

**N° 388806**  
**Société Fosmax LNG**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 18 novembre 2015**  
**Lecture du 3 décembre 2015**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Le 12 mai 2004, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a conclu avec le groupement momentané d'entreprises solidaire STS, composé des sociétés Sofregaz, SN technigaz et Saipem, un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier de réception à Fos-sur-Mer, pour un montant de plus de 362 millions d'euros. Les travaux ont commencé le mois suivant.

Plusieurs avenants ont modifié la durée et le prix de ce contrat, mais aussi les parties au contrat et les modalités de règlement des litiges. Ainsi, le 17 juin 2005, un avenant n° 2, intitulé « convention de cession et de modification du contrat », transfère le contrat de Gaz de France, que la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz avait transformé en société anonyme, à l'une de ses filiales, la Société du terminal méthanier de Fos Cavaou, qui deviendra Fosmax, société anonyme. Le 25 janvier 2008, un avenant n° 4 entérine deux changements dans le groupement attributaire, la substitution de la société Saipem SA à la société Technigaz et l'entrée de la société de droit italien Tecnimont SpA. Enfin, un avenant n° 6 du 11 juillet 2011 introduit une clause compromissoire à la place des stipulations qui prévoyaient que le règlement des litiges serait soumis aux « juridictions françaises compétentes de Paris » (art 41).

De nombreux incidents et malfaçons ont causé d'importants retards dans les travaux, dont l'achèvement avait été fixé en dernier lieu au mois de septembre 2008. Au début de l'année 2010, le groupement attributaire a exigé un supplément de prix pour poursuivre les travaux. La société Fosmax l'a refusé et a décidé de confier les travaux à d'autres entreprises aux frais du titulaire. La réception a finalement été prononcée le 31 mars 2010, avec de nombreuses réserves.

Dès le mois de juillet 2010, un différend est apparu entre les cocontractants à propos de leurs responsabilités respectives dans les préjudices qu'ils avaient subi au titre de l'exécution de ce contrat. La médiation prévue par ce dernier n'ayant pas abouti, la société Fosmax a engagé la procédure d'arbitrage en application de la clause compromissoire qui, rappelons-le, a été introduite postérieurement à la naissance du différend.

Le tribunal arbitral a rendu sa sentence le 17 février 2015. Après avoir estimé que le contrat était soumis au droit privé, il a condamné le groupement STS à payer à la sté Fosmax une somme de près de 69 millions d'euros, condamné la société Fosmax à payer au groupement une somme de plus de 128 millions d'euros et partagé entre les parties les frais d'arbitrage (1 200 000 dollars).

La société Fosmax a exécuté la sentence tout en indiquant qu'elle entendait la contester en saisissant le Conseil d'Etat, ce qu'elle a fait par le présent recours, tandis que le

groupement saisissait le président du TGI de Paris d'une demande d'exequatur de la sentence, à laquelle ce dernier a fait droit par une ordonnance du 7 avril 2015.

Des nombreuses questions que pose le recours contre cette sentence, nous ne vous entretiendrons que des premières, qui concernent la compétence de la juridiction administrative pour en connaître, car elles nous semblent présenter une difficulté sérieuse mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction qui justifie de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de la trancher, comme le permet l'article 35 du décret du 27 février 2015<sup>1</sup> relatif au Tribunal des conflits.

La compétence de la juridiction administrative pour connaître du recours contre une sentence arbitrale française est déterminée par l'application successive de deux règles, l'une générale, l'autre spécifique à certains litiges.

