-2009).
- 1602, Invias, M.P: Susana Montes de Echeverri, (31-08-2004).

- 16124, Leonardo Abuchaibe Anichiarico vs. Municipio de Maicao - Guajira, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (12-08-1999).
- 16256, Consorcio Recchi Spa Constuzioni - Generali Grandi Lavori - Fincosirt Spa vs. Invias, M.P: Alier Hernández Enriquez, (30-08-2001).
- 16380, Municipio de Villavicencio vs. Compania Aseguradora de Finanzas S.A. , M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (12-08-1999).
- 16394, Consorcio Hispano Alemán vs. ETMVA, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (23-02-2000).
- 1661, Ministerio de Transporte, M.P: Gustavo Aponte Santos, (21-07-2005).
- 16718, Departamento de Casanare, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (09-10-2003).
- 16724, Terpel Antioquia vs. Unidad Administrativa de la Aeronáutica civil, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (19-06-2000).
- 16766, José Antonio Castro vs. Instituto de Tránsito y Transporte, M.P: Alier Hernández Enriquez, (04-05-2000).
- 16802, Sociedades CB Transportes S.A. - Otros vs. Ferrovias, M.P: Ricardo Hoyos Duque (31-08-2000).
- 16956, Personería de Bogotá M.P: Alier Eduardo Henríquez Hernández, (16-02-2001).
- 16973, Consorcio Amaya Salazar vs. INVAMA, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (08-06-2000).
- 17028, Iprocons Ltda. vs. Invias, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (10-08-2000).
- 17480, Seguridad Dincolvip Ltda. vs. Instituto de Seguros Sociales, M.P: Maria Elena Giraldo Gomez, (11-05-2000).
- 17704, Sociedad Ingeniería y Construcción Ltda vs. Invias, M.P: Ricardo Hoyos Duque (17-08-2000).
- 17797, Consorcio Delgado Rojas Chavarro vs. Departamento del Huila, M.P: Maria Helena Giraldo, (18-05-2000).
- 18059, Francisco Ignacio Herrera Gutierrez vs. IPSE, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez (30-11-2006).
- 18063, José Fernando Suárez Vanegas vs. Distrito Capital Santafé de Bogotá, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros, (16-02-2001).
- 18411, Consorcio Mejias vs. IDU, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (08-02-2001).
- 18503, Areneras el Dagua, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (22-02-2001).
- 19090, IDU vs. World Parking, M.P: Maria Elena Giraldo, (23-08-2001).
- 19090, Sociedad World Parking vs. IDU, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros, (07-02-2002).
- 19273, Union Temporal MB Maquinas vs. Municipio de Sahagun, Córdoba, M.P: Maria Helena Giraldo, (09-08-2001).
- 19333, Consorcio Carlos Julio Rivera vs. Universidad del Tolima, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (04-07-2002).
- 19334, General de Provisiones Ltda vs. Instituto de Seguro Social, M.P: Alier Hernández Enriquez, (14-06-2001).
- 19413, Gobernación del Tolima vs. Tito Marcelo, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros, (26-04-2002).

- 19488, Consultoria Oscar Grimaux vs. Distrito Capital de Bogotá, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (20-06-2002).
- 2009-00241, M.P: Marco Antonio VELILLA MORENO, (15-03-2010).
- 20128, Constructora Andrade Gutiérrez S.A. vs. EMCALI, M.P: Jesús Maria Carrillo Ballesteros, (26-04-2002).
- 20129, Consorcio José Mauricio Andrade Monje - Departamento del Huila vs. Departamento del Tolima, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (20-06-2002).
- 20356, Fábrica de Licores del Tolima vs. Escobar Arias, M.P: Maria Elena Giraldo Gomez, (04-04-2002).
- 20472, Esgamo vs. Departamento del Tolima, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (02-05-2002).
- 20634, Telecom vs. Nortel Networks de Colombia, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (06-06-2002).
- 20869, Neil Eduardo Bustamante vs. Invias, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (07-02-2002).
- 21040, Invias vs. Consorcio Richi, M.P: Maria Elena Giraldo, (27-06-2002).
- 21041, Electrificadora del Atlantico vs. Termorio, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (01-09-2002).
- 2117, Inversiones Gaviria Ltda., M.P: Yesid Rojas Serrano, (12-02-1993).
- 21217, Ministerio de Minas - Otros vs. La Corporación Autónoma Regional del Cauca, M.P: Alier Hernández Enriquez, (04-07-2002).
- 21652, Ministerio Público - MD ingenieros vs. Municipio de la Mesa, Cundinamarca, M.P: Alier Hernández Enriquez, (11-04-2002).
- 21704, Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial vs. Caja Nacional de Prevision Social E.P.S., M.P: Maria Helena Giraldo, (07-02-2002).
- 22012, Estella Montes Herrera vs. Corporación Autonoma Regional de Risaralda, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (04-07-2002).
- 22195, Caracol Television S.A vs. Comisión Nacional de Televisión, M.P: Jesús Maria Carrillo Ballesteros, (04-07-2002).
- 22567, Caja Nacional de Previsión Social E.P.S. vs. Sociedad clínica de Manizales, M.P: Maria Elena Giraldo Gomez, (27-11-2002).
- 2367, Reinaldo Guerrero Ovalle, M.P: Jorge Valencia Arango, (14-02-1980).
- 23757, Construcciones Axioma Ltda, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (13-11-2003).
- 23849, Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC - Procuradora Judicial 18 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca vs. Consorcio Hydra Ingenieria Ltda - Biotec Colombia S.A., M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (10-04-2003).
- 24320, Invias vs. Cromas S.A. y otros, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (02-10-2003).
- 24344, Municipio de Pereira vs. Fiduciaria de Occidente, M.P: Alier Eduardo Hernández, (14-09-2003).
- 24639, Granahorrar vs. Instituto de Seguros Sociales, M.P: Myriam Guerrero Escobar, (23-09-2009).
- 24844, I.C.B.F vs. Alba Diela Calderón de Ramirez, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (03-10-2007).
- 25021, Departamento del Valle del Cauca vs. Cisa, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (11-03-2004).

- 25094, Maria Cecilia Ortiz Uribe vs. Terminal de Transportes de Medellín S.A. , M.P: Germán Rodríguez Villamizar (26-02-2004).
- 25154, Municipio de Recetor vs. Cooperativa para el desarrollo de Gualiva en liquidación, M.P: Maria Elena Giraldo Gomez, (20-05-2004).
- 25156, Telecom vs. ETB, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (27-05-2004).
- 25261, Ferrovias vs. Drummond, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (22-04-2004).
- 25455, Nación -Ministerio de la proteccion social vs. Consejo Colombiano de seguridad, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (10-03-2005).
- 25489, Electrohidraulica S.A, Representaciones y otros vs. Municipio de Ubaté, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (14-04-2005).
- 25560, Centrimed vs. Hospital Militar, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (25-11-2004).
- 25561, Mario Nigrinis - Emilio Sanchez Gil vs. Invias, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (15-04-2004).
- 25676, Comisión Nacional de Televisión vs. Casa Editorial el Tiempo, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (22-04-2004).
- 25803, CODETER vs. Departamento de Cundinamarca, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (26-05-2010).
- 25811, Banco de la República vs. Rafael Tono Lemaitre, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (28-04-2005).
- 26287, Esap vs. Carlos Lopez Castellanos, M.P: Alier Hernández Enriquez, (20-05-2004).
- 26975, Almacén General de Depositos vs. Dian, M.P: Maria Elena Giraldo Gomez, (25-11-2004).
- 27164, Mauricio Aldana vs. Municipio de Chaparral, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (24-02-2005).
- 2721, Corelca vs. Westinghouse International Power Systems et Westinghouse Electric Corporation, M.P: Eduardo Suescún (04-11-1982).
- 27946, Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil vs. Sociedad Aeroportuaria de la Costa, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (10-03-2005).
- 28010, Ferrovias vs. Sociedad Cargoplus Ltda, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (22-03-2007).
- 28308, Empresa Electrificadora del Meta vs. Inés Ivette Rojas - F.IMM Fatturazione immediate SRL - F.IMM Colombia Ltda, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (10-03-2005).
- 28616, Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.S. E.S.P. – IBAL S.A. - Consorcio José Fernando Peñaloza Rengifo - Alvaro Humberto Peñaloza Rengifo, M.P: Germán Rodríguez Villamizar (14-04-2005).
- 28990, Invias - Ministerio Público vs. Consecionaria vial de los Andes Oviandes, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (06-07-2005).
- 29476, Telecom en liquidación vs. Bellco comunicaciones, M.P: Ruth Stella Correa Palacio (08-06-2006).
- 29699, Empresa de licores de Cundinamarca vs. Comercializadora de licores del Putumayo, M.P: Enrique Gil Botero, (22-05-2009).
- 29703, Corelca vs. Tebsa, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (02-03-2006).

- 29704, Ecopetrol vs. Consorcio Tibu, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (13-02-2006).
- 30096, Gloria Mosquera de Rivera vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. ETB. S.A. E.S.P. - Gloria Mosquera de Riveras ETB, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (27-04-2006).
- 30097, Procesadora de Maderas Cimitarra vs. Acerias Paz del Rio en Liquidación, M.P: Fredy Ibarra Martínez, (27-09-2006).
- 31024, Acuantioquia - Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA., M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (24-05-2006).
- 31024, Consorcio Francisco Velasquez Ingenieria Civil y Sanitaria SA Vs Acuantioquia en liquidacion, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (24-05-2006).
- 31354, Union Temporal Administración de Recursos Urbanos - UT ARU vs. Municipio Santiago de Cali, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (03-08-2006).
- 31887, Comisión Nacional de Televisión vs. Proyectamos Televisión, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (05-07-2006).
- 32018, Dario Alberto Munera, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (30-06-2011).
- 32398, Distrito Turistico de Santa Martha vs. Sociedad Concesionaria Obras y Proyecto del Caribe SA., M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (08-06-2006).
- 32514, Corporación Autónoma Regional Del Centro de Antioquia Corantioquia - Inversiones Zapata Lotero y CIA Ltda. , M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (27-09-2006).
- 32711, Asesorias y Representaciones Pradilla - Otros vs. Corporación de Abastos de Bogotá M.P: Enrique Gil Botero, (30-05-2007).
- 32841, Hospital Departamental de Granada E.S.E, M.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez, (21-03-2007).
- 32846, Lotería del Tolima vs. Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A. , M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (06-06-2007).
- 32896, Ingelel vs. ETB, M.P: Mauricio Fajardo (07-06-2007).
- 330, Medardo Serna Vallejo, M.P: Antonio José de Irisarri Restrepo, (18-08-1988).
- 33643, ETB vs. Ocel, M.P: Myriam Guerrero de Escobar, (21-05-2008).
- 33644, ETB vs. Celcaribe, M.P: Mauricio Fajardo Gómez (27-03-08).
- 33645, ETB vs. Comunicacion Celular Comcel, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (27-03-08).
- 33669, Telcaribe S.A. E.S.P. vs. Telesantamarta en liquidación, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (27-08-2007).
- 33670, Ecogas vs. Promigas, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (20-02-2008).
- 33795 Auto, Consorcio L&A vs. IDU, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (13-12-2007).
- 33795, Consorcio L&A vs. IDU, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (19-07-2010).
- 3397, Electricas de Medellin Ltda, M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (10-03-1983).
- 34239, Inco vs. Coviandes, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (28-01-2009).
- 34302, Lotería de Santander - Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander Enapuestas U.T., M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (15-10-2008).
- 34525, Sociedades Diselecsa Ltda vs. Municipio de Neiva, M.P: Myriam Guerrero Escobar, (13-05-2009).
- 34543, Teleacceso S.A. en Liquidación vs. Colombia móvil S.A. en liquidación, M.P: Ruth Stella Correa Palacio (16-06-2008).

