

TC

Aff 4043

Société Fosmax LNG c/ Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem

Rapp. Y. Maunand

Séance du 14 mars 2016

La question que vous a renvoyée le Conseil d'Etat va vous conduire à juger si un avenant qui substitue rétroactivement au cocontractant public un cocontractant privé affecte la nature du contrat conclu. Elle vous permettra aussi de préciser votre jurisprudence en matière de sentence arbitrale rendue sur un litige mettant en jeu les intérêts du commerce international.

Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, avait conclu, le 12 mai 2004, un contrat confiant à un groupement d'entreprises solidaires la construction d'un terminal méthanier de réception à Fos-sur-Mer. Cet ouvrage s'inscrivait dans le cadre de l'exécution des missions de service public en matière d'approvisionnement en gaz naturel que lui avait confiée la loi du 3 janvier 2003. La construction du terminal avait pour objet d'augmenter les capacités de réception et de stockage du gaz naturel en provenance d'Afrique et du Moyen-Orient. Le 17 juin 2005, un avenant au contrat, intitulé « convention de cession et de modification du contrat », a été passé pour substituer, de façon rétroactive à la date de conclusion du contrat, à Gaz de France, transformé en société anonyme par la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz, une de ses filiales, qui deviendra la société anonyme Fosmax. Après la réception des travaux, les nombreux incidents et retards rencontrés par le chantier ont conduit la société Fosmax à engager une procédure d'arbitrage, prévue par un autre avenant au contrat, à l'encontre des membres du groupement. La cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale a, par une sentence en date du 17 février 2015, condamné, d'une part, le groupement d'entreprises à payer à la société Fosmax une somme de près de 69 millions d'euros et, d'autre part, la société Fosmax à verser au groupement une somme de plus de 128 millions d'euros. La société Fosmax a alors saisi le Conseil d'Etat d'un recours tendant à l'annulation de cette sentence arbitrale. Estimant que la question de l'éventuelle modification de la nature du contrat, du fait de sa cession rétroactive à une société de droit privé par l'avenant du 17 juin 2005, présentait à

juger une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse de nature à justifier le recours à la procédure prévue par l'article 35 du décret du 27 février 2015, le Conseil d'Etat, par une décision du 3 décembre 2015, vous a ainsi régulièrement renvoyé cette question de compétence.

Le point de départ du litige réside dans la sentence arbitrale, rendue en France, par la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale. Votre jurisprudence a fixé les règles de répartition des compétences qui s'appliquent aux recours contre de telles sentences :

-le principe est que l'intervention d'une sentence arbitrale ne modifie pas la nature du litige. Reste ainsi compétente la juridiction qui aurait été compétente pour statuer sur le litige en l'absence de clause compromissoire : vous pouvez voir sur ce principe votre décision du 16 octobre 2006 Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, 3506, au recueil p. 639.

-ce principe connaît toutefois une dérogation lorsque le litige met en jeu les intérêts du commerce international. Votre décision du 17 mai 2010 Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm) c/ Fondation Letten F. Saugstad, 3754, au recueil p. 580, a fait relever les recours contre ces sentences arbitrales de la compétence de la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles ont été rendues. Cette dérogation connaît elle-même une limite : le juge administratif retrouve sa compétence lorsque le recours implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à la commande publique.

Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, dans sa décision du 3 décembre 2015, au moment de sa conclusion, en 2004, le contrat de construction du terminal méthanier était un contrat administratif puisqu'il avait été conclu par un établissement public pour la réalisation de travaux publics (voir en ce sens votre décision du 26 octobre 1987 Gibert, 02480, au recueil p.454).

Il faut donc déterminer si la nature de ce contrat a pu ultérieurement être modifiée :

-une première cause de modification peut être écartée : la transformation de Gaz de France, établissement public, en société de droit privé par la loi du 9 août 2004, n'a pas eu d'incidence sur la nature du contrat. Cela ressort des principes posés par votre

décision précitée du 16 octobre 2006 Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français (réaffirmés récemment dans votre décision du 9 mars 2015 Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France, 3984, à publier au recueil). Vous avez en effet jugé que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Les contrats administratifs passés par un établissement public conservent ainsi leur caractère administratif malgré la transformation ultérieure, par la loi, de l'établissement en société anonyme.

-la seconde cause de modification de la nature du contrat résulte des effets de l'avenant par lequel Gaz de France a transféré le contrat et « l'ensemble des obligations et droits du maître d'ouvrage y afférents » à une société de droit privé « qui sera ainsi intégralement substituée à Gaz de France en sa qualité de maître d'ouvrage et de partie au contrat ». L'article 4.3 de cet avenant donnait en outre un effet rétroactif à cette substitution, à la date de signature du contrat.

L'avenant est en général défini comme « un accord modifiant un contrat valide sans le faire disparaître » (« Droit des marchés publics », IV.120.1). Si le changement est tel qu'il transforme la qualification du contrat, il n'y a pas de modification du contrat mais naissance d'un nouveau contrat (Voir en ce sens un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 7 juillet 1988, pourvoi 86-18.737, au Bulletin civil V n° 435). En principe un avenant ne devrait donc pas être susceptible de modifier la nature du contrat. Mais toute la difficulté en l'espèce résulte dans l'objet de l'avenant passé entre Gaz de France et le groupement d'entreprises chargé des travaux de construction du terminal méthanier. En effet, cet avenant a procédé à la substitution au contractant public d'un contractant privé. Il s'agit donc d'une cession de contrat. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 19 juin 2008 *Pressetext Nachrichtenagentur*, aff C-454/06, a ainsi considéré que la substitution du titulaire d'un marché était présumée constituer la passation d'un nouveau contrat à raison de la modification substantielle qu'elle implique, sauf lorsque le contrat était cédé à une société sur laquelle le cédant dispose d'un pouvoir de direction. Toutefois, ce principe ne s'applique pas en l'espèce puisque le contrat en litige n'est pas un marché public et que la substitution de cocontractant ne porte pas sur le titulaire du contrat. Lorsqu'est en cause la substitution d'un cocontractant privé à la personne publique, il nous semble que l'on demeure dans la logique de l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat en date du 8 juin 2008 (364803, aux grands avis du Conseil d'Etat n° 36 et à l'AJDA 2000 P. 758), qui a considéré que le

changement de cocontractant ne remet pas en cause les éléments essentiels du contrat et ne conduit donc pas à la conclusion d'un nouveau contrat. Mais dans cette approche, il faut se demander si on pourrait considérer qu'une telle substitution de cocontractant est néanmoins susceptible de modifier la nature du contrat initialement conclu dès lors qu'elle conduit la convention à ne plus satisfaire au critère organique du contrat administratif (voir sur le principe selon lequel un contrat conclu entre deux personnes privées est un contrat de droit privé quelque soit son objet, par exemple, votre décision du 15 octobre 2012 Sarl Port Croisade, 3853, aux tables p. 653/840). Votre jurisprudence, pas plus que celle du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, (voir la décision de section du Conseil d'Etat du 9 juillet 1965 Société Les pêcheries de Keroman, 59035, au recueil p. 418, et un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1963), ne s'est prononcée sur cette question. Votre décision précitée du 16 octobre 2006 Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français a uniquement traité de la question du changement de nature juridique d'un des cocontractants et non de la substitution d'un cocontractant privé au cocontractant public.

Deux approches sont alors envisageables :

-la première repose sur la liberté contractuelle et conduit à juger que la substitution d'une personne privée à une personne publique modifie la nature du contrat dès lors qu'elle le prive du critère organique du contrat administratif.

Cette logique peut se prévaloir d'un argument principal reposant sur le souci d'éviter l'application d'un régime de droit public à un contrat qui ne doit plus en relever puisque ses parties sont des personnes privées. Dans un tel cas, on peut en effet considérer que le contrat n'a plus à bénéficier du régime exorbitant qui avait uniquement pour objet de permettre d'adapter les relations contractuelles aux nécessités du service public assuré par la personne publique.

Néanmoins, cette solution ne nous paraît envisageable que pour les cessions à caractère rétroactif à la date de signature du contrat. Il ne faudrait en effet pas que l'exécution d'un même contrat puisse relever de juges différents au regard de la date à laquelle les mesures contractuelles en litige ont été prises (même si resterait l'hypothèse du litige contractuel né avant la cession du contrat qui devrait alors continuer à relever du juge administratif). Indiquons toutefois qu'il n'existe pas de principe de rétroactivité de la cession d'un contrat. La Cour de cassation juge ainsi que « la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de

sa dette » (voir l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 12 décembre 2001, 00-15.627, au Bulletin civil III n° 153).