La règle générale est que la juridiction compétente pour connaître d'une sentence arbitrale française est celle qui aurait été compétente pour statuer sur le litige en l'absence de clause compromissoire. S'agissant d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, la compétence pour connaître de la sentence dépend donc du caractère administratif du contrat (TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, n° 3506, p. 639). La circonstance que l'objet du recours soit une sentence arbitrale est ainsi sans incidence sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

Elle en a revanche pour la détermination de la juridiction compétente au sein de chaque ordre de juridiction. En ce qui concerne la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est compétent car la sentence arbitrale est une décision de nature juridictionnelle émanant d'une juridiction spécialisée. En l'absence de dispositions particulières, le recours contre une décision juridictionnelle rendue en premier ressort est un appel qui ne peut être porté que devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel ayant une compétence d'attribution pour statuer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs (art L. 321-1 et 2 CJA). Vous avez ainsi eu quelques rares occasions de statuer sur des sentences arbitrales, que vous avez d'ailleurs annulées après avoir constaté que les personnes publiques en cause ne pouvaient légalement recourir à l'arbitrage (Sect, 2 mars 1956, *SARL Le secteur électrique de Reuilly*, p. 102; Ass, 4 janvier 1957, *Lamborot*, p. 12; Sect, 3 mars 1989, *Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, p. 69 ; 28 déc 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 274527, p. 591).

Cette règle générale connaît une exception, elle-même limitée, lorsque le litige "met en jeu les intérêts du commerce international" ce qui, aux termes de l'article 1504 du code de procédure civile, confère à l'arbitrage un caractère international. Dans ce cas, le Tribunal des conflits a jugé par une décision *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad* du 17 mai 2010 (n° 3754), 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 administratif selon les critères du droit interne français, est porté 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 la conformité de la

<sup>1</sup> Ancien art 35 D 26 oct 1849.

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 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". Vous avez plus récemment fait application de ces principes en jugeant la juridiction administrative compétente pour prononcer l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère intervenue dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public (19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, n° 352750, au rec).

Il résulte de ces jurisprudences que la juridiction administrative est compétente pour connaître d'une sentence arbitrale réglant un litige relatif à l'exécution d'un contrat lorsque ce contrat est un contrat administratif et, dans le cas où le litige met en jeu les intérêts du commerce international, qu'il a pour objet l'occupation du domaine public ou la réalisation d'une commande publique. Nous synthétisons à propos de cette dernière catégorie de contrats les motifs de la décision du Tribunal des conflits, tout en étant bien conscients que, ce faisant, nous l'interprétons et que cette interprétation est l'une des questions à laquelle vous aurez à répondre si le litige vous est attribué.

La principale difficulté de l'application de ces règles au présent litige concerne la détermination du régime juridique du contrat et plus précisément de la portée de l'avenant par lequel les parties ont cédé le contrat. Elle est donc indépendante de la circonstance qu'elle se pose à l'occasion du recours contre une sentence arbitrale.

Il ne fait aucun doute, ni pour nous ni pour les auteurs de la sentence contestée, que le contrat était initialement un contrat administratif. Il a été conclu par une personne morale de droit public, GDF, et avait pour objet la réalisation de travaux publics, lesquels sont définis depuis la décision *Cne de Monségur* du 10 juin 1921, comme des travaux immobiliers réalisés pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général (voyez, pour l'application de ce critère aux contrats conclus par des EPIC, TC, 23 oct 2000, *sté Solycaf*, n° 3195, au rec; TC, 3 février 2002, *SCI La Valdaine*, n° 3269).

Il ne fait pas davantage de doute, et la sentence arbitrale le souligne également, que la transformation de GDF en société anonyme par la loi du 9 août 2004 est sans incidence sur le régime juridique du contrat. Le Tribunal des conflits a jugé par sa décision précitée *Caisse centrale de réassurances* que "sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Ainsi, les contrats administratifs conclus par un établissement public demeurent administratifs malgré la transformation ultérieure de l'établissement en société anonyme." (solution récemment réaffirmée par la décision TC, 9 mars 2015, *Mme R... c/ sté des autoroutes du Sud*, n° 3984, à publier au rec).