- 34594, Drummond Limited vs. Carbocol, M.P: Myriam Guerrero de Escobar (13-08-2008).
- 34595, ETB vs. BBVA Horizonte, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (19-08-2009).
- 34745, Movil Tech S.A vs. Colombia Movil, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (03-12-2008).
- 34846, ETB vs. Telefónica Móviles de Colombia - Telefonica S.A., M.P: Enrique Gil Botero, (01-04-2009).
- 3502, Eduardo Borrero Rengifo vs. Municipio de Cali, M.P: Marta Sofia Sanz Tobon, (05-03-2009).
- 3521, Ministerio de Obras Públicas y Transporte M.P: Jorge Valencia Arango, (18-02-1982).
- 35262, Centro de Diagnóstico Milenio vs. Central de transporte de Santa Marta, M.P: Enrique Gil Botero, (28-01-2009).
- 35287, Conhydra S.A. E.S.P. - Municipio de Turbo y Aguas de Uraba S.A., M.P: Mauricio Fajardo Gómez (26-06-2008).
- 35288, Plescom vs. Patrimonio autónomo Telecom, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (10-06-2009).
- 3546, Fondo vial Nacional - Atuesta- Guarín y Pombo Ltda, M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (09-08-1984).
- 35564, Colombia Móvil S.A. ESP, M.P: Enrique Gil Botero (22-07-2009).
- 35843, Electroatlantico vs. Municipio de Riohacha, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (03-12-2008).
- 35855, Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga, M.P: Myriam Guerrero de Escobar, (13-05-2009).
- 35896, Metroparques vs. Duvan Buitrago Henao, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (08-06-2009).
- 36252, Porvenir vs. Incoder, M.P: Mauricio Fajardo, (10-06-2009).
- 36427, Servir vs. Caja de previsión social E.P.S., M.P: Enrique Gil Botero, (22-07-2009).
- 36478, Asmet salud vs. Municipio del Charco, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (08-07-2009).
- 36537, Union temporal Mavig - Deprocon vs. Bogotá y otro, M.P: Mauricio Fajardo Gomez, (17-03-2010).
- 36838, Banco de la República vs. Rojas y Asociados, M.P: Myriam Guerrero Escobar, (17-03-2010).
- 37003, Carlos Andrés Chinchilla Roza Vs. Nación Ministerio del Interior y Justicia, M.P: Myriam Guerrero de Escobar, (25-11-2009).
- 37004, Hospital el Tunal vs. Fresenius Medical care, M.P: Enrique Gil Botero, (18-02-2010).
- 37513, Hernando Salcedo Tamayo vs. Municipio de Facatativa, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (18-02-2010).
- 37787, Salinas marítimas de Manaure Ltda. Sama Ltda. y otros vs. La Nación Ministerio de comercio, industria y Turismo, Ministerio de Energía e instituto de Fomento industrial, Concesión salinas en Liquidación M.P: Stella Conto Diaz, (12-05-2011).

- 38051, Empresa transportadora de gas del interior T.G.I. S.A. ESP - Empresa colombiana de gas ECOGAS, M.P: Gladys Agudelo Ordoñez, (23-08-2010).
- 38484, Luis Antonio Carrillo Candelo y Otros vs. Electrificadora de Santander, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, (24-03-2011).
- 38619, Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla vs. Sociedad de acueducto, alcantarillado y aseo de Barranquilla, M.P: Danilo Rojas Betnacourth, (30-06-2011).
- 38621, Varella Fiholl & Compañía Ltda - Heymocol Ltda vs. Heymocol Ltda, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, (21-02-2011).
- 39092, Producciones JES Ltda. vs. Comisión Nacional de Televisión, M.P: Mauricio Fajardo Gómez, (10-03-2011).
- 39496, Servimédico I.P.S., Tu Salud S.A - Impresalud LTDA en liquidación (litisconsorte facultatif) vs. Cajanal E.P.S. en liquidación, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, (30-03-2011).
- 4292, Hugo Hernán Ruiz Córdoba vs. Municipio de Mercaderes, M.P: Nicolas Pajaro Pecaranda, (15-05-2003).
- 4703, Aguilar y Cia Ltda., M.P: Julio Cesar Uribe Acosta, (22-07-1985).
- 4768, Instituto colombiano de Energía Eléctrica ICEL vs. Consorcio Mitsubishi, Distral y Condisa, M.P: Julio César Uribe Acosta, (28-05-1987).
- 5191 Sección Primera, Acción de nulidad contra el Decreto 1818 de 1998, M.P: Juan Alberto Polo Figueroa, (08-04-1999).
- 5326, Carbocol vs. Consorcio Domi-Prodeco-Auxini, M.P: Daniel Suarez Hernández, (15-05-1992).
- 5669, Constructora Brugues & Cia S.A. vs. EEEB, M.P: Julio César Uribe Acosta, (24-11-1991).
- 5762, Consorcio Arquitectos e ingenieros asociados y otros, M.P: Gustavo de Greiff Restrepo, (27-08-1990).
- 5762, Consorcio de arquitectos e ingenieros asociados, M.P: Gustavo de Greiff Restrepo, (27-08-1990).
- 620, Inderena, M.P: Gaspar Caballero Sierra, (05-12-1986).
- 6550, Medardo Serna Vallejo M.P: Julio Cesar Uribe Acosta (10-10-1992).
- 6695, Consorcio Viannini entrecanales y Tavora vs. Empresa de Energia de Bogotá M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (03-04-1992).
- 6717, José Alberto Diamante Cárdenas - Bernardo Gómez Vasquéz, M.P: Manuel Santiago Urueta Ayola, (26-07-2001).
- 6751, Sena vs. Juan Martín Gutierrez Aragón, M.P: Juan de Dios Montes Hernández, (16-06-1994).
- 6761, Banco Central Hipotecario vs. Estruco S.A., M.P, (18-06-1992).
- 7215, IDU vs. Consorcio Jorge A Torres - Alvaro Rivera, M.P: Daniel Suárez Hernández, (04-06-1993).
- 76001-23-31-000-2009-00783-01 (AC), Jhon Harold Suárez Vargas vs. Tribunal de arbitramento, M.P: Hugo Fernando Bastidas Barcenás, (07-10-2009).
- 7610, José Iván Moreno Patiño, M.P: José Gabriel Salom, (08-10-1984).
- 7809, Consorcio Imprelegio S.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, M.P: Daniel Suárez Hernández, (12-11-1993).

- 7879, Colmotores vs. Instituto de Comercio Exterior, M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (16-12-1994).
- 795 Tutela, Centro Aguas vs. Tribunal de Arbitramento - Cámara de comercio de Cali, M.P: Juan Angel Palacio Hincapie, (10-06-2004).
- 8004, Banco Central Hipotecario vs. Estruco Ltda, M.P: Daniel Suárez Hernández, (10-05-1994).
- 8246, Instituto de Casas Fiscales del Ejercito Nacional vs. Raul Hoyos Villegas, M.P: Julio César Uribe Acosta, (22-06-1993).
- 838 auto, Director del Departameto administrativo de la función pública M.P: Roberto Suárez Franco, (24-06-1996).
- 9118, Antonio José de Irisarri Restrepo vs. Ministerio de Comunicaciones, M.P: Ricardo Hoyos Duque (18-09-1997).
- 973, Puertos de Colombia, M.P: Gabriel Rojas Arbelaez, (09-05-1968).
- 9807, Martha Cediél de Peña - Gilberto Peña Castrillón, M.P: Ricardo Hoyos Duque, (20-09-2001).
- AC 25000-23-15-000-2010-02012-01, Asociación indigena de la Guajira Waya Wayuu, M.P: Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez, (25-11-2010).
- AC-11985, Ingenieros constructores Tecnología y Equipos Ltda. vs. Tribunal de arbitramento, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, (07-09-2000).
- AC-2116, Bogotá Distrito Capital vs. Cámara de Comercio de Bogotá, M.P: Mario Alario Méndez, (22-02-2002).
- AC-4654, Sociedad Fiduciaria FES S.A., M.P: Carlos Betancur Jaramillo, (08-05-1997).
- AG-250002324000200000016-01 Tomás Darío Saldarriaga Calle vs. ETB, M.P: Ruth Stella Correa Palacio, (07-04-2011).
- AP- 0035, Pablo Arciniegas Vergel vs. Municipio de Villavicencio - Otros, M.P: Maria Helena Giraldo Gomez, (28-07-2005).
- AP-054, Delio Gómez Leyva, M.P: sección cuarta, (09-02-2001).
- AP-1588, Procuraduría vs. Amadeo Tamayo Moron, M.P: Ramiro Saavedra Becerra, (05-10-2005).
- Auto C-045, Ministerio de justicia y del derecho vs. Superintendencia de industria y comercio, M.P: Nicolás Pájaro Peñaranda, (28-01-2003).
- Auto C-100, Ministerio de justicia y del derecho vs. Superintendencia de industria y comercio, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, (02-09-2003).
- Auto:11001-03-24-000-2002-00202-01, Alfonso Beltrán García y Andrés Mejía Pizano, M.P: Maria Claudia Rojas Lasso, (08-04-2010).

Cour constitutionnelle

- A027/02, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (02-04-2002).
- A-169-09, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva, (29-04-2009).
- Auto 008/2005, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, (25-01-2005).
- Auto 020/11, M.P: Mauricio Gonzalez Cuervo, (02-02-2011).

- Auto 100/2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (22-03-2006).
C-018/93, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (25-01-1993).
C-029/95, M.P: Jorge Arango Mejía, (02-02-1995).
C-035/08, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (23-01-2008).
C-037/03, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (28-01-2003).
C-037/96, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, (05-02-1996).
C-042/93, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (11-02-93).
C-046/94, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (10-02-1994).
C-060/01, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (24-01-2001).
C-069-95, M.P: Hernando Herrera, (23-02-1995).
C-078/99, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (17-02-1999).
C-083/95, M.P: Carlos Gaviria, (01-03-1995).
C-087/97, M.P: Fabio Morón Diaz, (26-02-1997).
C-098/01, M.P: Martha Victoria Sachica Mendez, (31-01-2001).
C-103/94, M.P: Jorge Arango Mejía, (10-03-1994).
C-1038/02, M.P: Eduardo Montealegre Lynett, (28-11-2002).
C-1039/04, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (22-10-04).
C-1064/03, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (11-11-2003).
C-111/99, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (24-02-1999).
C-111-00, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (09-02-2000).
C-1120/05, M.P: Jaime Araujo Renteria, (01-11-2005).
C-113/93, M.P: Jorge Arango Mejía, (25-03-1993).
C-1140/00, M.P: José Gregorio Hernández, (30-08-2000).
C-1159/08, M.P: Jaime Araujo Renteria, (2008).
C-1189/00, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (13-09-00).
C-131/93, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (01-04-1993).
C-1436/00, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (25-10-2000).
C-154/04, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (24-02-2004).
C-155/07, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (07-03-2007).
C-160/99, M.P: Antonio Barrera Carbonell, (17-03-1999).
C-163/99, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (17-03-1999).
C-178/97, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, (10-04-1997).
C-179/94, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (13-04-1994).
C-179/95, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (25-04-1995).
C-181/97, M.P: Fabio Morón Diaz, (10-04-1997).
C-186/11, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto, (16-03-2011).
C-188/99, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (24-03-1999).
C-188/99, M.P: José Gregorio Hernández, (24-03-1999).
C-208/93, M.P: Hernando Herrera Vergara, (03-06-1993).
C-228/99, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (14-04-1999).
C-231/97, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (15-05-1997).
C-242/06, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, (29-05-2006).
C-242/97, M.P: Hernando Herrera Vergara, (20-05-1997).
C-242-06, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, (29-03-2006).

- C-244A, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (30-05-1996).
 C-245/95, M.P: Antonio Barrera Carbonell, (01-06-1995).
 C-248/99, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (21-04-1999).
 C-249/04, M.P: Jaime Araujo Renteria, (16-03-2004).
 C-252/01, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (28-02-2001).
 C-264/09, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva, (03-04-2009).
 C-276/06, M.P: Manuel José Cepeda et Marco Gerardo Monroy, (05-04-2006).
 C-285/02, M.P: Jaime Cordoba Trivino, (23-04-2002).
 C-291/96, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (13-06-1996).
 C-294/95, M.P: Jorge Arango Mejía, (06-07-1995).
 C-320/06, M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, (24-04-2006).
 C-330/00, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (22-03-2000).
 C-346/96, M.P: José Gregorio Hernández, (01-07-1996).
 C-347/97, M.P: Jorge Arango Mejía, (23-07-1997).
 C-358-96, M.P: Carlos Gaviria Diaz - José Gregorio Hernández Galindo, (14-08-1996).
 C-374/94, M.P: Jorge Arango Mejía, (25-08-1994).
 C-378/08, M.P: Humberto Sierra Porto, (23-04-2008).
 C-379/04, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (27-04-2004).
 C-379/96, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (22-08-1996).
 C-381/96, M.P: Hernando Herrera Vergara, (22-08-1996).
 C-383/00, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (05-04-2000).
 C-383/97, M.P: Fabio Morón Diaz, (19-08-1997).
 C-384/00, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, (05-04-2000).
 C-386/96, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (22-08-1996).
 C-388/96, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (22-08-1996).
 C-400-98, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (10-09-1998).
 C-406/99, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (02-06-1999).
 C-416/94, M.P: Antonio Barrera Carbonell, (22-09-1994).
 C-417/93, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (04-10-1993).
 C-426/02, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (29-05-2002).
 C-426/94, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (29-09-1994).
 C-431/95, M.P: Hernando Herrera Vergara, (20-09-1995).
 C-442/96, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (19-09-2006).
 C-446/97, M.P: Jorge Arango Mejía, (18-09-1997).
 C-451/95, M.P: Eduardo Cifuentes Munos, (04-10-1995).
 C-455/02, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, (12-06-2002).
 C-472/92, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (23-07-1992).
 C-479/92, M.P: José Gregorio Hernández, (13-09-1992).
 C-484/00, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (04-05-2000).
 C-513/94, M.P: Antonio Barrera Carbonell, (16-11-1995).
 C-536/98, M.P: Antonio Barrera Carbonnel et Carlos Gaviria Diaz, (07-10-1998).
 C-539/99, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (28-07-1999).
 C-541/92, M.P: Fabio Morón Diaz, (24-09-1992).
 C-543/92, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (01-10-1992).

