CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

DP

N° 388806

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE FOSMAX LNG

M. Frédéric Dieu
Rapporteur

M. Gilles Pellissier
Rapporteur public

Séance du 21 octobre 2016
Lecture du 9 novembre 2016

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

Sur le rapport de la 7ème chambre
de la section du contentieux

Par une requête sommaire et des mémoires complémentaires, enregistrés les 18 mars, 18 juin et 5 octobre 2015, 13 juillet et 3 octobre 2016, au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Fosmax LNG demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la sentence arbitrale (CCI n°18466/ND/MHM) rendue à Paris le 13 février 2015 par le tribunal arbitral composé sous l'égide de la Chambre de commerce internationale qui, en premier lieu, a limité à 68 805 345 euros, dont 48 217 345 euros assortis des intérêts à compter du 28 février 2009 et de leur capitalisation, la somme que le groupement d'entreprises STS, composé des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem, devra lui verser, en deuxième lieu, l'a condamnée à payer au groupement d'entreprises STS la somme de 128 162 021 euros assortie des intérêts et de leur capitalisation et, en dernier lieu, l'a condamnée à supporter la moitié des frais de l'arbitrage, fixés à la somme de 1 200 000 dollars américains ;

2°) de mettre à la charge des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem le versement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du recours en annulation dirigé contre la sentence attaquée, qui se rapporte à un contrat administratif portant sur l'exécution de travaux publics et présentant le caractère d'un marché public ;

- le tribunal arbitral a insuffisamment motivé sa sentence en se fondant, pour retenir que le contrat devait être qualifié de contrat d'entreprise de droit privé au sens du droit français applicable, sur la seule considération que les parties sont rétroactivement convenues d'un changement dans la personne de l'adjudicataire ;

- en jugeant que les parties à un contrat administratif peuvent rétroactivement modifier la nature de ce contrat, le tribunal a méconnu le caractère d'ordre public du principe d'immutabilité des contrats ;

- le tribunal arbitral a méconnu le principe du contradictoire en relevant que les interventions répétées de la société Fosmax LNG dans l'exécution du contrat ont provoqué un bouleversement économique du contrat ayant rendu caduc le prix forfaitaire fixé par celui-ci ;

- le tribunal arbitral a méconnu l'étendue de sa mission et les règles impératives du droit public français en se refusant à faire application du droit administratif au contrat administratif qu'est le contrat litigieux ;

- le tribunal arbitral a méconnu une règle impérative du droit public français en décidant que la société Fosmax LNG, en sa qualité de maître d'ouvrage, ne pouvait prononcer la mise en régie des travaux ;

- le tribunal arbitral a également méconnu les règles impératives du droit public français relatives aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 17 septembre et 6 novembre 2015 et les 27 juin et 3 octobre 2016, la société TCM FR, la société Tecnimont et la société Saipem concluent au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 15 000 euros soit mise à la charge de la société Fosmax LNG au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que la requête de la société Fosmax LNG est irrecevable en raison de son acquiescement à la sentence, qu'elle a volontairement et spontanément exécutée ; qu'en tout état de cause, les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment son article V ;
- le code civil ;
- le code de l'énergie ;
- le code de procédure civile ;
- la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992;
- la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003;
- la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 93-990 du 3 août 1993;
- le décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002;
- le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
- la décision n° 4043 du 11 avril 2016 du Tribunal des conflits ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, maître des requêtes,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Matuchansky, Poupot, Valdelièvre, avocat de la société Fosmax LNG et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ;