Moins évidente est en revanche la portée sur la détermination de la nature du contrat de l'avenant n° 2 par lequel les parties ont décidé sa cession à une société anonyme filiale de GDF et prévu que cette cession entraînerait "le transfert à la société ... de l'ensemble des obligations et des droits de GdF ... avec effet rétroactif à la date de signature du contrat ... de telle sorte que la société sera réputée être le maître d'ouvrage ... au lieu et place de GdF avec tous les effets juridiques attachés à cette qualité depuis cette date".

La première question est celle des effets sur la nature juridique du contrat d'un avenant modifiant un élément du contrat dont dépend sa qualification juridique. En l'occurrence, il s'agit du maître d'ouvrage, dont la personnalité juridique de droit public lors de la conclusion du contrat permettait de remplir le critère organique de qualification du contrat. La cession du contrat n'instituant pas un nouveau contrat (CE Avis section finances, 8 avril 2000, n°

364803)<sup>2</sup>, la question se pose de savoir si elle modifie la juridique d'obligations par ailleurs inchangées.

Elle se pose car la jurisprudence du Tribunal des conflits n'y répond pas explicitement<sup>3</sup>. Certes, comme le souligne la société requérante, la décision *Caisse centrale de réassurance* ne réserve que la disposition législative contraire, ce qui signifierait a contrario qu'aucune autre circonstance ne pourrait faire échec au principe d'une détermination de la nature juridique du contrat à la date à laquelle il a été conclu. Mais cette interprétation trouve sa limite dans le cadre de la question qui était posée au Tribunal des conflits, qui portait sur les effets d'une transformation législative de la personnalité morale du cocontractant, en l'occurrence, comme l'explique la suite de la décision, de la transformation d'un établissement public en société anonyme. La réserve de la disposition législative contraire vise le cas où la loi dont procède cette transformation prévoit un changement consécutif de la nature juridique du contrat. La décision, tout comme les conclusions du commissaire du gouvernement, se placent dans la perspective d'une transformation de la nature juridique de la personne morale qui, elle, ne change pas.

Le cas du changement de partie contractante du fait d'une cession du contrat par avenant, c'est à dire acceptée par l'ensemble des parties, est différent et ces différences portent sur des points essentiels des justifications de la solution retenue par le Tribunal des conflits, telles qu'elles ressortent des conclusions du président Stahl. Celui-ci avançait trois arguments au soutien "de la thèse du maintien et de la continuité des relations contractuelles souscrites antérieurement au changement de statut". Elle lui semblait tout d'abord plus conforme au principe selon lequel la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf disposition contraire, aux relations contractuelles en cours, qui demeurent régies par la loi en vigueur lors de leur conclusion. Elle lui paraissait ensuite plus respectueuse de la commune intention des parties qui s'étaient engagées dans un cadre juridique donné. "La thèse de la transformation du contrat, indiquait-il, conduirait à remettre en cause la portée que les parties ont pu vouloir donner à leur engagement". Il soulignait enfin la simplicité d'application de la thèse de la continuité du contrat.

Si ce dernier argument demeure tout aussi fort dans le cas d'une cession du contrat par avenant, les deux précédents ne lui sont pas transposables. L'avenant étant une manifestation de la commune intention des parties de modifier les termes de leur engagement, ce qui leur est toujours loisible de faire, il n'est pas comparable à l'intervention d'une volonté extérieure affectant unilatéralement un élément constitutif de la relation contractuelle. Les parties qui avaient conscience, lorsqu'elles ont conclu le contrat, que la nature juridique de droit public de l'une d'entre elles était de nature à placer le contrat sous un régime de droit public, auront également conscience, lorsqu'elles décideront de le céder à une personne morale de droit privé, que cette cession aura des effets sur la nature juridique du contrat. Ni le principe de l'inapplicabilité de la loi nouvelle aux conventions légalement formées, ni le respect de la volonté contractuelle des parties, ne représentent des obstacles de même nature lorsque le

---

<sup>2</sup> Grands avis du CE, Dalloz, n° 36. Précisons sur ce point que le changement d'acheteur n'est pas susceptible de représenter une modification substantielle nécessitant une remise en concurrence, comme pourrait l'être la cession du contrat à un autre titulaire que celui qui a été sélectionné (CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext*, aff. C-454/06).