- C-570/97, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (06-11-1997).
C-572/92, M.P: Ciro Angarita Baron, (28-10-1992).
C-573/98, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (14-10-1998).
C-574/92, M.P: Ciro Angarita Baron, (28-10-1992).
C-582/99, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (01-08-99).
C-590/05, M.P: Jaime Cordoba Trivino, (08-06-2005).
C-600/98, M.P: José Gregorio Hernández Galindo, (21-10-1998).
C-631/96, M.P: Antonio Barrera Carbonel, (21-11-1996).
C-662/04, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes, (08-06-2004).
C-672/99, M.P: Antonio Barrera Carbonel, (09-09-1999).
C-709/01, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (05-07-2001).
C-713/08, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, (15-07-2008).
C-800/05, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (02-08-2005).
C-836/01, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (09-09-2001).
C-876/00, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (12-07-2000).
C-893/01, M.P: Clara Ines Vargas Hernández, (22-07-2001).
C-900/03, M.P: Jaime Araujo Renteria, (07-10-2003).
C-914/04, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, (21-09-2004).
C-961/06, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (22-11-2006).
C-965/03, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (21-10-2003).
SU-014/01, M.P: Maria Victoria SÁCHICA Mendez, (17-01-2001).
SU-047/99, M.P: Carlos Gaviria Diaz, Alejandro Martínez Caballero, (29-01-1999).
SU-058/03, M.P: Eduardo Montealegre Lynett, (30-01-2003).
SU-091/00, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (02-02-2000).
SU-169/99, M.P: Antonio Barrera Carbonel, (17-03-1999).
SU-174/07, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (14-03-2007).
SU-195-1998, M.P: Vladimiro Naranjo Meza, (07-05-1998).
SU-600/99, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (18-08-1999).
SU-837/02, M.P: Manuel José Cepeda, (09-10-2002).
T-046/02 annulé par *auto* 027 du 02-04-2002, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (30-01-2002).
T-057/95, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (20-02-1995).
T-058/09, M.P: Jaime Araujo Renteria, (02-02-2009).
T-061/99, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (04-02-1999).
T-1017/06, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, (30-11-2006).
T-103/07, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (15-02-2007).
T-1031/07, M.P: Nilson Pinilla Pinilla, (03-12-07).
T-104/07, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (15-02-2007).
T-1089/02, M.P: Jaime Córdoba Trivino, (04-12-2002).
T-1114/08, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (07-11-2008).
T-117/09, M.P: Nilson Pinilla Pinilla, (24-02-2009).
T-1201/05, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (24-11-2007).
T-121/02, M.P: Jaime Cordoba Trivino, (22-02-2002).
T-1224/08, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (05-12-2008).

- T-1228/03, M.P: Alvaro Tafur Galvis, (05-12-2003).
 T-123/03, M.P: Jaime Córdoba Trivino, (20-02-2003).
 T-123/95, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (21-03-1995).
 T-136/03, M.P: Jaime Córdoba Triviño, (20-02-2003).
 T-148/10, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, (05-03-2010).
 T-187/02, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (14-03-2002).
 T-192/04, M.P: Marco Gerardo Monroy, (04-03-2004).
 T-204/98, M.P: Hernando Herrera Vergara, (13-05-1998).
 T-225/10, M.P: Mauricio González Cuervo, (23-03-2010).
 T-231/94, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, (13-05-1994).
 T-237/95, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (31-05-1995).
 T-244/07, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto, (30-03-07).
 T-249/95, M.P: Hernando Herrera Vergara, (01-06-1995).
 T-271/07, M.P: Nelson Pinilla Pinilla, (17-04-2007).
 T-299/96, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, (08-07-1996).
 T-311/09, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva, (30-05-2009).
 T-321/98, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (02-07-1998).
 T-407/93, M.P: Hernando Herrera Vergara, (28-09-1993).
 T-408/10, M.P: Maria Victoria Calle Correa, (27-05-2010).
 T-416/98, M.P: Alejandro Martínez Caballero, (12-08-1998).
 T-443/08, M.P: Mauricio González Cuervo, (08-05-2008).
 T-460/98, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (03-09-1998).
 T-461/03, M.P: Eduardo Montealegre Lynett, (05-06-2003).
 T-481/05, M.P: Jaime Araujo Renteria, (11-05-2005).
 T-533A/08, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (23-05-2008).
 T-567/98, M.P: Eduardo Cifuentes Munoz, (07-10-1998).
 T-568/99, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (10-08-1999).
 T-570/94, M.P: Carlos Gaviria Diaz, (07-12-1994).
 T-572/92, M.P: Jaime Sanín Greiffenstein, (26-10-1992).
 T-576/93, M.P: Jorge Arango Mejía, (10-12-1993).
 T-597/92, M.P: Ciro Angarita Barón, (09-12-1992).
 T-608/98, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, (27-10-1998).
 T-653/05, M.P: Rodrigo Escobar Gil, (23-06-2005).
 T-716/96, M.P: Antonio Barrera Carbonnell, (16-12-1996).
 T-782/10, M.P: Humberto Sierra Porto, (30-09-2010).
 T-790/10, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, (01-10-2010).
 T-800/04, M.P: Alfredo Beltrán Sierra, (26-08-2004).
 T-839/05, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, (12-08-2005).
 T-904/09, M.P: Mauricio Gonzales Cuervo, (04-12-2009).
 T-920/04, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, (23-09-004).
 T-972/07, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto, (15-11-2007).

Conseil supérieur de la Magistrature

110010102000 200501242 00 (57 III 05), M.P: Fernando Corral Villota, (16-08-2006).
110010102000 200601332 00 M.P: Temistocles Ortega Narvaez, (15-03-2007).
11001010200020021649 01, M.P: Temistocles Ortega Narvaez, (09-10-2002).
110010102000200402714 00, M.P: Temistocles Ortega Narvaez, (03-02-2005).
11001010200020050168900, M.P: Leonor Perdomo Perdomo, (27-09-2006).
11001010200020050230700 00, M.P: Angelino Lizcano Rivera, (19-11-2009).
11001010200020060005800160-27, M.P: Julia Emma Garzon de Gomez, (13-08-2008).
11001010200020060025800, M.P: Temistocles Ortega Narvaez, (16-03-2006).
200500121 (7 – 18), M.P: Jorge Alonso Flechas Diaz, (14-02-2005).
760011102000200901277 01, M.P: Rapporteur: Nancy Angel Müller, (08-10-2009).

Sentences arbitrales

Aguilar & Cia. Ltda. Construcciones vs. Fondo Vial Nacional, M.P: Otto Morales Benítez, Álvaro Tafur Galvis, Francisco Zuleta Holguín, (09-11-1981).
Alianza Fiduciaria S.A. vs Fiduciaria integral S.A en liquidacion, M.P: David Luna Bisbal, Marcela Castro de Cifuentes, Mario Gamboa Sepulveda, (18-09-2003).
Alpopular Almacén General de Depósitos S.A. vs. Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN M.P: Álvaro Mendoza Ramírez, Fernando Montoya Mateus, César Torrente Bayona, (16-02-2004).
Araujo & Segovia S.A. vs. Supertiendas y droguerías Olimpica S.A, M.P: Arnaldo Mendoza Torres, Luis Alfonso Iriarte Uparela, Jaime Tello Silva, (12-03-2010).
Augusto Moreno Murcia, Construcciones Exclusivas Limitada Coex Ltda. Y Bogotá, Distrito Capital - Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP - vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros M.P: Juan Pablo Riveros Lara, Luis Fernando Salazar López, Andrés Jaramillo Hoyos., (18-03-2004).
Camacol - Comfamiliar Camacol vs. Cajanal E.P.S., M.P: Mauricio Fajardo Gomez, Ignacio Mejía Velasquez, Jesús Vallejo Mejía, (29-05-2003).
Caracol Televisión S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión M.P: Consuelo Sarria Olcos, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Ernesto Rengifo García, (01-10-2002).
Carlos José Mayoral Martínez vs. Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación M.P: Eduardo Fonseca Prada, Sandra Morelli Rico, Mauricio Fajardo Gómez, (09-04-2003).
Casa Editorial El Tiempo S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión M.P: Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Suescun Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía, (19-08-2003).
Celcenter LTDA. “En Liquidación” vs. COMCEL S.A, M.P: Sergio Rodriguez Azuero, Camila de la Torre Blanche, Juan Pablo Cárdenas Mejía, (13-08-2010).
Compañía de Estudios e Interventorías S.A. CEI vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU M.P: Hernando Herrera Mercado, Libardo Rodríguez Rodríguez y William Namén Vargas, (10-04-2003).
Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. vs. Fondo Vial Nacional, M.P: Hernando Morales Molina, Carlos Holguín Holguín y Aurelio Camacho Rueda, (06-05-1981).

- Conavi vs. Concreto S.A.*, M.P: Rafael H. Gamboa Serrano, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, (16-02-2004).
- Concesionaria Vial de Los Andes S.A. vs. Instituto Nacional de Vías – Invías*, M.P: Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández (29-07-2004).
- Concesiones CCFC S.A. vs. Instituto Nacional de concesiones INCO*, M.P: Sandra Morelli Rico, William Barrera Muñoz, Antonio Gómez Merlano, (25-09-2008).
- Condec vs. Idema*, M.P: Samuel Arango Reyes, Cesar Gomez Estrada, Jorge Gabino Pinzon, (16-07-1974).
- Consortio Cosacol-Hanover vs. Ecopetrol, Ecogas*, M.P: María Cristina Morales, Cesar Gómez Estrada, José Alejandro Bonivento, (28-08-2002).
- Consortio Procam Ltda. y Ossa Cía. S. en C. vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá* M.P: Jorge Eduardo Chemas Jaramillo, Carlos Eduardo Manrique Nieto, William Namén Vargas, (31-03-2004).
- Consortio Tibu vs. Ecopetrol*, M.P: Margarita Ricaurte de Bejarano, Antonio José de Irisarri Restrepo y Aurelio Martínez Canabal, (26-10-2004).
- Constructora C & R S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías*, M.P: Juan Pablo Cárdenas Mejía, José Alejandro Bonivento Fernández, Álvaro Escobar Henríquez, (15-03-2002).
- Diego Fernando Londoño Reyes vs. Comisión Nacional de Televisión*, M.P: Martha Clemencia Cediél Peña, Jorge Enrique Ibañez Najar, Alvaro Mendoza Ramirez (opinion individuelle). (02-09-2002).
- Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP*, M.P: Carlos Darío Barrera Tapias, Sergio Muñoz Laverde (Opinion individuelle), Carlos Alberto Navia Raffo, (15-07-2002).
- Ecopetrol vs. Antonio José Vera Nieto*, M.P: Policarpo Castillo Dávila, Humberto Mesa Gonzalez y Carlos Vega Duarte, (31-05-1978).
- Electrohidráulica Ltda. Representaciones, Conhydra S.A. ESP, Jaime Herrán Mesa Consultoría Ltda. y Ecoaseo S.A. ESP vs. Municipio de Ubaté* M.P: Martha Cediél de Peña, Antonio Aljure Salame, Eduardo Fonseca Prada, (03-07-2003).
- Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP* M.P: Jorge Suescún Melo, María Cristina Morales De Barrios, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, (21-10-2004).
- Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá vs. Estruco* M.P: Otto Morales Benítez, Jorge Vélez García, Gilberto Arango Londoño, (15-08-84).
- Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom ESP* M.P: Bernardo Carreño Varela, Sandra Morelli Rico, Enrique Vargas Lleras, (21-05-2003).
- Empresarial consultores limitada vs. Banco de Bogotá*, M.P: Juan Manuel Garrido Diaz, Pilar Salazar Camacho, Jorge Lara Urbaneja (11-10-2010).
- ETB vs. Tribunal de arbitramento* M.P: Jaime Araujo Renteria, (02-02-2009).
- Ferrocarriles Nacionales vs. Francisco Stella Ibáñez y Ramón González Nieto*, M.P, (20-08-1976).
- Fresenius Medical Care vs. Hospital el Tunal*, M.P: Miguel Camacho Olarte, Melba Arias Londoño, David Luna Visbal, (19-05-2009).

Fundación para el Desarrollo de las Ciencias de la Comunicación Social, Fundemos IPS vs. Cajanal EPS M.P: Pedro José Bautista Moller, Diego Younes Moreno, Diana Patricia Salom Rubio, (21-10-2002).

Hyundai Corporation vs. Sociedad portuaria regional de Buenaventura, M.P: Dario Laguado Monsalve, Guillermo Sarmiento Rodríguez, Camilo Calderon Rivera, (12-12-2003).