-la seconde approche repose, quant à elle, sur le principe de la continuité du contrat et conduit à juger que si l'avenant permet de modifier les obligations des parties en cours d'exécution du contrat, il n'autorise en revanche pas un changement de sa nature juridique. Cette logique peut se prévaloir de trois arguments :

-le premier repose sur la portée juridique de l'avenant conduisant à la substitution du cocontractant. Si on admet qu'il s'agit d'un véritable avenant qui n'emporte donc pas la naissance d'un nouveau contrat, on peut considérer que le contrat initial se poursuit avec ses caractéristiques essentielles. Or la nature administrative de ce contrat, qui en affecte le contenu même, relève des éléments qui ne devraient dès lors pas pouvoir être modifiés.

-la deuxième considération a trait à la sécurité juridique dans la mesure où le contrat a été initialement conçu et conclu comme un contrat administratif. Un changement de nature conduirait à rendre inapplicable le régime juridique propre aux contrats administratifs qui joue même si le contrat n'y fait pas explicitement référence. Or, dans la plupart des cas, le contrat aura déjà fait l'objet d'un début d'exécution avant sa cession. Non seulement, selon leur date, les mesures d'exécution seront soumises à un juge différent, mais surtout, leur régularité ne sera pas appréciée au regard des mêmes règles. C'est d'ailleurs à raison de cette difficulté que votre décision du 9 mars 2015 Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France a choisi de moduler dans le temps les effets de la modification de la nature des contrats de travaux conclus par les concessionnaires d'autoroutes, décidée par votre décision.

-le dernier argument repose sur le souci de simplicité qui vous avait guidé dans votre décision précitée Caisse centrale de réassurance. Se placer exclusivement à la date de la conclusion du contrat pour apprécier sa nature assure en effet à ce dernier un régime juridique et une compétence juridictionnelle uniques pendant toute sa durée d'exécution.

Mais il faut alors se demander si cette approche, qui conduit à écarter toute incidence d'un avenant sur la nature du contrat, peut être aussi adoptée lorsque les parties ont donné un caractère rétroactif à l'avenant.

Rappelons que la rétroactivité de stipulations contractuelles fait partie de la liberté contractuelle, sous réserve que ses effets ne s'étendent pas aux tiers au contrat : vous pouvez voir en ce sens la décision de section du Conseil d'Etat du 19 novembre 1999 Fédération

syndicale Force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications, 176261, au recueil p. 354.

Certes, la rétroactivité de l'avenant, lorsque, comme en l'espèce, elle prend effet à la date de conclusion du contrat, assure l'unité du régime juridique de ce dernier depuis son origine. Dès ce moment le contrat doit être analysé comme un contrat conclu entre deux personnes privées. Dans la mesure où aucune d'elles ne peut être regardée comme ayant agi pour le compte d'une personne publique (voir sur cette exigence la décision de section du Conseil d'Etat en date du 30 mai 1975 Société d'équipement de la région montpelliéraine, au recueil p. 326, et votre décision du 7 juillet 1975 Commune d'Agde, au recueil p. 798), le contrat revêtait un caractère de droit privé dès sa conclusion. Le fait qu'il porte sur des travaux publics est en effet sans incidence sur sa qualification (voir en ce sens votre décision du 24 novembre 1997 Société de Castro c/ Bourcy et Sole, 3060, au recueil p. 540).

Toutefois, cette approche repose sur la fiction juridique de la rétroactivité car le contrat a été passé par une personne publique et il a été mis à exécution en tant que contrat administratif, en l'espèce, pendant plus d'un an. C'est pourquoi le caractère rétroactif de l'avenant nous semble en réalité sans incidence sur les difficultés qu'engendrerait la modification de la nature du contrat, et par suite, son régime juridique.

Nous vous proposons donc de faire prévaloir le principe de la continuité des contrats pour exclure leur changement de nature du fait de leur cession. Cette approche n'a d'ailleurs rien d'exceptionnel dans votre jurisprudence : comme le soulignait Jacques-Henri Stahl, dans ses conclusions sur votre décision précitée Caisse centrale de réassurance, le principe de continuité des contrats, retenu en cas de changement de statut d'une personne publique, a aussi été adopté pour la reprise d'une activité privée par une personne publique. Vous avez jugé que, tant qu'un nouveau contrat de droit public n'avait pas été conclu, les salariés d'une activité transférée à une personne publique demeuraient régis par leur contrat de droit privé : vous pouvez voir en ce sens votre décision du 9 mars 2015 Société Véolia Propreté Nord Normandie, 3994, à mentionner aux tables.