<sup>3</sup> La votre non plus. J-H. Stahl, dans ses conclusions précitées, a montré l'ambiguïté du fondement de la seule décision souvent présentée comme admettant implicitement que la cession du contrat est sans incidence sur son régime juridique (Sect, 9 juillet 1965, *sté "Les pêcheries de Keroman"*, n° 59035, p. 418). La jurisprudence judiciaire n'est guère plus fournie : R. Noguellou, dans sa thèse sur « la transmission des obligations en droit administratif » (LGDJ, 2004), ne cite qu'un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1963 qui juge que la substitution de l'Etat à une personne privée contractante ne change pas le caractère du contrat (§ 339).

changement de la personne publique cocontractante résulte d'une manifestation de volonté des parties de même nature que le contrat initial. En d'autres termes, l'avenant étant une évolution interne du contrat, la question de savoir s'il convient d'en tenir compte pour déterminer sa nature se pose en des termes différents que lorsque cette évolution provient d'une circonstance extérieure, telle qu'une loi.

La réponse n'est pas évidente : d'une part, il n'est pas possible d'exclure tout effet de l'avenant sur la détermination de la nature juridique du contrat au motif que celle-ci relève de l'office du juge, la compétence juridictionnelle et les règles impératives du droit public applicables aux contrats administratifs étant d'ordre public. En effet, en cédant le contrat, pas davantage qu'en en modifiant certaines clauses, les parties ne fixent le droit applicable au contrat. Elles définissent les termes de leurs engagements, ce qu'elles peuvent parfaitement faire. La qualification du contrat au regard de ces termes relèvent quant à elle exclusivement du juge. Ce que les parties ne pourraient faire, c'est décider que leur contrat serait soumis à un régime juridique et contentieux différent de celui qui résulte de l'application des critères jurisprudentiels ou législatifs de qualification du contrat.

D'autre part, donner à l'avenant un effet sur la qualification du contrat mérite réflexion. Comme nous l'avons dit, l'argument de la simplicité reste toujours aussi fort en faveur d'une immutabilité du régime juridique du contrat. En l'absence de stipulation contraire, la cession du contrat n'emporte pas d'effets rétroactifs (Sect, 19 déc 2014, *cne de Propriano*, n° 368294). La détermination du régime applicable au contrat à la date de sa dernière modification contractuelle aboutit à un système dans lequel un contrat change de régime juridique en cours d'exécution, ce qui présente un certain nombre d'inconvénients qu'il appartiendra au Tribunal des conflits de mesurer et, éventuellement, de prévenir par l'application d'une règle correctrice.

Quoi qu'il en soit, les termes du choix entre la thèse de la modification et celle de la continuité et par suite l'appréciation de leurs avantages et inconvénients respectifs, sont substantiellement différents de ceux dans lesquels se présente la transformation législative de la personnalité morale d'une partie au contrat, ce qui justifie que le TC se prononce de nouveau.

D'autant que les enjeux sont également différents, car la portée que le Tribunal des conflits reconnaîtra à l'avenant pour la qualification du contrat en vue de la détermination de l'ordre de juridiction compétent vaudra a priori aussi pour d'autres éléments constitutifs du régime juridique applicable au contrat, tel que son caractère international qui, comme nous l'avons dit, influe également sur la compétence juridictionnelle pour connaître de la sentence arbitrale. En l'occurrence, le contrat litigieux n'est susceptible d'acquérir un aspect international, si l'on suit la conception extensive de cette notion qui est celle de la Cour de cassation pour laquelle met en jeu les intérêts du commerce international toute transaction transfrontalière (voir par exemple Cass. 1ère civ. 30 mars 2004 Bull. I n° 97), qu'à compter de l'entrée dans le groupement d'une société de droit italien, aux termes d'un avenant du mois de janvier 2008. Faut-il se placer pour appliquer les règles de compétence issues de la décision *Inserm* à la date du contrat initial, de l'avenant qui internationalise le litige ou à la date de la saisine du tribunal arbitral ? Autant de questions délicates auxquelles la décision du Tribunal des conflits sur la portée des avenants apportera des éléments de réponse.