Industri vs. Sap Andina y del Caribe C.A. en Colombia, M.P: Ruth Elena Galvis Vergara, (10-03-2010).

Ingelcom Ingeniería electrónica y de telecomunicaciones vs. Grupo Inversiones Filigrana S.A, M.P: Isaac Devis Granados, Nestor Fagua Guauque, Ximena Tapias Delporte, (19-03-2010).

Ingenieros Civiles Asociados S.A. ICA de México vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, M.P: Luis Carlos Neira Archila, Miguel Aguilera Rogers y Álvaro Esguerra Castillejo., (27-06-1981).

Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte vs. Reforestación y parques S.A., M.P: Patricia Mier Barros, Luis Guillermo Dávila Vinueza, Mauricio Fajardo Gómez (14-11-2003).

Inversiones Petroleras S.A. vs. Repsol Exploración – Petrocanadá M.P: Carlos Holguín, Antonio de Irisarri, Fernando Medina, (21-09-1994).

José Manuel Latorre vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU M.P: Alfredo Vásquez Villarreal, Jorge Luis Chalela Mantilla, Camilo González Chaparro, (03-04-2002).

Leonardo Mazón Páramo vs. Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte M.P: Luis Fernando Villegas Gutiérrez, (16-02-2001).

Mario Nigrinis Sánchez y Emilio Gil Giraldo vs. Instituto Nacional de Vías M.P: Adelaida Angel Zea, Alberto Diaz Rubio, David Barbosa Mutis, (21-07-2003).

Mario Nigrinis Sánchez y Emilio Gil Giraldo vs. Instituto Nacional de Vías M.P: César Torrente Bayona, Carlos Paz Mendez, Libardo Rodríguez (opinion individuelle), (31-07-2003).

Nortel Networks de Colombia S.A. vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom M.P: Gilberto Peña Castrillón como presidente, María Teresa Palacio Jaramillo, Álvaro Mendoza Ramírez, (20-04-2001).

Producciones JES Ltda. vs. Comisión Nacional de Televisión, M.P: Carmenza Mejia Martínez, Enrique Laverde Gutierrez, Hernando Herrera Mercado, (24-06-2010).

Punto Celular Ltda. vs. Comcel S.A., M.P: David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde, Pedro Nel Escorcia, (23-02-2007).

RCN Televisión S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión, M.P: Fernando Sarmiento Cifuentes, Gilberto Alzate Ronga, Rodrigo Noguera Calderón, (26-11-2001).

Servicios Médicos Integrales de Salud Ltda. vs. Caja Nacional de Previsión Social —Cajanal— M.P: Hernando Herrera Mercado, (08-03-2004).

Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá vs. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Martha Clemencia Cediél de Peña, Felipe de Vivero Arciniégas, (11-06-2004).

Sociedad Dragados Hidráulicos Ltda. vs. La Nación - Ministerio de Transporte, M.P: Patricia Mier Barros, Carlos González Vargas, Héctor Romero Díaz, (28-02-2001).

Sociedad portuaria Regional de Buenaventura S.A. vs. Hyundai Corporation, M.P: Gustavo Cuberos Gomez, Maria Clara Michelsen Soto, Miguel Agilera Rogers, (30-09-2003).

Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. vs. Superintendencia General de Puertos, M.P: Ricardo Venegas Beltrán, Carlos Del Castillo Restrepo, Héctor J. Romero Díaz, (09-04-2003).

Transportadora de gas del interior TGI vs. Ecogas, M.P: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Marcela Monroy Torres, Alejandro Linares Cantillo, (02-09-2009).

Tren de occidente S.A. vs. Inco, M.P: Germán Alonso Gómez Burgos, Fernando Sarmiento Cifuentes, David Luna Bisbal, (20-05-2011).

Vesna Zorka Mimica Mimica vs. Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduciaria S.A., M.P: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Jorge Suescún Melo, Hernán Fabio López, (28-11-2001).

Table des annexes

Annexe 1 : traités.....	623
Annexe 2 : statistiques sur l'instance arbitrale	625
Annexe 3 : statistiques sur le recours en annulation.....	629
Annexe 4 : statistiques sur l'action de <i>tutela</i>	637
Annexe 5 : durée moyenne de l'arbitrage	640
Annexe 6 : tableaux statistiques.....	Tome annexe

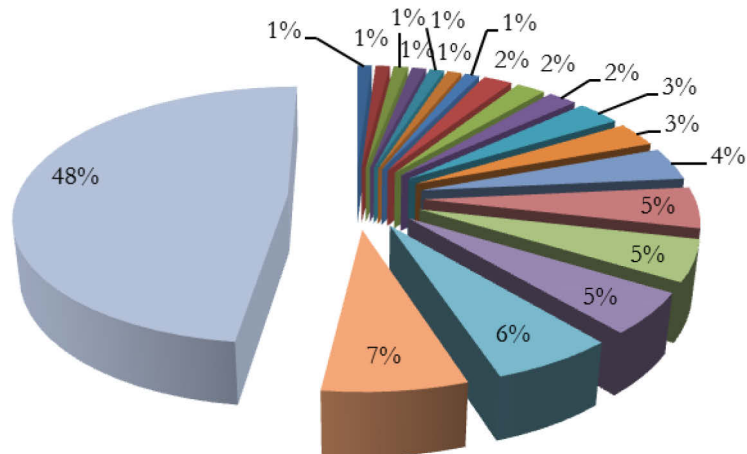
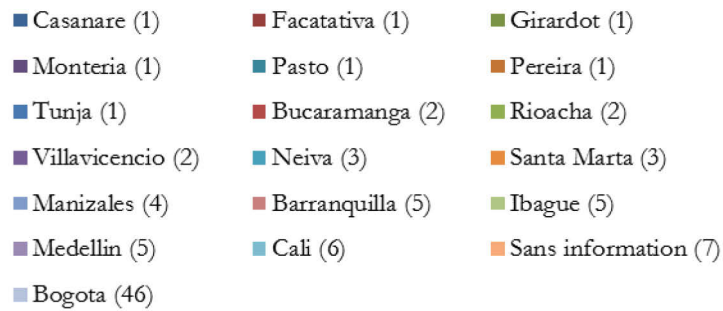
Annexe 1 : traités

Traités bilatéraux et multilatéraux suscrits par la Colombie				
Parties	Souscription	Loi qui approuve le traité	Contrôle de constitutionnalité	Entrée en vigueur
G-3	13/06/1994	172 de 1994	C-178/95	01/01/1995
Cuba	16/07/1994	245 de 1995	C-379/96 Inconstitutionnalité partielle	
Royaume Uni et Irlande du Nord	09/03/1994	246 de 1995	C-358/96 Inconstitutionnalité partielle	
Pérou	26/04/1994	279 de 1997	C-008/97 Inconstitutionnalité partielle	16/05/1996
Royaume d'Espagne	09/06/1995	473 de 1998	C-494/98 Inconstitutionnalité partielle	
Chili	22/01/2000	672 de 2001	C-294/02	
Royaume d'Espagne	31/03/2005	1069 de 2006	C-309/07	22/09/2007
Confédération Suisse	17/05/2006	1198 de 2008	C-150/09	06/10/2009
Etats Unis	22/11/2006	1143 de 2011	C-750/08	
Chile	27/11/2006	1189 de 2008	C-031/09	
Pérou	11/12/2007	1342 de 2009	C-377/10	
Chine	22/11/2008	1462 de 2011	En contrôle de constitutionnalité 25/07/2011	
Canada	21/11/2008	1143 de 2007	C-750/08	
Belgique	01/02/2009	Projet de loi en discussion		
Royaume Uni et Irlande du Nord	19/05/2009	1464 de 2009	En contrôle de constitutionnalité 25/07/2011	
Japon	12/09/2011			

Annexe 2 : statistiques sur l'instance arbitrale

Statistiques calculées sur 103 sentences arbitrales étudiées directement et 97 sentences étudiées à travers les informations présentées dans les décisions en annulation

LIEU DE L'ARBITRAGE Informations obtenues des 97 décisions d'annulation

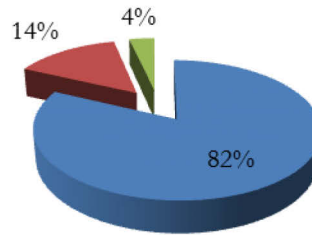


Voir tableau n° 1

DEMANDEUR DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

Informations obtenues des 200 sentences arbitrales et
décisions d'annulation du Conseil d'Etat

■ Personne privée (165) ■ Personne publique (28) ■ Contrat interadministratif (7)

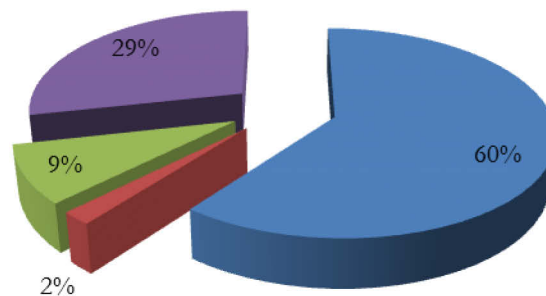


Voir tableau n° 2

DISPOSITIF DE SENTENCES ARBITRALES

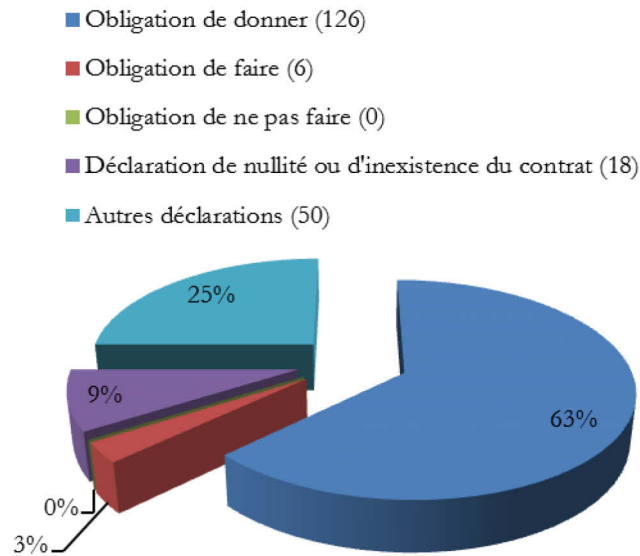
Informations obtenues des 200 sentences arbitrales et
décisions d'annulation du
Conseil d'Etat

■ condamne l'entité publique (121)
■ condamne les deux parties (4)
■ déclare la nullité ou inexistance (18)
■ ne condamne pas l'entité publique (57)



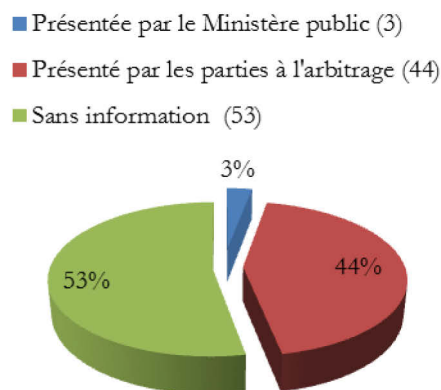
Voir tableau n° 3

NATURE DE LA CONDAMNATION Informations obtenues des 200 sentences arbitrales et des décisions d'annulation du Conseil d'Etat



Voir tableau n° 4

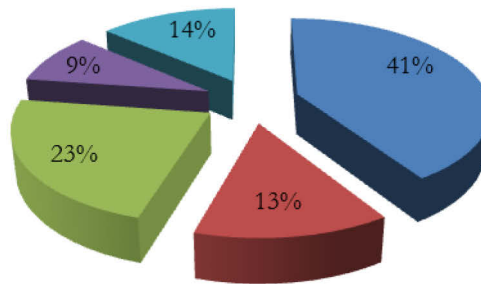
DEMANDE DE RECTIFICATION, CORRECTION OU COMPLEMENT DE LA SENTENCE ARBITRALE Informations obtenues des 97 décisions d'annulation du Conseil d'Etat



Voir tableau n° 4 bis

**DECISION DES ARBITRES SUR LA
RECTIFICATION, CORRECTION OU
COMPLEMENT DE LA SENTENCE ARBITRALE**
Informations obtenues des 44 décisions d'annulation du
Conseil d'Etat renseignées

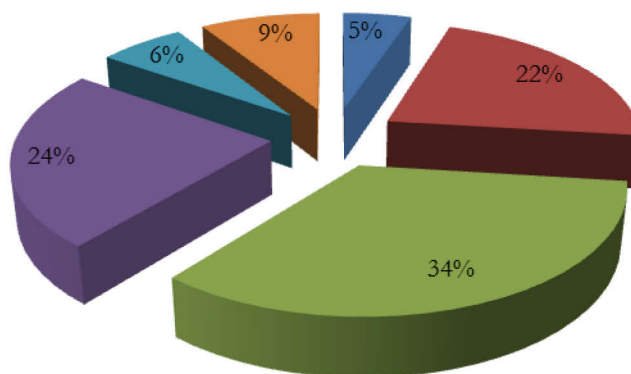
- Rejet de la demande (18)
- Rectification (6)
- complémentation (10)
- Rectification et correction (4)
- Correction (6)