1. Considérant que, par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne le 27 novembre 2001, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou, ouvrage comprenant principalement des installations de déchargement des navires méthaniers, des réservoirs de stockage et des unités de regazéification ; que le contrat a été attribué le 17 mai 2004 au groupement momentané d'entreprises solidaires STS, composé des sociétés Sofregaz, devenue TCM FR, SN Technigaz et Saipem ; que, par un avenant du 17 juin 2005, Gaz de France, devenu société anonyme, a cédé le contrat, avec effet rétroactif à sa date de signature, à sa filiale, la Société du terminal méthanier de Fos Cavaou, laquelle a ensuite pris le nom de Fosmax LNG ; que, par avenant du 23 janvier 2008, les droits et obligations de la société SN Technigaz ont été transférés à la société Saipem et la société de droit italien Tecnimont est entrée dans le groupement ; que, par un nouvel avenant conclu le 11 juillet 2011, les parties au contrat y ont inséré une clause compromissoire prévoyant que tout différend relatif au contrat serait tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par trois arbitres nommés conformément à ce règlement ; qu'un différend étant né entre les parties, la société Fosmax LNG a mis en œuvre la procédure d'arbitrage, sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, afin d'obtenir réparation du préjudice résultant pour elle du retard et des malfaçons dans la livraison du terminal méthanier ; que le groupement STS a formé de son côté des conclusions reconventionnelles tendant au remboursement de l'intégralité des surcoûts supportés par lui pour la réalisation du terminal ; qu'aux termes d'une sentence rendue le 13 février 2015, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a jugé que le groupement STS devrait payer la somme de 68 805 345 euros à la société Fosmax LNG et que celle-ci devrait payer au groupement la somme de 128 162 021 euros et rejeté le surplus des demandes ; que, le 18 mars 2015, la société Fosmax LNG a saisi le Conseil d'Etat d'un recours tendant à l'annulation de la sentence arbitrale ; que, par décision du 3 décembre 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015 ; que celui-ci, par une décision du 11 avril 2016, a jugé que le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale ressortissait à la compétence de la juridiction administrative ;

Sur l'étendue du litige :

2. Considérant que la société Fosmax LNG doit être regardée comme demandant à titre principal l'annulation de l'article II de la sentence arbitrale en tant qu'il l'a condamnée à payer au groupement STS une somme de 87 947 425 euros au titre du bouleversement de l'économie du contrat et l'annulation de son article VI en tant qu'il a rejeté sa demande tendant à la condamnation de ce groupement à lui verser une somme de

36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques de ce dernier ; que la société Fosmax LNG demande, à titre subsidiaire, l'annulation de l'ensemble de la sentence arbitrale ; qu'elle demande, dans tous les cas, le renvoi des parties devant un nouveau tribunal arbitral ;

Sur la fin de non-recevoir opposée au recours :

3. Considérant que contrairement à ce qui est soutenu, la circonstance que la société Fosmax LNG ait procédé au paiement des sommes mises à sa charge par la sentence arbitrale ne saurait être interprétée comme un acquiescement de la société à cette sentence ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la requête en raison de l'acquiescement de la société Fosmax LNG à la sentence ne peut qu'être écartée ;

Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international :

4. Considérant que le recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France 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 mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, ressortit, lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, à la compétence de la juridiction administrative ; qu'il en va ainsi y compris pour les sentences rendues, sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international, dès lors que le renvoi que cet article comporte aux dispositions du livre IV du code de procédure civile ne saurait s'entendre, s'agissant de dispositions réglementaires, comme emportant dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les ordres de juridiction en ce qui concerne les voies de recours contre une sentence arbitrale ; qu'au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sentence arbitrale, en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative ;

5. Considérant que lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; que s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des

règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne ;

6. Considérant qu'à l'issue de ce contrôle, le Conseil d'Etat, s'il constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, notamment du fait de la méconnaissance du principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sauf dérogation prévue par des dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral ; que s'il constate que le litige est arbitrable, il peut rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci ; qu'il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; qu'à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent ;

7. Considérant, enfin, que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public ; que, par suite, un contrôle analogue à celui décrit au point 5 doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution d'un contrat administratif entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, mettant en jeu les intérêts du commerce international et soumis à un régime administratif d'ordre public, qu'elle ait été rendue en France ou à l'étranger ;

Sur la sentence arbitrale en cause :

En ce qui concerne les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure :

8. Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence a examiné les moyens opérants soulevés devant le tribunal par la société Fosmax LNG pour établir le caractère administratif du contrat ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de motivation de la sentence arbitrale doit être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que l'avenant n°6 conclu le 11 juillet 2011 qui a introduit la clause compromissoire dans le contrat stipulait, à son article 2, que « L'arbitrage sera conduit en langue française, le lieu de l'arbitrage sera Paris (France) et le droit applicable au fond du litige sera le droit français, y compris le cas échéant les dispositions du droit administratif français » et, à son article 4, que « Les Parties sont en désaccord sur la question de l'application du droit administratif au contrat. Il est précisé que le choix de l'arbitrage est sans influence sur la solution de cette question et que le tribunal devra décider de l'application ou de la non application du droit administratif au contrat en fonction des critères fixés par la loi et la jurisprudence des tribunaux français. Le tribunal arbitral aura pour mission de déterminer si le droit administratif est applicable en faisant une stricte application de ces critères... » ; que si le tribunal arbitral a conclu que le contrat devait être qualifié de « contrat

d'entreprise de droit privé au sens du droit français applicable » alors qu'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat litigieux est un contrat de droit public, cette circonstance ne saurait conduire à considérer que le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission telle qu'elle avait été définie par les parties ;

10. Considérant, enfin, que le groupement STS demandait dans ses écritures devant le tribunal arbitral une indemnisation de 165 407 813 euros au titre d'un bouleversement économique du contrat résultant de divers évènements survenus après la conclusion de l'avenant n°5 en date du 24 janvier 2008 ; qu'il invoquait à l'appui de sa demande non seulement la signature d'avenants ayant augmenté le volume des travaux et par voie de conséquence le prix, mais également l'immixtion de la société Fosmax LNG dans l'exécution du contrat ; que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence n'a pas, en ce qu'elle relève que les interventions répétées de la société Fosmax LNG dans le cours de l'exécution du contrat ont créé un bouleversement économique du contrat de nature à remettre en cause le prix forfaitaire, fondé l'indemnisation du préjudice sur un fondement juridique non débattu entre les parties ; que le tribunal arbitral n'avait pas à recueillir les observations des parties sur le raisonnement qu'il entendait déduire des éléments de fait et de droit dont les parties ont débattu ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance de règles d'ordre public :

11. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 que le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public ; que s'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat en cause était un contrat administratif et si, par suite, c'est à tort que les arbitres, chargés de déterminer le droit applicable au contrat, ont estimé que le litige était régi par le droit privé, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat ne saurait être encourue que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs ;

12. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage de travaux publics qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même ; que la mise en régie, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de travaux publics, peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement d'un ouvrage public ; que la mise en œuvre de cette mesure coercitive, qui revêt un caractère provisoire, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et qui n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel existant entre le maître d'ouvrage et son cocontractant, ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat par le maître d'ouvrage ; que la règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ; que, par suite, les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer ;

13. Considérant que le contrat en cause dans le présent litige portait sur la réalisation d'un terminal méthanier destiné à Gaz de France ; que ce nouveau terminal devait permettre d'assurer la sécurité d'approvisionnement et la continuité de la fourniture du gaz, conformément aux obligations de service public assignées à Gaz de France ; qu'eu égard à l'objet de ce marché, qui portait sur la réalisation de travaux publics, la société Fosmax LNG est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal arbitral, s'arrêtant à la constatation que les stipulations des articles 34.2.1 et 34.2.3 du contrat litigieux subordonnaient l'exercice de cette prérogative à la résiliation préalable du contrat et estimant qu'en ne procédant pas à la résiliation du contrat avant de prononcer la mise en régie des travaux, la société avait violé la loi du contrat, a rejeté sa demande tendant à la condamnation du groupement STS au paiement de l'intégralité du coût des travaux que la société a fait exécuter par des tiers aux frais et risques de celui-ci ;