Si vous nous suivez, vous retiendrez le caractère administratif du contrat passé pour la construction du terminal méthanier de Fos-sur-Mer.

Reste alors à déterminer qui est le juge compétent pour connaître du recours contre la sentence arbitrale rendue à propos de l'exécution de ce contrat.

Même si la clause compromissaire a été introduite par un avenant au contrat conclu après sa cession, s'appliquent, si vous nous suivez pour maintenir le caractère administratif du contrat, les règles définies par votre décision précitée du 17 mai 2010 Inserm :

-d'une part, le litige met en jeu les intérêts du commerce international, au regard de la conception extensive donnée à cette notion par la jurisprudence de la Cour de cassation. Les intérêts du commerce international sont ainsi concernés dès qu'une activité comporte un mouvement transfrontalier de personnes, de marchandises, de capitaux ou de prestations : voir par exemple un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 mars 2004, 02-12.259, au Bulletin civil I n° 97. C'est notamment le cas lorsqu'une des parties au contrat est de droit étranger, alors même que le contrat est soumis au droit national. Vous avez ainsi jugé, dans votre décision précitée Inserm, que « le protocole d'accord conclu entre l'Inserm, établissement public national à caractère scientifique et technologique, et la fondation Letten F. Saugstad, association de droit privé norvégienne, dont l'objet est la construction en France d'un bâtiment destiné à abriter un institut de recherche juridiquement et institutionnellement intégré à l'Inserm et qui en prévoit le financement partiel par la fondation, met en jeu les intérêts du commerce international ». Dès lors que le contrat en litige a été conclu notamment avec une société de droit italien (introduite par un avenant du 25 janvier 2008), il nous semble devoir être regardé comme mettant en jeu les intérêts du commerce international.

-mais, d'autre part, le litige nous paraît entrer dans le champ de la compétence néanmoins réservée au juge administratif, par votre décision précitée Inserm, pour connaître des sentences dont doit être contrôlée la conformité « 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 ». Certes, en l'espèce, le contrat conclu n'était pas un marché soumis au code des marchés publics puisque Gaz de France avait le statut d'un établissement public industriel et commercial lors de sa signature. Il s'agissait néanmoins d'un contrat public, passé par une personne publique, et soumis aux règles de la commande publique. Or, si votre décision Inserm fait référence explicitement uniquement « aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public », cette liste ne nous semble pas avoir un caractère limitatif :

-d'une part, cette énumération tend à expliciter la notion de règles relatives à la « commande publique ». Elle est donc simplement illustrative comme cela ressort des conclusions de votre commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar, (*conclusions publiées à la RFDA 2010 n° 5 p. 959 et suivantes*), qui mentionnaient « les régimes légaux de passation des contrats qui mettent en œuvre les principes généraux de la commande publique, relatifs notamment aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public ou aux contrats de partenariat ».

-d'autre part, comme l'expliquait Mattias Guyomar, le maintien de la compétence du juge administratif pour certains contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international répond à l'obligation de respecter les « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique », consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. Rien ne justifie alors de limiter le contrôle des règles impératives du droit public français par le juge administratif aux seuls contrats énumérés par votre décision Inserm, qui, au demeurant, ne correspondent plus aux dénominations actuelles des contrats relevant de la commande publique. Entrent nécessairement dans le champ de l'exception à la compétence judiciaire l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques, qui sont dans le champ de la commande publique et soumis à ce titre à des règles de publicité et de mise en concurrence qui relèvent des règles de droit public à caractère impératif dont le contrôle appartient au juge administratif. (vous pouvez voir dans cette logique la décision du Conseil d'Etat du 29 juin 2012 Société Pro 2C, 357976, au recueil p. 258).

Si vous nous suivez, vous jugerez que le recours contre la sentence arbitrale relative au contrat conclu pour la construction du terminal méthanier de réception à Fos-sur-Mer relève de la compétence de la juridiction administrative.

Par ces motifs, nous concluons à la compétence de la juridiction administrative pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale du 13 février 2015 et au rejet des conclusions présentées par les parties au titre de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991.