Voir tableau n° 4 bis

**DUREE DE L'INSTANCE ARBITRALE
FRACTIONNEE PAR MOIS**
Informations obtenues de 156 sentences arbitrales et
décisions d'annulation du Conseil d'Etat renseignées

- Entre 1 et 6 mois (8)
- Entre 7 et 12 mois (34)
- Entre 13 et 18 mois (53)
- Entre 19 et 24 mois (37)
- Entre 25 et 30 mois (10)
- Plus de 31 mois (14)

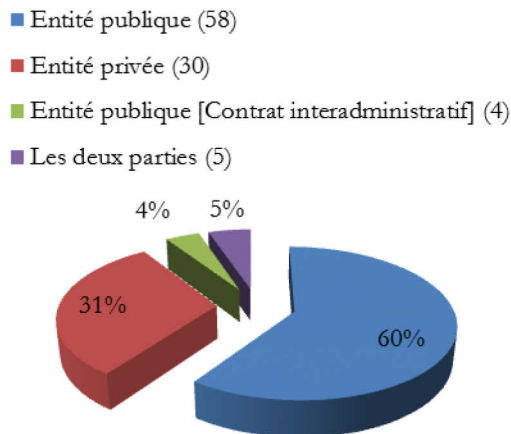


Voir tableau n° 5

Annexe 3 : statistiques sur le recours en annulation

REQUERANT

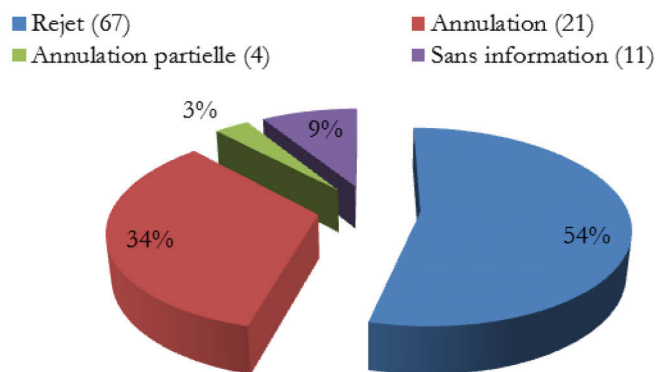
Informations obtenues de 97 décisions d'annulation du Conseil d'Etat



Voir tableau n° 6

INTERVENTION DU MINISTERE PUBLIC

Informations obtenues des 97 décisions d'annulation

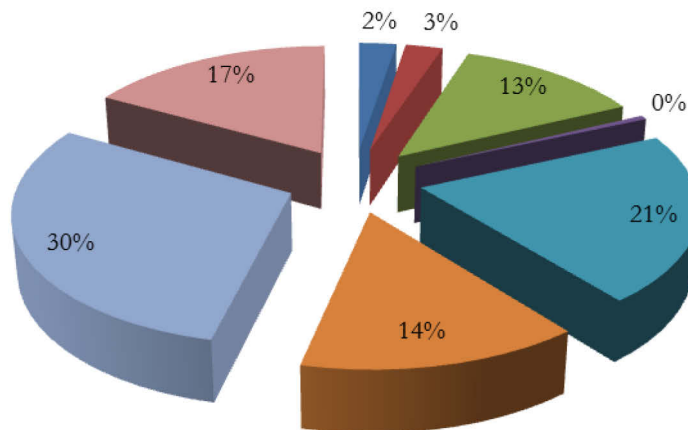


Voir tableau n° 7

MOTIFS D'ANNULATION

Informations obtenues des 97 décisions d'annulation du Conseil d'Etat

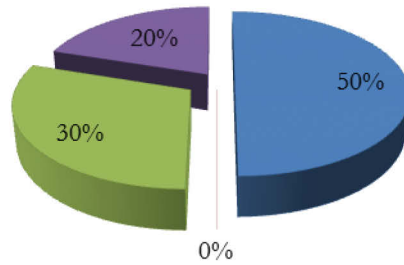
- Nullité de la convention d'arbitrage (5)
- Constitution irrégulière du Tribunal arbitral (5)
- Preuves (25)
- Sentence rendue hors du délai (1)
- Sentence rendue en conscience (41)
- Erreurs arithmétiques et contradictions dans le dispositif de la sentence (28)
- Sentence extra et ultra petita (58)
- Sentence infra petita (33)



Voir tableau n° 8

NULITE ABSOLUE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

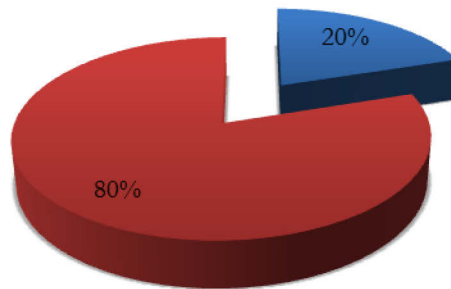
- Requête rejetée (5)
- Requête accordée (0)
- Déclaration d'office (3)
- Déclaration d'inexistence d'office (2)



Voir tableau n° 8

5 REQUETES EN ANNULATION POUR CONSTITUTION IRREGULIERE DU TRIBUNAL ARBITRAL

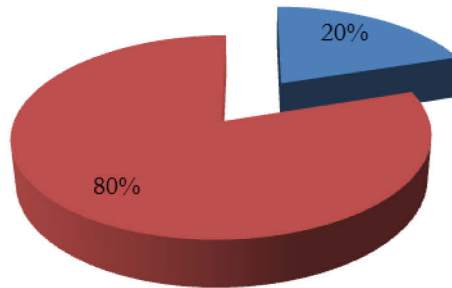
- Requête accordée (1)
- Requête rejetée (4)



Voir tableau n° 8

5 REQUÊTES EN ANNULATION RELATIVES AUX PREUVES

■ Requetes accordées (1) ■ Requetes rejetees (4)

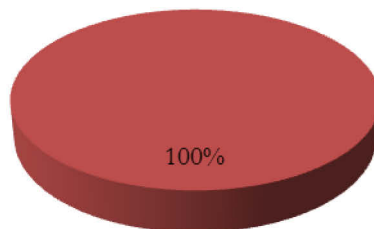


Voir tableau n° 8

1 REQUETE EN ANNULATION POUR SENTENCE ARBITRALE RENDUE HORS DU DELAI

■ Requetes accordées (0) ■ Requetes rejetees (1)

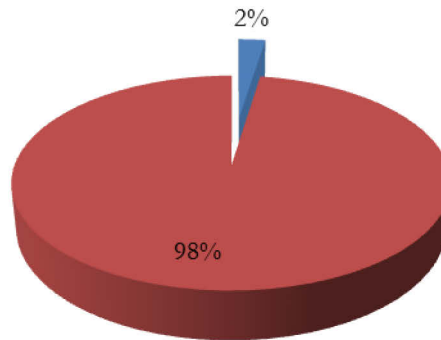
0%



Voir tableau n° 8

41 REQUÊTES EN ANNULATION POUR SENTENCE RENDUE EN CONSCIENCE

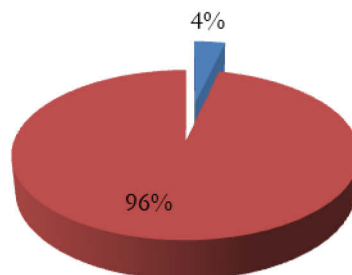
■ Requetes accordées (1) ■ Requetes rejetées (40)



Voir tableau n° 8

28 REQUÊTES EN ANNULATION POUR ERREURS ARITHMETIQUES ET CONTRADICTIONS DANS LE DISPOSITIF DE LA SENTENCE ARBITRALE

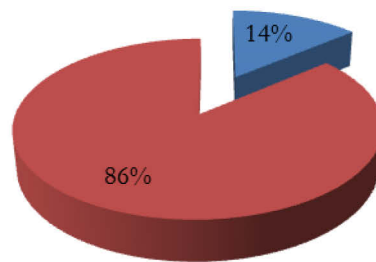
■ Requetes accordées (1) ■ Requetes rejetées (27)



Voir tableau n° 8

58 REQUETES EN ANNULATION POUR SENTENCE ARBITRALE *EXTRA ET ULTRA PETITA*

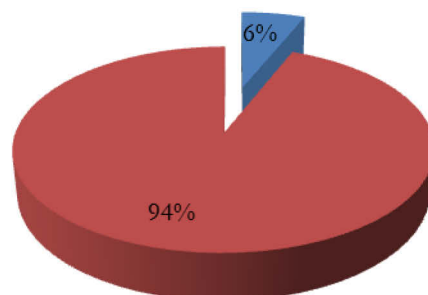
■ Requetes accordées (8) ■ Requetes rejetees (50)



Voir tableau n° 8

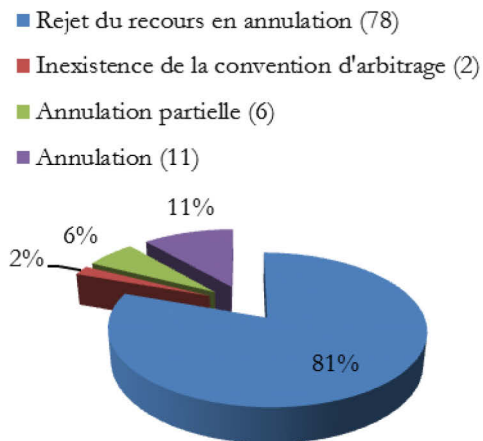
33 REQUETES EN ANNULATION POUR SENTENCE ARBITRALE *INFRA PETITA*

■ Requetes accordées (2) ■ Requetes rejetees (31)



Voir tableau n° 8

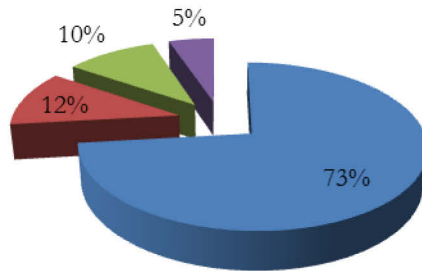
**DISPOSITIF DE LA DECISION
DU CONSEIL D'ETAT**
Informations obtenues des 97 décisions d'annulation
du Conseil d'Etat



Voir tableau n° 9

ACCORD DES CONSEILLERS D'ETAT POUR RENDRE LA DECISION D'ANNULATION Informations obtenues des 97 décisions d'annulation du Conseil d'Etat

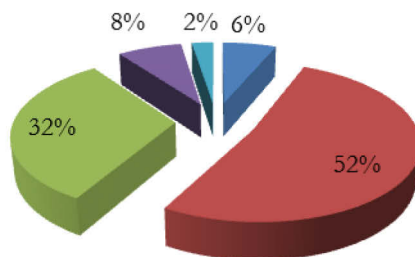
- Unanimité (71)
- Désaccord avec les motifs de la décision (Opinion individuelle 11)
- Désaccord avec le dispositif de la décision (Opinion dissidente 10)
- Désaccord avec les motifs et le dispositif (opinion individuelle et dissidente 5)



Voir tableau n° 10

DUREE DE L'ANNULATION PAR MOIS Informations obtenues de 97 décisions d'annulation rendues par le Conseil d'Etat

- De 1 à 6 mois (5)
- De 7 à 12 mois (41)
- De 13 à 18 mois (25)
- De 19 à 24 mois (6)
- Plus de 31 mois (2)

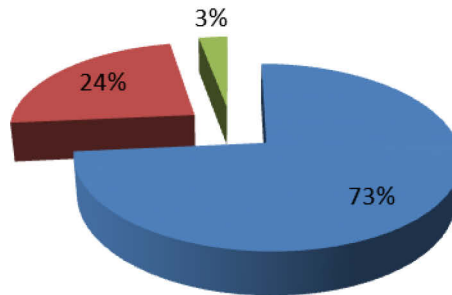


Voir tableau n° 11

Annexe 4 : statistiques sur l'action de tutela

REQUERANT DE L'ACTION DE TUTELA Informations obtenues des 34 décisions de révision de la Cour constitutionnelle

■ Personne privée (25) ■ Personne publique (8) ■ Ministère public (1)