14. Considérant, enfin, que la sentence arbitrale a mis à la charge de la société Fosmax LNG divers surcoûts occasionnés par le comportement du maître d'ouvrage dans la conduite du contrat, dont elle a estimé qu'il avait provoqué un bouleversement économique du contrat ; que s'il est soutenu que le tribunal arbitral a, en accueillant l'essentiel des demandes reconventionnelles du groupement STS au motif que le contrat de construction avait connu un bouleversement économique rendant caduc le prix forfaitaire convenu dans le contrat, méconnu les règles impératives du droit de la commande publique relatives aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause, les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public ; qu'en mettant à la charge de la société Fosmax LNG les surcoûts résultant du comportement de la société maître d'ouvrage durant le chantier, dont les interventions ont conduit à des travaux supplémentaires importants, et de l'arrêt du chantier pendant plus de trois mois à la suite de l'annulation par le tribunal administratif de Marseille, le 29 juin 2009, de l'arrêté préfectoral du 15 décembre 2003 autorisant l'exploitation du terminal méthanier, le tribunal arbitral n'a pas méconnu de règle d'ordre public ;

15. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Fosmax LNG est fondée à demander l'annulation de la sentence attaquée en tant seulement qu'elle a rejeté sa demande tendant au paiement par le groupement STS d'une somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement ; que ses conclusions tendant à l'annulation de cette sentence en tant qu'elle l'a condamnée à payer à celui-ci une somme de 87 947 425 euros au titre du bouleversement de l'économie du contrat doivent en revanche être rejetées ; qu'il appartient le cas échéant à la société Fosmax LNG de saisir de nouveau, dans la limite de l'annulation prononcée par la présente décision, un tribunal arbitral, à moins que les parties ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent de leur litige contractuel ;

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le versement d'une somme soit mis à la charge de la société Fosmax LNG qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem le versement à la société Fosmax LNG de la somme de 2 000 euros chacune au titre des frais exposés par cette dernière et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

Article 1er : La sentence arbitrale rendue à Paris le 13 février 2015 entre la société Fosmax LNG et le groupement d'entreprises STS est annulée en tant qu'elle a rejeté la demande de la société Fosmax LNG tendant au paiement par le groupement STS de la somme de 36 359 758 euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés aux frais et risques du groupement.

Article 2 : Le surplus du recours de la société Fosmax LNG est rejeté.

Article 3 : Les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem verseront chacune à la société Fosmax LNG une somme de 2 000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Fosmax LNG, à la société TCM FR, à la société Tecnimont et à la société Saipem.

Délibéré à l'issue de la séance du 21 octobre 2016 où siégeaient : M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président, présidant ; M. Bernard Stirn, M. Henri Toutée, M. Philippe Martin, Mme Maryvonne de Saint Pulgent, M. Jean-Denis Combrexelle, M. Jacques Arrighi de Casanova, M. Bruno Lasserre, présidents de section ; M. Edmond Honorat, M. Alain Méneménis, M. Rémy Schwartz, présidents adjoints de la section du contentieux ; M. Didier Chauvaux, M. Jacques-Henri Stahl, Mme Christine Maugüe, M. Jean Courtial, Mme Pascale Fombeur, présidents de chambre et M. Frédéric Dieu, maître des requêtes-rapporteur.

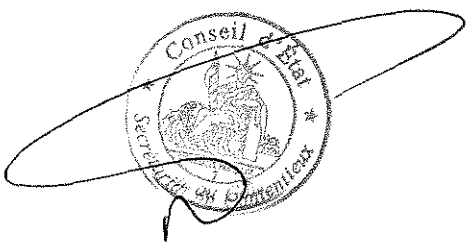
Lu en séance publique le 9 novembre 2016

Le président :
Signé : M. Jean-Marc Sauvé

Le rapporteur :
Signé : M. Frédéric Dieu

Le secrétaire :
Signé : M. Stéphane Lardennois

La République mande et ordonne au ministre de l'économie et des finances en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire :