



DROIT ADMINISTRATIF

DROIT CONSTITUTIONNEL

FINANCES PUBLIQUES

DROIT FISCAL

**Le contrôle des sentences arbitrales
impliquant une personne publique
(CE, ass., 9/11/2016, *Société Fosmax*)**

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES.....	2
Introduction.....	3
I - Un contrôle au fond concentré sur l'essentiel	4
A - La préservation de la compétence du juge administratif fondée sur l'ordre public	4
B - Une limitation des moyens invocables	6
II - Un office du juge limité	8
A - Les conséquences à tirer d'une illégalité de la sentence	8
B - Les conditions strictes de l'octroi de l'autorisation d'exécution forcée	10
CE, ass., 9/11/2016, <i>Société Fosmax</i>	11

INTRODUCTION

L'État est souverain. Cette affirmation, banale pour un publiciste, entraîne des conséquences très concrètes. Outre la détention du monopole de la violence légitime, l'État jouit de l'*imperium* qui donne la possibilité à ses organes, s'exprimant en son nom, de commander. La justice relève de l'exercice de ce pouvoir. C'est pourquoi elle est essentiellement publique. Mais il existe, en parallèle, une forme de justice que l'on dit « privée » : l'arbitrage. La soumission de l'administration à un droit exorbitant du droit commun rend difficilement admissible le recours à l'arbitrage par les personnes privées. C'est sur cette question de principe que prend position le Conseil d'État, dans son arrêt CE, Ass, 9 novembre 2016, *Société Fosmax*, req. n°388806.

En l'espèce, la société Gaz de France, établissement public industriel et commercial, et donc personne morale de droit public lors des faits, a passé un contrat en mai 2004 pour la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou. Au cours de la vie du contrat, plusieurs avenants ont été signés pour acter les cessions successives et réciproques du contrat. La société Fosmax est venue aux droits GDF, et une société italienne est venue aux droits de son cocontractant. Par ailleurs, par avenant, une clause compromissoire a été négociée, qui confiait à un tribunal arbitral sous l'égide de la Chambre de commerce internationale. Un litige est survenu, de sorte que ledit Tribunal a été saisi et a rendu une sentence condamnant les deux sociétés à verser à l'autre une certaine somme. La société Fosmax a saisi le Conseil d'État en contestation de la validité de la sentence rendue. La Haute juridiction administrative a saisi, par un jugement avant dire droit, le Tribunal des conflits de la question de compétence pour connaître du litige. Par une décision du 11 avril 2016, ce dernier a attribué au juge administratif la connaissance du litige.

L'arrêt commenté statue donc au fond. C'est la première fois que le Conseil d'État se prononce sur les modalités du contrôle des sentences rendues en matière d'arbitrage international. Il faut noter le caractère très riche et prolixe de la décision. Le Conseil a souhaité proposer un arrêt particulièrement pédagogique, voire un « manuel ». Il a veillé à ne laisser aucun doute subsister. Il convient donc de l'examiner dans le détail. Il définit un contrôle au fond relativement en recul, concentré sur l'essentiel, c'est-à-dire sur les éléments d'ordre public qui justifient sa compétence (I). Pour le reste, l'office du juge est limité (II).

I - UN CONTROLE AU FOND CONCENTRE SUR L'ESSENTIEL

On retiendra de cet arrêt que le juge administratif prend pleinement en compte le caractère subsidiaire ou exceptionnel de sa compétence, par rapport à la compétence de principe du juge judiciaire. Cette solution résulte de la nécessité de préserver l'ordre public français (A). La conséquence immédiate de cette situation réside dans le fait que les moyens invocables dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'une sentence rendue en matière de commerce international sont limités (B).

A - La préservation de la compétence du juge administratif fondée sur l'ordre public

La compétence du juge administratif ne va pas de soi. La raison première est que l'administration, en principe, ne dispose pas de la faculté de recourir à l'arbitrage. Cette question a longtemps fait l'objet d'un vide juridique. Lorsque la société Disney a entendu implanter un parc d'attraction à Marne-la-Vallée, elle a souhaité pouvoir recourir à l'arbitrage en cas de conflit durant l'exécution du contrat qui la liait au Département. Face aux doutes quant à la légalité de cette demande, le Conseil d'État avait été saisi d'une demande d'avis non contentieux. La solution rendue le 6 mars 1986 est très claire : « *les personnes publiques 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 auxquelles elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne* ». L'interdiction de l'arbitrage provient de l'indisponibilité de la compétence juridictionnelle, comme de toute compétence, du reste.