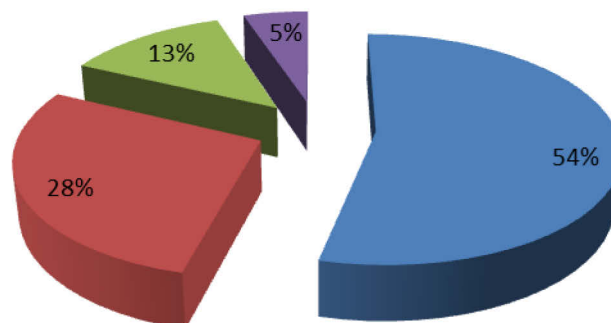


Voir tableau n° 12

DEFENDEUR DANS LA PROCEDURE DE L'ACTION DE TUTELA

Informations obtenues de 34 décisions de révision de la
Cour constitutionnelle

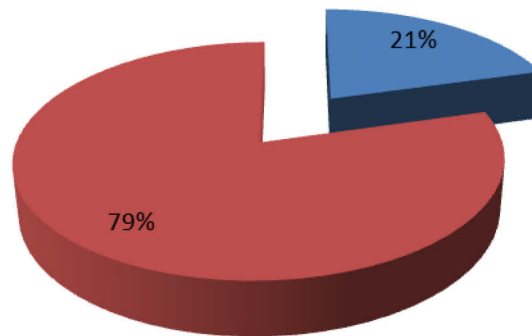
■ Tribunal arbitral (21) ■ Juge étatique (11) ■ Parties à l'arbitrage (5) ■ Un autre (2)



Voir tableau n° 13

DECISION DE *TUTELA* DU JUGE DE PREMIERE INSTANCE
Informations obtenues des 34 décisions de révision de la Cour constitutionnelle

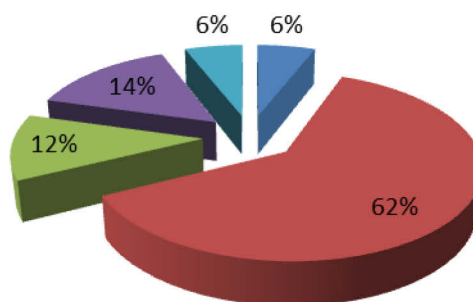
■ accorde la protection (7) ■ rejette la protection(27)



Voir tableau n° 14

DECISION DE *TUTELA* DU JUGE DE DEUXIEME INSTANCE
Informations obtenues des 34 décisions de révision de la Cour constitutionnelle

■ confirme l'accord (2) ■ confirme le rejet (21) ■ revoque et accorde (4)
■ revoque et rejette (5) ■ sans appel (2)

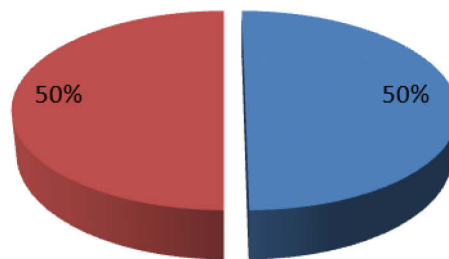


Voir tableau n° 14

POSITION DE LA COUR QUANT AUX DECISIONS PRECEDANTES

Informations obtenues des 34 décisions de révision de la Cour consitutionnelle

■ Décision uniforme des trois instances (17) ■ Décision différente de la Cour (17)

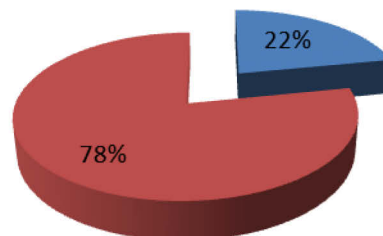


Voir tableau n° 14

DUREE MOYENNE DE L'ACTION DE TUTELA 10,5 MOIS

■ Durée moyenne entre les décisions de première et deuxième instance (2,3 mois)

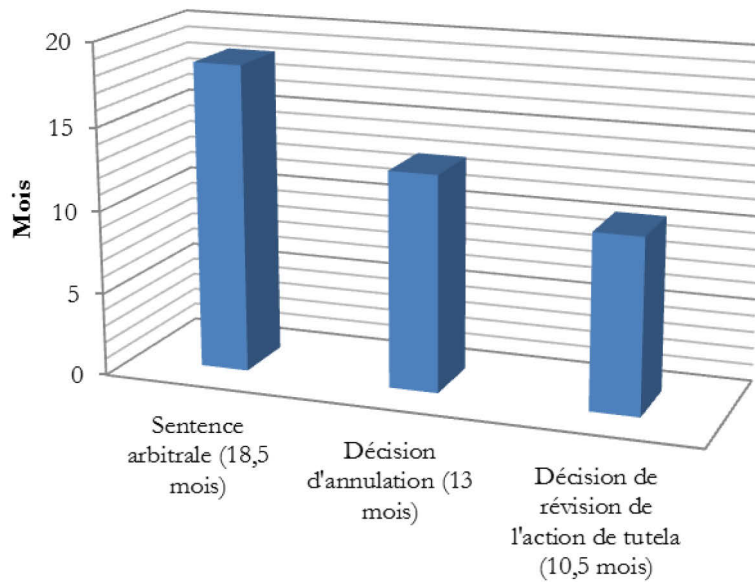
■ Durée moyenne entre les décisions de deuxième instance et de révision (8,2 mois)



Voir tableau n° 15

Annexe 5 : durée moyenne de l'arbitrage

DUREE MOYENNE DE L'ARBITRAGE EN CAS D'UTILISATION DE TOUS LES RECOURS JURIDICTIONNELLES 42 mois (3,5 ans)



Voir tableau n° 16

Index

A

acte administratif

acte administratif particulier	246
acte de délégation	522
contrôle de validité	333
critères de définition	328
critères de qualification en matière d'arbitrage	328
édicte par l'administration en vertu de ses	
pouvoirs exceptionnels	207
notion	327

acte administratif contractuel

approche critique de la notion	231
compétence exclusive de la juridiction	
administrative	234

action de *tutela*..... 526

actes juridictionnels	199
admissibilité	561
admissibilité en matière d'arbitrage	561
approche critique.....	214
article 86 de la constitution.....	547
Centrimed vs. Hospital Militar Central	
T-136/03.....	423
Cisa vs. Département du Cauca	
SU-174/07	213
décisions des juridictions suprêmes.....	546
décisions juridictionnelles	548
définition.....	198
voie de fait juridictionnelle.....	552
effets.....	549
finalité	198
juge compétent	545, 549
statistiques de décisions de révision de la Cour	
constitutionnelle.....	562
voie de fait juridictionnelle	199, 208
admissibilité.....	547
défaut de fait.....	551

défaut organique	213, 550
défaut procédural	550
défaut substantiel	551
effets	551
motifs.....	550
spécificité en matière d'arbitrage.....	557

arbitrabilité

Sens juridique	73
----------------------	----

arbitrabilité objective

acte administratif	
actes administratifs matériels	239
article 14 de la loi 80 de 1993.....	255
Commission de régulation	246
conséquences économiques.....	235
contrôle de légalité.....	208
débats jurisprudentiels	329
qualification.....	244
réel acte administratif	240, 242
susceptible de transaction.....	252
"acte administratif contractuel"	233
décompte unilatéral du contrat public	241
évolution.....	234
le Conseil d'Etat dépasse l'interprétation de la	
Cour constitutionnelle.....	245
le Conseil d'Etat rejoint l'interprétation de la	
Cour constitutionnelle.....	243
ancrage légal	173
consolidation de la jurisprudence.....	257
débats jurisprudentiels	227
domaine arbitral.....	194
droits subjectifs	258
en absence des clauses exceptionnelles.....	193
évolution avant la loi 80 de 1993.....	228
litiges intransigibles.....	177
litiges transigibles	175
modulation des principes généraux du droit.....	246
notion.....	75

Porvenir vs. Incoder	255	capacité des entités publiques	133
portée.....	256	coexistence des sources	122
principe de légalité		conflit des règles internes et internationales	
libre disponibilité	187	prohibition arbitrage <i>ad hoc</i> et institutionnel	358
arbitrabilité subjective		consentement des entités publiques	
autorisation de compromettre		interprétation juridictionnelle	146
destinataires.....	82	convention d'arbitrage.....	132
capacité de compromettre		consentement.....	142
régimes spéciaux	92	<i>Corelca vs. Westing House</i>	541
notion.....	75	critères de qualification	149
arbitrage		critères économiques	159
« indépendant ».....	347, 351	critères juridiques	153
« légal ».....	347	droit applicable	479
ad hoc	347	droit colombien des contrats publics.....	153
arbitrage et justice étatique.....	14	En absence de convention d'arbitrage classique	
assemblée constituante	278	123
célérité.....	215	évolution.....	49
concept	16	expropriation	
garanties procédurales substantielles	562	équité.....	115
idée de justice.....	509	<i>Ferrovias vs. Drummond</i>	157, 541
institutionnel	347, 351	immunité de juridiction	415
interdiction pour les personnes publiques		institutionnel	
droit français	31	<i>Corelca vs. Westing House</i>	356
intérêt général.....	191	<i>Termorio</i>	356
nature juridictionnelle.....	323	interaction des sources	125
nature volontaire	510	internationalité fictive.....	156
notions voisines.....	25	investissements	478
obligations des parties.....	288	obstacles constitutionnels.....	117
prohibition de l'arbitrage <i>ad hoc</i> et institutionnel		offre d'arbitrage	
pour les entités publiques.....	350, 356, 362	Traité d'investissement.....	127
types d'arbitrage	347	offre unilatérale.....	125
arbitrage des contrats publics		sources.....	112
application du régime du droit commun de		<i>Termorio</i>	147, 156, 541
l'arbitrage.....	266	traités	119
régime juridique en vigueur	69	transformation de la violation du contrat en	
réserve d'interprétation constitutionnelle		violation du traité	128
C-1436/00	207	types d'arbitrage.....	352
statut des contrats publics	273	arbitrage interne	
Termorio		article 116 de la Constitution de 1991	47
approche critique	387	autorisation jurisprudentielle.....	39
arbitrage en droit	93, 470	constitutionnalisation	199, 273, 280
arbitrage international		coûts de l'arbitrage et gratuité de la justice	289
affectation des intérêts du commerce		définition légale.....	174
international	160	demande	446
autorisation des entités publiques	146	droit au recours.....	461

durée de l'arbitrage		pouvoirs juridictionnels	326
attitude des parties au litige	425	sur les « actes administratifs contractuels »	333
en équité		sur les actes administratifs	326
<i>Ferrocarriles Nacionales</i>	43	sur les contrats	326
évolution	38	qualités	305
évolution constitutionnelle	276	récusation et conflits d'intérêt	299
évolution du régime juridique	349	responsabilité	306
incidence de la constitution	273	d'autres cas de responsabilité	314
instruments de contrôle	512	responsabilité civile	313
obligatoire	286	responsabilité disciplinaire	315
régime juridique	40	responsabilité pénale	318
arbitre		responsabilité personnelle	311
avocat	302	sanction	
contrôle de licéité de la cause du contrat public		annulation de la sentence arbitrale	534
.....	393	remboursement des honoraires	436
convention d'arbitrage		sanctions disciplinaires	316
nullité absolue	385	arbitre et juge étatique	
corruption	319	assimilation	296
devoir de déclarer d'office la forclusion de		arbitre international	
l'action	454	loi colombienne	168
expert	302	autonomie de la volonté	94, 95, 434
honoraires	534	choix de la procédure arbitrale	352
contestation	291	de l'administration	94
impartialité			
définition	297		
<i>imperium</i>	324		
incompétence	178		
indépendance	298		
intervention d'office	485		
investiture	372		
jurisdiction	324		
mesures provisoires	339		
mission et/ou fonction juridictionnelle	322		
mission juridictionnelle	101, 286, 322		
nationalité	45, 304		
nomination	367		
effets	372		
juge d'appui	369		
particularités en matière de contrats publics			
.....	371		
régularité	372		
pouvoir de sanctionner le non-respect des			
normes impératives	392		
pouvoirs d'administration judiciaire	337, 338		
pouvoirs des juges	325		
		B	
		biens publics	341
		saisissabilité	500
		C	
		capacité	
		cocontractants des entités publiques	135
		notion	77
		Organismes internationaux	141
		parties à l'arbitrage international	133
		Personnes morales de droit public	77
		Personnes morales de droit public étrangères ..	141
		capacité contractuelle	
		entités publiques	83
		entités sans personnalité juridique	84
		capacité et compétence	
		règles d'habilitation	78
		catégorie juridique	
		définition	348
		cause du contrat	400