Cette question générale de la portée des avenants modifiant des éléments du contrat constitutifs de son régime juridique sur sa qualification se double en l'espèce d'une question plus spécifique relative à la portée de l'effet rétroactif que les parties ont entendu donner à l'avenant par lequel elles cédaient le contrat à une personne morale de droit privé. Les extraits de l'avenant que nous avons cités expriment leur intention de substituer la nouvelle société à

l'établissement public signataire dans tous ses droits et obligations "avec effet rétroactif à la date de signature du contrat ... de telle sorte que la société sera réputée être le maître d'ouvrage ... au lieu et place de GdF avec tous les effets juridiques attachés à cette qualité depuis cette date". C'est sur l'effet rétroactif de la cession que le tribunal arbitral a fondé l'application au contrat litigieux d'un régime de droit privé dès sa conclusion.

Vous jugez qu'« aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties, à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat » (CE, Section, 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications*, p. 354; 14 mai 2008, *M. et Mme D...*, n° 284362, p. 806. Sur leur inopposabilité aux tiers, voir 13 oct 1989, *Cne de Labarthe-sur-Lèze*, p. 472). Il s'agit là d'une manifestation de la liberté contractuelle dont jouissent les personnes publiques<sup>4</sup> comme privées. Elle ne se heurte pas davantage que précédemment à l'indisponibilité des critères de qualification du contrat puisque, là-encore, il reviendra au juge de tirer les conséquences juridiques des termes du contrat que les parties pouvaient conclure. Contrairement à ce que soutient la société Fosmax, il n'y a pas à rechercher si l'avenant traduit une volonté des parties de modifier la nature juridique du contrat, puisqu'elles n'ont précisément aucun pouvoir sur ce point. Il suffit qu'il traduise une volonté de céder le contrat dès l'origine avec l'ensemble des droits et obligations y afférents, volonté dont on doit supposer qu'elle s'est manifestée en toute connaissance des conséquences juridiques de cette cession sur le régime juridique du contrat, de même qu'il n'y a pas lieu de s'interroger si, lorsque les parties ont conclu le contrat initialement, elles avaient l'intention de se soumettre au droit public.

Ajoutons que la rétroactivité de la cession, sous réserve qu'elle n'affecte pas les droits de tiers, permet de résoudre la difficulté pratique de la prise en compte de l'avenant pour la détermination du régime juridique du contrat, puisqu'elle garantit son unité depuis l'origine. Elle réduit le dernier inconvénient de la thèse de la modification et mérite que l'on reconsidère ses avantages, à savoir d'éviter qu'un contrat entre deux personnes privées soit soumis à un régime de droit public qui n'est ni justifié ni adapté à la nature juridique des cocontractants<sup>5</sup>.

Les termes de la question de la portée des avenants sur les qualifications juridiques du contrat, notamment lorsqu'ils ont un effet rétroactif, nous paraissent donc à la fois suffisamment différents de ceux de la modification législative de la nature juridique d'une partie au contrat et suffisamment délicats pour que vous en saisissiez le Tribunal des conflits.

Tel est le sens de nos conclusions.

---

<sup>4</sup> Sect, 28 janvier 1998, *sté Borg Warner*, n° 138650; CC, 2000-437 DC du 19 déc 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*. Voir R. Noguellou, thèse précitée, p. 190.

<sup>5</sup> Voir sur ce point les conclusions de J-H. Stahl et les commentaires de la décision du TC, notamment la chronique de C. Landais et F. Lénica à l'AJDA 2006, p. 2382. Voir également, à propos des conséquences du changement de statut d'EDF, G. Delaloy, *Contrats et Marchés publics*, mars 2006, p. 3.