La seule possibilité de recours à l'arbitrage provient d'une exception législative, qui permet au Gouvernement d'autoriser certaines catégories d'établissements publics à y recourir. C'est exactement sur ce fondement que GDF avait pu insérer la clause compromissoire. Du reste l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose : « *Les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française. Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie* ».

Il faut enfin mentionner que les sociétés Fosmax et le groupement STS sont toutes deux des sociétés de droit privé. Mais la nature d'un contrat s'apprécie à la date de conclusion du contrat (TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance, n° 3506). Ainsi, un contrat conclu entre deux personnes privées peut relever de la compétence du juge administratif s'il est né administratif. C'est le cas en l'espèce puisqu'au moment de sa conclusion, GDF était une personne morale de droit public. Le Conseil d'État avait cependant posé au Tribunal des conflits la question de savoir si la clause de cession rétroactive, comme c'était le cas en l'espèce, qui démontrait la volonté des parties de considérer la société Fosmax comme cocontractant *ab initio*, avait pu avoir pour effet de modifier la nature du contrat. Le Tribunal répond par la négative : on ne change pas un contrat né administratif.

Le considérant de principe du Conseil est le suivant : « *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 ».

Il reprend en substance la décision TC, 17 mai 2010, *INSERM*, n° 3754. La compétence du juge administratif est une exception fondée sur la préservation de l'ordre public. Cependant, cet ordre public ne comprend, à la lecture de cet arrêt, comme de la décision du Tribunal des conflits, que deux branches : il s'agit des « *règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique* ». Il est vrai que, dans ces deux matières, le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère particulier du régime juridique applicable : CC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2005-513 DC, pour la protection du domaine public et CC, 6 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n°2003-473 DC, pour la commande publique.

Un point de détail qui présente une importance majeure sur la compétence du juge administratif est apporté à la suite de ce considérant, alors que le Conseil en fait application au cas d'espèce. Il rappelle, en effet, 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* ». Cela signifie que le juge étatique reste compétent pour qualifier le contrat en cause et en déduire toutes les conséquences juridiques. Si le juge étatique était lié à la qualification juridique du Tribunal arbitral, il ne serait revenu ni au Conseil d'État ni au Tribunal des conflits de décider de la compétence juridictionnelle pour connaître du recours contre la sentence. Le fait que le juge administratif est compétent provient de la qualification du contrat à l'origine du litige en contrat administratif.

B - Une limitation des moyens invocables

Bien que le contrôle soit limité, il n'en demeure pas moins que le recours reste juridictionnel. Le Conseil délimite donc des moyens qu'il doit soulever d'office, comme des moyens de procédure et des moyens de fond. Là encore, on peut que souligner (et saluer), la démarche particulièrement pédagogique du Conseil : « *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* ».

Le premier moyen est d'ordre public. Cela signifie qu'il peut être soulevé d'office par le juge administratif, même en dehors de toute invocation par les parties. Le recours à l'arbitrage doit être prévu par les parties. Il ne peut être implicite, en particulier s'agissant des personnes publiques qui ne peuvent y recourir que de façon exceptionnelle. L'arbitrage peut être prévu soit dans une convention spécifique, soit par une clause au sein d'un contrat. Dans la mesure où il s'agit, dans les deux cas, de stipulations contractuelles, le juge doit s'assurer qu'elles sont juridiquement efficaces. C'est la raison pour laquelle il en vérifie la licéité.

Suit un groupe de moyens qui relèvent de la procédure. Le Conseil commence par reconnaître qu'il ne lui est pas possible de connaître de la validité des règles procédurales qui régissent l'arbitrage. Seul le juge judiciaire est compétent (« *en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative* »). De ce fait, il limite les moyens invocables à ceux qui relèvent d'une forme d'ordre public procédural, dont la substance est issue de normes internes et européennes (et notamment de la Convention européenne des droits de l'Homme) et qui constituent une forme de droit commun des décisions de justice (rappelons que les sentences arbitrales sont revêtues de l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties). Ces moyens consistent dans l'impartialité, l'indépendance, la compétence, le respect du contradictoire et de la motivation de la décision. Puisque la sentence arbitrale est une décision de justice, le Conseil d'État agit comme le ferait tout juge d'appel ou de cassation sur un jugement qu'il aurait à connaître. Ces exigences sont d'ailleurs celles qui sont applicables à toutes les décisions rendues par les juridictions administratives, aux termes du « décalogue » du contentieux administratif, prévu aux articles L.1 à 11 du Code de justice administrative.