définition	393	conflit positif de compétence	
cause illicite	381, 520	<i>Centrimed vs. Hospital Militar Central</i>	422
cause licite	383	problèmes découlant des actes administratifs ..	409
cession de la position contractuelle	432	saisine simultanée ou successive d'une	
CIRDI		Commissions de régulation et d'un Tribunal	
différends d'ordre juridique.....	158, 162	arbitral	407
investissement		<i>ETB vs. Celcaribe, Comunicación celular, Comcel,</i>	
notion	124, 162, 163	<i>Ocel et Telefónica</i>	410
clause attributive de compétence exclusive		Tribunal arbitral et autorités juridictionnelles..	413
juridiction interne.....	122, 127	conflit de juridiction	420
clause compromissoire		consentement	
autonomie.....	103	Formation.....	96
définition légale.....	93, 379	pour les entités publiques.....	95
clauses exceptionnelles		règles d'interprétation	144
actes administratifs unilatéraux	192	consentement réel.....	127
conditions de stipulation	183	contentieux objectif	259, 333
continuité du service public.....	182, 195	contentieux subjectif.....	333
juridiction administrative.....	193	contrat	
régimes spéciaux des contrats publics.....	184	rôle de l'administration et de l'Etat	79
statut des contrats publics	182	contrat public	
compétence		acte administratif	
acte de délégation.....	522	pouvoirs exceptionnels.....	245
Commissions de régulation.....	408	acte administratif unilatéral d'attribution	
notion.....	77	nullité.....	391
nullité de l'acte de délégation	522	actes illicites	394
compétence des arbitres	336	autonomie de la volonté	189, 190
acte administratif		bonnes mœurs	393
droits patrimoniaux.....	207, 337	cas d'incompatibilité	396
"acte administratif contractuel"	246	cas de non honorabilité	382, 396
<i>jurisdiction</i>	337	cause	393
libre disponibilité du litige	335	cause du contrat	
limites constitutionnelles	201	contrôle subjectif.....	402
<i>Porvenir vs. Incoder</i>	255, 337	cause illicite	400
pouvoirs exceptionnels de l'administration	210	<i>Lagarge</i>	404
compétence exclusive		<i>World Duty Free Company vs. Republic of Kenya</i>	405
juridictions internes	130	causes de nullité absolue.....	383
compétences implicites	197	clauses exceptionnelles	192
compromis		coexistence des régimes de droit public et de droit	
solennités.....	108	privé.....	265
conciliation	278	contôle de la cause du contrat public par l'arbitre	
effets économiques des actes administratifs.....	253	393
extra-juridictionnelle	455	contrat public colombien.....	19
conflit de compétence	407	convention d'arbitrage	
conflit négatif de compétence	417	régime juridique applicable	381
<i>L&A vs. IDU</i>	418	corruption.....	395

définition.....	190	ordre public	336
détournement de pouvoir.....	400	convention d'arbitrage	
"actes unilatéraux et contractuels".....	402	autonomie de la clause compromissoire	382
contrôle objectif.....	402	cause illicite	403
efficacité et/ou effectivité de l'arbitrage.....	463	causes de nullité absolue des contrats publics	383
incompatibilité.....	382	cessation des effets.....	375
liberté contractuelle.....	471	changement de la position contractuelle.....	431
modes de résolution des litiges.....	22	clause « pathologique ».....	416
moralité administrative.....	395	compétence du fonctionnaire pour célébrer la	
nullité absolue		convention d'arbitrage	522
causes	380	conditions pour la stipulation.....	133
pluralité de régimes	89	consentement.....	523
pouvoir de sanction de l'administration.....	185	consentement dissocié	99
pouvoirs exceptionnels		contrôle de conformité à l'ordre public.....	383
exercice restreint dans les contrats publics.....	181	contrôle de validité effectué par l'arbitre.....	379
pouvoirs exceptionnels de l'administration.....	185,	déclinatoire de compétence arbitrale.....	417
195		effets	100, 432, 434
pratiques illicites.....	393	en matière de contrats publics.....	93
procédure de mise en concurrence.....	192	nature	103
procédures de passation objective des contrats.....	192	nullité absolue.....	381
rapport hiérarchique.....	190, 194	nullité absolue du contrat principal.....	393
sanction des motifs illicites.....	400	nullité absolue soulevée d'office.....	386
solennités	106	nullité pour omission des formalités légales.....	523
statut des contrats publics		nullité pour violation de l'ordre public	387
interdiction de prohiber la stipulation de		objet illicite	389
l'arbitrage.....	179	offre et acceptation	96, 98
limites à l'arbitrabilité objective.....	180	principe de légalité	204
loi 80 de 1993	20	renonciation tacite.....	101, 170, 415, 426, 560
Traitement des offres nationales et étrangères ou		séparabilité de la clause compromissoire	382
violation du principe de réciprocité	392	solennités	105
transparence.....	371	Convention de New York	536, 539, 542
contrôle constitutionnel		Convention de Washington	118, 120, 136
action publique en inconstitutionnalité.....	39, 543	crise économique en Amérique Latine	67
constitution de 1991.....	198		
contrôle automatique de constitutionnalité			
traités	116		
contrôle de la loi.....	200		
Cour constitutionnelle			
juge suprême en matière constitutionnelle	546		
évolution	543		
juridiction constitutionnelle.....	545		
voie de fait juridictionnelle	208		
contrôle de légalité	204, 241, 245		
compétence exclusive de la juridiction			
administrative	204		

D

droit administratif

caractère exorbitant.....	13
détournement de pouvoir	333, 382
expertise.....	30
moralité publique	299
ordre public administratif.....	24
prérogatives de puissance publique.....	14
régime contentieux administratif	
évolution.....	266

Droit commun de l'arbitrage

décret 1818 de 1998	174	traité international	
droit international		primauté de la constitution	111
actes internes à portée internationale.....	58	droits fondamentaux	
clause Calvo.....	60	tensions entre les principes de l'arbitrage et les	
Commissions internationales de réclamation		droits fondamentaux.....	557
acceptation de la clause Calvo.....	60	droits subjectifs	187, 259, 262, 564
conventions internationales			
recouvrement des dettes d'origine			
contractuelle ou délictuelle	54		
Doctrines Calvo.....	49, 53, 120		
Doctrines Drago.....	55		
droit colombien			
incidence de la Doctrine Calvo - recours à la			
clause Calvo	62		
primauté des normes constitutionnelles	359		
primauté modérée des normes internationales			
dans l'ordre juridique interne.....	361		
principes généraux du droit international			
acceptés par la Colombie.....	359		
ratification des traités internationaux	359		
système moniste avec primauté du droit			
interne	114, 359		
interventions armées			
réponse juridique latino-américaine.....	53		
protection diplomatique			
interventions armées en Amérique latine	50		
réponse européenne à la Doctrine Calvo.....	65		
résolution des litiges			
traités	119		
TBI			
Contraintes constitutionnelles.....	115		
théorie des droits acquis	65		
traités internationaux	363		
droit international privé.....	150, 151, 152, 477, 536		
notion d'ordre public adopté par la Cour suprême			
de justice.....	539		
droit interne			
loi <i>estatutaria</i> de l'administration de la justice et			
lois d'approbations de traités	362		
lois d'approbation des traités dans la hiérarchie			
des normes	360		
obligation de respect des traités internationaux			
.....	361		
primauté modérée des normes internationales			
dans l'ordre juridique interne	361		
		E	
		effectivité	509, 553
		définition	462
		efficacité	
		définition	462
		efficacité et effectivité	465
		dissemblances.....	463
		efficacité ou l'effectivité de l'arbitrage des	
		contrats publics.....	461
		F	
		fonction d'administration de la justice	
		constitution de 1991	544
		définition constitutionnelle	283
		fonction juridictionnelle	
		notion	321
		fonction publique	
		notion	283
		fonction publique juridictionnelle.....	167, 321
		forclusion de l'action	Voir instance arbitrale
		I	
		<i>imperium</i>	322, 325
		inarbitrabilité	
		actes administratifs	205
		indisponibilité	
		ordre public.....	177
		instance arbitrale	345
		action contractuelle.....	452
		amparo de pobreza	450
		définition.....	290
		audience de composition du Tribunal	
		honoraires des arbitres	374
		audience de composition du Tribunal	
		contestation des honoraires	291
		cadre litigieux	484

composition du tribunal arbitral.....	363
conciliation juridictionnelle	446
honoraires des arbitres.....	292
constitution du Tribunal arbitral	347, 525
contrôle sur le respect de droits fondamentaux	542
étape arbitrale	428
étape pré-arbitrale.....	346
exécution forcée de la sentence	
mesures provisoires.....	501
exigence de diligence des parties	520
forclusion de l'action.....	366, 389, 419, 452, 454, 455, 456, 533
garanties procédurales.....	443
instruction.....	449
intérêt des parties	431
intérêt des tiers	433
intérêt pour agir.....	430
liberté des parties de fixer l'objet du litige.....	531
mesures provisoires	498
ordonnances de procédure.....	338, 444, 445, 448
participation de tiers à la procédure	448
participation des tiers	
honoraires des arbitres.....	447
première audience.....	372, 378, 445, 447
preuves.....	448
procédure	
règles substantielles.....	451
qualité pour agir.....	429
saisine du Tribunal arbitral	
acte administratif unilatéral	211
sentence arbitrale.....	450
Tribunal arbitral	
audience de composition	374
conciliation préalable	364
conditions préalables imposées par la loi....	364
conditions préalables stipulées par les parties	
au litige	365
domaine de compétence des arbitres	376
types d'intervention dans la procédure	434
intérêt des tiers.....	434

J

juge administratif

juge naturel de l'administration	407
----------------------------------------	-----

renonciation tacite à la convention d'arbitrage.....	415
juridiction	
définition constitutionnelle.....	321
juridiction administrative	
compétence exclusive.....	195
Conseil d'Etat	
fonctions juridictionnelles	173
contentieux objectif	390
exception d'incompétence	415, 426, 560
juge naturel de l'administration	226

L

lacune technique	197
liberté contractuelle.....	136
libre choix	
arbitrage et juridiction étatique	287
libre disponibilité	241
droits subjectifs	176
gestion des biens publics	188
intérêt public	188
notion.....	176
principe de légalité	187
libre disposition	
droits disponibles	
procédé contractuel.....	192

M

mesures provisoires Voir pouvoirs des arbitres	
Ministère public	438
critères de l'intervention	439
fonctions.....	438
gardien de l'ordre juridique.....	430
participation dans l'instance arbitrale.....	440
partie à la procédure.....	442
voie de recours	512
modes de résolution des litiges	
conciliation et médiation	26
évolution de la politique économique	68
transaction	25

N

nationalité

arbitre.....	304
--------------	-----

cocontractants	156	contentieux subjectif.....	335
investisseur	138	contrôle de validité des actes administratifs.....	245
notion.....	137	approche critique.....	334
parties	160	difficultés	
nomination du juge et de l'arbitre		notion d'acte administratif	327
effets et dissemblances	368	exclue lecontentieux objectif.....	335
notion d'« acte administratif contractuel »		principes	
développement jurisprudentiel antérieur à la loi		principe.....	376
80 de 1993	229	principe constitutionnel en matière d'arbitrabilité	
interprétation selon la loi 80 de 1993.....	231	203
		principe <i>contra proferentem</i>	145
		principe d'« autonomie de la convention	
		d'arbitrage ».....	379
		principe d'autonomie de la clause compromissoire	
		423
		principe d'autonomie juridictionnelle.....	559
		principe d'insaisissabilité des biens publics.....	499
		principe d'interprétation stricte	145
		principe d'unité de juridiction	205
		principe de force obligatoire du contrat.....	190
		principe de l'effet utile.....	144, 416
		principe de la double instance.....	515
		principe de légalité.....	204, 261, 327, 553
		principe de liberté contractuelle.....	190
		principe de libre choix du cocontractant.....	192
		principe de libre négociation du contrat.....	192
		principe de moralité administrative	395
		principe de séparabilité de la clause	
		compromissoire	406
		principe de séparation des compétences	173
		principe de transparence.....	397
		principe du contradictoire	444, 526
		principe <i>kompetenz-kompetenz</i>	213, 426, 457, 559
		principe <i>qui prior est tempore potior est jure</i>	417
		principes d'indépendance et d'autonomie	
		fonctionnelle	317
		principes généraux du droit	
		constitution de 1991	220
		critères auxiliaires de l'activité juridictionnelle	
		dans les textes	219
		doctrine probable.....	222
		juge administratif	224
		non arbitrabilité des actes administratifs	225
		portée.....	218
O			
obligation de l'arbitre			
conduire l'instance arbitrale.....	295		
obligation de déclarer la nullité absolue d'office			
.....	423		
obligation de révélation	301		
obligations précontractuelles	294		
rendre la sentence arbitrale.....	295		
rendre une sentence susceptible d'être exécutée			
.....	482		
obligations des parties			
éviter les manœuvres dilatoires	288		
frais de procédure	293		
obligation de coopération.....	288		
obligation de payer les coûts de l'arbitrage.....	288		
obligation de payer les honoraires des arbitres			
291			
opinion dissidente			
définition	234		
opinion individuelle			
définition	239		
ordre public			
définition	384		
respect de l'ordre public	386		
soumission de l'administration.....	204		
ordre public procédural	444		
P			
pouvoirs d'administration judiciaire			
conduire l'instance arbitrale.....	338		
ordonner des mesures provisoires.....	340		
pouvoirs des arbitres			
pouvoirs des juges étatiques	434		
pouvoirs juridictionnels des arbitres			

exequatur		conception de l'ordre public du juge de	
refus d'office	535	l'exequatur.....	537
<i>extra petita</i>	533	conditions de régularité de la sentence.....	542
force exécutoire.....	468, 475, 490	enjeux de la définition de l'ordre public au regard	
<i>minima petita</i>	533	de l'exequatur.....	537
motivation de la sentence	485	exequatur	534
ordre d'exécution forcée.....	501	notion d'ordre public	
rectification, correction ou complément.....	474	disparité de positions des cours suprêmes ..	539
responsabilité de l'Etat pour l'inexécution	494	refus de l'exequatur	
responsabilité des fonctionnaires pour		au regard du régime colombien de l'arbitrage	
l'inexécution.....	495	international.....	536
sanctions pour inexécution.....	502	structure juridictionnelle de l'Etat	368
stabilité juridique.....	515	juridiction administrative	
suspension des effets de la sentence	505	structure	331
Tribunal arbitral international	477	tribunal arbitral	332
<i>ultra petita</i>	533		
sentence arbitrale internationale			
arbitrabilité et l'ordre public.....	535		
conception de l'ordre public du juge			
constitutionnel	537		

V

voie de fait juridictionnelle.. Voir action de *tutela*

Thèse de Doctorat / 21 juin 2012	1
<i>Arbitration of disputes arising out of public contracts</i>	4
<i>Introduction</i>	13
<i>Première partie. L'arbitrabilité des contrats publics doit-elle être sans limites ?</i>	73
Premier titre. Une arbitrabilité subjective sans limites ?	77
Premier chapitre. En droit interne	81
Première section. Les destinataires de l'autorisation de compromettre.....	82
Première sous-section. Le régime de la loi des contrats publics	83
§1. La capacité contractuelle.....	84
§2. La responsabilité contractuelle	87
Deuxième sous-section. Les régimes spéciaux	88
§1. La pluralité des régimes	89
§2. La capacité de compromettre selon ces régimes.....	92
Deuxième section. La convention d'arbitrage en matière de contrats publics	93
Première sous-section. L'offre et l'acceptation de la convention d'arbitrage.....	96
§1. La formation du consentement	96
§2. Les effets	100
Deuxième sous-section. La convention d'arbitrage est-elle un contrat public ?	102
§1. La nature de la convention d'arbitrage.....	103
§2. Les formalités nécessaires à la formation de la convention d'arbitrage	105
Deuxième chapitre. En droit international	111
Première section. Les sources de l'arbitrage international	112
Première sous-section. Les sources conventionnelles.....	113
§1. De la tension à la concordance entre les traités et la constitution	115
§2. Les traités adoptés par la Colombie	119
Deuxième sous-section. La coexistence des sources.....	122
Deuxième section. La convention d'arbitrage international dans les contrats publics	132
Première sous-section. Les conditions pour la stipulation de la convention d'arbitrage	133
§1. La capacité des parties	133
§2. Le consentement des parties.....	142
Deuxième sous-section. Les critères de qualification de l'arbitrage international.....	149
§1. Les critères juridiques	153
§2. Les critères économiques.....	159
Conclusion du premier titre.....	165
Deuxième titre. Une arbitrabilité objective réellement limitée ?	167
Premier chapitre. L'ancrage légal des matières arbitrables.....	173
Première section. Le critère général : droit commun de l'arbitrage	174

Première sous-section. Les litiges transigibles	175
Deuxième sous-section. Les litiges intransigibles	177
Deuxième section. Le critère spécial : droit des contrats publics	179
Première sous-section. L'exercice restreint des pouvoirs exceptionnels	181
Deuxième sous-section. La libre disponibilité dans le respect du principe de légalité.....	187
Deuxième chapitre. Les fluctuations de la jurisprudence.....	197
Première section. L'interprétation constitutionnelle	198
Première sous-section. Le contrôle de la loi	200
§1. Les limites au domaine de compétence arbitrale.....	201
§2. La création d'un domaine de compétence exclusif au profit du juge administratif.....	205
Deuxième sous-section. La voie de fait juridictionnelle	208
§1. La compétence arbitrale face aux pouvoirs exceptionnels de l'administration.....	210
§2. Le défaut organique en matière d'arbitrage	213
Deuxième section. L'interprétation administrative.....	216
Première sous-section. Les PGD en matière d'arbitrabilité objective des contrats publics... 218	
§1. Le conflit interprétatif sur la valeur des PGD.....	219
§2. Le contenu des PGD édictés par le juge administratif.....	224
Deuxième sous-section. L'évolution de la jurisprudence administrative	227
§1. L'interdiction de soumettre à l'arbitrage des litiges concernant des « actes administratifs contractuels ».....	233
§2. L'acceptation de la compétence arbitrale sur les « actes administratifs contractuels ».....	243
Conclusion du deuxième titre	259

Conclusion de la première partie 261

Deuxième partie. Le régime juridique du droit commun de l'arbitrage est-il adapté à l'arbitrage des contrats publics ? 265

Premier titre. L'arbitrage des contrats publics exige-t-il un régime spécifique ?..... 273

Premier chapitre. L'immutabilité du statut de l'arbitre des contrats publics ou privés	283
Première section. Les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle par les arbitres	284
Première sous-section. Le rapport entre les parties et l'arbitre.....	285
§1. Les devoirs et obligations des parties à l'arbitrage	288
§2. Les devoirs et obligations des arbitres	294
Deuxième sous-section. Le rapport entre l'Etat et l'arbitre	296
§1. L'assimilation entre l'arbitre et le juge étatique	296
§2. La responsabilité découlant de cette assimilation.....	306
Deuxième section. L'exercice de la fonction publique juridictionnelle par les arbitres.....	321
Première sous-section. Les pouvoirs juridictionnels de l'arbitre.....	326
§1. Sur les actes administratifs	326
§2. Sur le contrôle des « actes administratifs contractuels »	333
Deuxième sous-section. Les pouvoirs d'administration judiciaire	337

§1. Conduire l'instance arbitrale.....	338
§2. Ordonner des mesures provisoires.....	339
Deuxième chapitre. La réponse de l'instance aux besoins du contentieux arbitral des contrats publics.....	345
Première section. L'étape pré-arbitrale.....	346
Première sous-section. La constitution du Tribunal arbitral.....	347
§1. Le type d'arbitrage.....	347
§2. La composition du Tribunal arbitral.....	363
Deuxième sous-section. La compétence des arbitres.....	375
§1. La déclaration de compétence par les arbitres.....	375
§2. Les conflits de compétence.....	407
Deuxième section. L'étape arbitrale.....	428
Première sous-section. La qualité pour agir dans l'instance arbitrale.....	429
§1. L'intérêt pour agir.....	430
§2. La participation du Ministère public à l'instance arbitrale.....	438
Deuxième sous-section. L'aménagement du régime en matière de contrats publics.....	443
§1. L'application générale du régime de droit commun de l'arbitrage.....	445
§2. L'application subsidiaire du Code de procédure contentieuse administrative.....	451
Conclusion du premier titre.....	459
Deuxième titre. L'arbitrage des contrats publics est-il véritablement efficace ou simplement effectif ?	461
Premier chapitre. L'efficacité et l'effectivité de la sentence arbitrale.....	465
Première section. L'exigence d'une sentence arbitrale en droit.....	470
Première sous-section. Les conditions formelles.....	472
§1. Des sentences arbitrales rendues par un Tribunal arbitral colombien.....	473
§2. Des sentences rendues par un Tribunal arbitral international.....	477
Deuxième sous-section. Les conditions matérielles.....	483
§1. La motivation de la sentence.....	485
§2. Le dispositif de la sentence.....	488
Deuxième section. L'exécution de la sentence arbitrale.....	490
Première sous-section. L'exécution volontaire.....	492
§1. Les obligations de l'administration.....	493
§2. La responsabilité pour l'inexécution.....	494
Deuxième sous-section. L'exécution forcée.....	496
§1. Le procédé d'exécution forcée.....	496
§2. Les difficultés de l'exécution forcée en cas de recours en annulation.....	503
Deuxième chapitre. L'effectivité et les instruments de contrôle de l'arbitrage.....	509
Première section. Le contrôle de la régularité de la sentence arbitrale.....	513
Première sous-section. Le recours en annulation.....	515
§1. Le contrôle de régularité de l'instance arbitrale.....	519

§2. Le contrôle de régularité de la sentence arbitrale.....	528
Deuxième sous-section. L'exequatur des sentences arbitrales internationales	534
§1. Le refus de l'exequatur au regard du régime juridique de l'arbitrage international	536
§2. Les enjeux de la définition de l'ordre public dans l'exequatur.....	537
Deuxième section. Le contrôle sur le respect de droits fondamentaux.....	542
Première sous-section. Les conditions nécessaires à la déclaration de la voie de fait juridictionnelle	547
§1. Les conditions de forme	548
§2. Les conditions de fond	552
Deuxième sous-section. La spécificité de la voie de fait juridictionnelle en matière d'arbitrage	557
Conclusion du deuxième titre.....	567
<i>Conclusion de la deuxième partie.....</i>	569
<i>Conclusion générale.....</i>	573
<i>Bibliographie.....</i>	579
<i>Table des annexes.....</i>	631
<i>Index.....</i>	651
<i>Arbitration of disputes arising out of public contracts.....</i>	665



Résumé :

Si le droit administratif colombien se fonde sur les mêmes principes que le droit administratif français, l'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public n'a pas été reprise en Colombie. La jurisprudence a admis l'application de l'arbitrage aux contrats publics même en l'absence d'autorisation législative. Le principe de légalité, la continuité du service public, le respect de l'intérêt public et l'existence d'une juridiction spécialisée fondent le droit des contrats publics. Cependant, celui-ci se développe sous l'égide du droit commun des obligations et des contrats et il partage les aspects essentiels du droit de l'arbitrage : l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Si le droit colombien n'impose aucune limite à l'arbitrage des contrats publics depuis 1993 alors que les lois antérieures en fixaient, cette évolution législative peut-elle être interprétée comme l'octroi de compétences équivalentes aux arbitres et au juge administratif ? Le régime du droit commun de l'arbitrage s'adapte-t-il aux besoins du contentieux des contrats publics ? Quelle est la portée de ce changement pour l'arbitrage international des contrats publics ? Au-delà des contradictions apparentes, les principes des contrats publics ne rentrent pas en confrontation avec les notions essentielles à l'arbitrage en Colombie. La compétence des arbitres se limite aux contentieux subjectifs des contrats publics. La *jurisprudence* étatique et arbitrale forgée en la matière depuis 1964 s'est consolidée au fil du temps, nous permettant d'évaluer l'efficacité et l'effectivité de l'arbitrage des contrats publics.

Descripteurs :

Acte administratif, arbitrabilité, arbitrage, arbitrage international, arbitre, convention d'arbitrage, clause exorbitante, clause Calvo, contrat administratif, contrat public, contrat international, constitution, constitutionnalisation de l'arbitrage, contentieux objectif, contentieux subjectifs, exequatur, fonction juridictionnelle, instance arbitrale, mesures provisoires, ministère public, procès équitable, prérogatives de puissance publique, recours en annulation, responsabilité de l'Etat, responsabilité des arbitres, sentence, traités internationaux, Tribunal arbitral.

Arbitration of disputes arising out of public contracts

Even though Colombian and French administrative law are grounded on the same principles, Colombian administrative law did not adopt the stance that public legal bodies are prevented from agreeing arbitration clauses and submitting their disputes to arbitration. Colombian case law has recognized arbitration clauses in relation to disputes arising out of public contracts, even when there is no specific legal authorization to do so. The principle of the rule of law, the continuity of the provision of public services, the public interest and the existence of a specialized administrative jurisdiction, are the foundations of public contract law. Nevertheless, public contract law is implemented under the aegis of contract law and it shares essential aspects of arbitration law: the autonomy of the parties free will and freedom of contract. Since 1993, Colombian law has not imposed any limit on the arbitration of disputes arising out of public contracts, even if former laws did so. Could this legal progress be construed as granting similar jurisdiction to arbitrators and administrative judges? Is general arbitration law suitable for the needs of the settlement of disputes arising out of public contracts? What is the scope of this change for the international arbitration of disputes arising out of public contracts? Despite the apparent contradictions, the essential tenets of public contracts, do not conflict with the key components of arbitration. The jurisdiction of arbitrators is confined to "contentieux subjectifs". Colombian case law has developed since 1964 and has been consolidated over time, allowing us to evaluate to what extent the arbitration of disputes arising out of public contracts is an effective and efficient tool for public administration

Keywords :

Administrative act, arbitrability, arbitration, international arbitration, arbitrator, arbitration agreement, exorbitant clauses, Calvo clause, Administrative contract, Public Contract, Constitution, constitutionalization of arbitration, Administrative dispute resolution, General arbitration law, Administrative dispute resolution law, enforcement of the arbitration award, Exequatur, Jurisdictional function, arbitral request, provisional measures, Public Ministry, fair proceedings, arbitral proceedings, public prerogative power, action for annulment, State responsibility, International State responsibility, Arbitrators responsibility, Arbitral Award, International Treaties, Arbitral tribunal.