Quant aux moyens relatifs au fond, le Conseil délimite cette catégorie aux exigences de la protection de l'ordre public qui fondent sa compétence. On retrouve ainsi le contrôle de la licéité du contrat (qui répond, par analogie, au contrôle de la licéité de la convention d'arbitrage elle-même). On retrouve également un contrôle lié à la validité du consentement des parties. Le Conseil aligne son contrôle sur celui qu'il a défini, pour le contentieux de droit commun des contrats administratifs, dans son arrêt CE, Ass, 2009, *Commune de Béziers*. Suit le contrôle du respect des « *règles auxquelles les*

personnes publiques ne peuvent déroger ». La Haute juridiction présente une liste non limitative de quatre catégories de moyens. Le premier est relatif à l'interdiction des libéralités, en vertu du principe selon lequel les personnes publiques ne peuvent consentir des libéralités (CE, 1893, *Compagnie des chemins de fer du Nord et de l'Est*), ni ne peuvent être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas (CE, Ass, 1971, *Sieur Mergui*). Le deuxième relève de la protection du domaine public, et l'interdiction de l'aliéner (CC, 2005, préc.). Le troisième est fondé sur la préservation des prérogatives de puissance publique, applicables même sans texte, et qui justifient le régime exorbitant des contrats administratifs. Le quatrième, enfin, renvoi aux règles d'ordre public de l'Union européenne. On doit admettre que ce moyen est toutefois un peu flou ; les juridictions de l'Union mettent une telle vigueur à assurer l'effectivité du droit européen, que l'on détermine mal ce qui ne pourrait pas être d'ordre public pour elles.

En l'espèce, la décision du Conseil d'État est justement fondée sur le constat d'une violation des règles relatives à l'exécution des contrats administratifs. Face à la carence du prestataire, la personne publique avait mis en régie le contrat, c'est-à-dire qu'elle avait fait exécuter les travaux aux frais et risques de son cocontractant. Cette prérogative importante de la personne publique contractante est une expression, dans la matière contractuelle, du privilège du préalable : l'administration n'a pas à attendre du juge qu'il prononce les sanctions contre son cocontractant défaillant. Elle peut agir d'elle-même en vue de préserver l'intérêt général que porte le contrat. Elle est l'une des sanctions que peut adopter d'office la personne publique, même sans texte (CE, 1907, *Deplanque*). Or, la sentence arbitrale n'avait pas reconnu le caractère administratif du contrat et avait dénié ce pouvoir à la personne publique. Le Conseil annule donc la sentence arbitrale pour ce motif.

II - UN OFFICE DU JUGE LIMITE

Au terme de ce contrôle, l'office du juge est également limité. Il n'agit pas en tant que juridiction supérieure d'un ordre de juridiction. Aussi, ses pouvoirs sont adaptés à la particularité du contrôle des sentences arbitrales. En d'autres termes, il ne dispose ni des mêmes pouvoirs qu'il aurait à l'issue du contrôle de la légalité des actes administratifs, ni de ceux dont il jouirait lors d'un examen d'appel ou de cassation. Cette particularité se ressent tant dans les conséquences qu'il tire d'une illégalité de la sentence (A), que dans les conditions strictes qu'il pose à l'exécution forcée (B).

A - Les conséquences à tirer d'une illégalité de la sentence

Lorsque le juge administratif conclut à l'illégalité de la sentence arbitrale, ses pouvoirs sont limités. Le Conseil les décrit précisément dans son arrêt : « *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 arbitral, 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* ».

Deux catégories d'illégalités peuvent se présenter au juge. La première relève de l'illégalité non de la sentence directement, mais du principe même du recours à l'arbitrage. Dans ce cas, le litige doit être résolu par le juge administratif lui-même. Le Conseil d'État ne dispose alors que de la possibilité de renvoyer, d'office, sans intervention des parties, le litige devant le Tribunal administratif compétent ou de se saisir lui-même du litige. Le choix résultera tant de l'application des règles de répartition de compétence au sein de la juridiction administrative, telles que prévues par le CJA, que de la décision de faire application de l'article L.821-1 du même code. On trouve ici une conséquence de l'interprétation stricte du principe selon lequel les personnes publiques ne peuvent normalement pas recourir à l'arbitrage.

La solution est différente s'il constate que le principe de l'arbitrage n'est pas atteint. Il retrouve alors des pouvoirs qui sont plus communs à un juge d'appel ou de cassation. Il faut noter que ces pouvoirs ne nécessitent pas qu'il soit, au préalable, jugé de la validité de la sentence. Au contraire, leur mise en œuvre dépend de la conclusion que le juge tire de son examen. Soit il ne relève aucune illégalité, et, dans ce cas, le recours est rejeté, soit, à l'inverse, il juge la sentence illégale, totalement ou partiellement, et il l'annule. Dans ce cas, le juge doit se conformer à la volonté des parties. On retrouve toute la particularité du recours à la justice privée : la compétence du juge dépend de la volonté des parties. Cette possibilité est issue de la convention d'arbitrage elle-même qui peut attribuer l'appel au juge étatique. Dans ce cas, le Conseil ne peut que se soumettre à la loi définie par les parties et en assurer la pleine effectivité. Mais dans le silence des stipulations ou en cas de stipulation contraire dans la convention, il n'est compétent qu'après y avoir été invité par les parties. La demande des parties doit être convergente : en l'absence d'unanimité sur cette solution, il doit décliner sa compétence. Ces parties sont libres, dans le cas contraire, de ressaisir le Tribunal arbitral ou de saisir le Tribunal administratif compétent. On doit avouer qu'il est particulièrement déstabilisant

de voir ainsi la compétence du juge décidée par les parties elles-mêmes, d'autant que la *ratio* qui régit l'architecture même de ce type de contentieux est fondée sur le principe de l'indisponibilité de la compétence juridictionnelle ...

B - Les conditions strictes de l'octroi de l'autorisation d'exécution forcée

La sentence arbitrale dispose bien de la *jurisdictio*, c'est-à-dire de la capacité juridique de trancher un litige et de jouir de l'autorité de la chose jugée, mais, s'agissant d'une justice d'origine privée et non étatique, l'exécution de la sentence doit être admise par un juge étatique. C'est ce que l'on nomme procédure d'exequatur. Par elle, le juge étatique reconnaît la validité de la sentence et lui permet de pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée. Sans l'assentiment du juge étatique, il n'est pas possible de recourir à la force publique pour faire exécuter la sentence. C'est là une limite à la justice privée : seul l'État dispose du monopole de la violence légitime et donc de la contrainte.

Aussi, le juge étatique doit s'assurer que l'exequatur ne viole aucune règle d'ordre public. Son office est précisé par le Conseil d'État : « *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* ».

Pour l'essentiel, ce contrôle est totalement aligné sur celui que le juge administratif doit mener lorsqu'il est saisi d'un recours en contestation de validité contre la même sentence. La solution est logique et n'appelle pas d'autre commentaire.

L'ensemble de ces principes ont été appliqués récemment aux sentences arbitrales internes. Le Conseil d'État a, en effet, confirmé la compétence du juge administratif pour connaître du recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat administratif (CE, 30/07/2024, *Collectivité territoriale de la Martinique*). Les modalités et les effets du contrôle du juge administratif sont les mêmes que ceux qui ont été définis pour les sentences arbitrales internationales dans l'arrêt *Société Fosmax*.

CE, ASS., 9/11/2016, SOCIETE FOSMAX

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 A...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.

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 A...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 B...A... ; 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 A...a mis en oeuvre 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 A...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 A...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 A...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 A...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 A...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 A...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 arbitral, 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 A...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 événements 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 A...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 A...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 oeuvre 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 A...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 A...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 A...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 A...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 A...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 A...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 A...de la somme de 2 000 euros chacune au titre des frais exposés par cette dernière et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : La sentence arbitrale rendue à Paris le 13 février 2015 entre la société Fosmax A...et le groupement d'entreprises STS est annulée en tant qu'elle a rejeté la demande de la société Fosmax A...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 A...est rejeté.

Article 3 : Les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem verseront chacune à la société Fosmax A...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 FosmaxA..., à la société TCM FR, à la société Tecnimont et à la société Saipem.