

La théorie de l'imprévision : retour vers le futur

Hélène Hoepffner, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (SERDEAUT)


Marion Ubaud-Bergeron, Professeur à l'université de Montpellier, centre de recherches et d'études administratives de Montpellier (CREAM)

L'essentiel




Pure construction du juge administratif, la théorie de l'imprévision, qui n'a pas d'équivalent en droit civil, permet la poursuite des contrats publics en dépit de circonstances exceptionnelles mettant gravement en péril leur équilibre économique. La doctrine avait cru cette théorie menacée, notamment par les directives Marchés et Concessions qui prévoient des modifications des contrats sous le prisme du respect de la concurrence. L'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 affirme la survie de la théorie au-delà de ces règles, même si elle a vocation à une application limitée.





« Tête de pont jetée dans le futur », le contrat subit les « meurtrissures du temps » (J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 6^e éd., 1988, p. 175 ; H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision, L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF, 1999, p. 643), en particulier lorsque son exécution s'étale dans le temps. Son équilibre ayant été déterminé en considération des circonstances de sa conclusion, il est exposé aux aléas. De fait, en cas de rupture dudit équilibre en raison de la transformation du contexte économique, politique, monétaire ou social, la question se pose de savoir si le cocontractant désavantagé peut obtenir son rétablissement afin d'éviter l'anéantissement du contrat. C'est la finalité de la théorie de l'imprévision.

Cette théorie, comme celles de la force majeure et des sujétions imprévues, est un instrument de gestion des aléas susceptibles d'affecter l'exécution du contrat administratif. Elle est un mécanisme de résistance du contrat à ces aléas, destiné à garantir la poursuite de son exécution - c'est d'ailleurs une condition de sa mise en oeuvre - et, par là même, la continuité du service public. Elle a pour finalité d'aider le cocontractant de l'administration à exécuter ses obligations contractuelles malgré la survenance d'un événement imprévisible, extérieur, bouleversant l'économie du contrat, en lui permettant d'obtenir une indemnité compensant les charges extracontractuelles découlant dudit événement.




Cette théorie est une pure construction du juge administratif qui l'a consacrée en dehors de tout texte, dans le contexte du premier conflit mondial, par l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (CE 30 mars 1916, n° 59928, Lebon  125 ; RD publ. 1916. 206 et 388, concl. Chardenet et note G. Jèze ; S. 1916. 3. 17, M. Hauriou). Elle a été, à l'époque, justifiée par les avocats des compagnies gazières et par le commissaire du gouvernement Chardenet par la nature particulière du contrat administratif et, plus exactement, du contrat de concession, liée aux exigences du service public. Elle n'est donc nullement fondée ni même inspirée du code civil. Au contraire. Elle est propre au droit administratif : c'est l'intérêt du service public, lequel prévaut sur l'intérêt des contractants, qui a justifié d'écarter le principe de la force obligatoire du contrat avancé par la Cour de cassation dans la célèbre affaire du *Canal de Crapone* (Civ. 6 mars 1876, D. 76. 1. 193, note Giboulot) et confirmé à de multiples reprises même durant la période d'inflation consécutive à la Grande Guerre (CE 6 juin 1921, D. 1921. 1. 73, rapp. 1. Colin) pour écarter la révision pour imprévision jusqu'à la codification, en 2016, d'un mécanisme proche à l'article 1195 du code civil (F. Poulet et L. Thibierge, *Pouvoir du juge et contrat : la révision du contrat*, in V. Bouhier et D. Houtcieff [dir.], *Contrats de droit privé et contrats administratifs, droit comparé interne*, LGDJ, 2019, p. 173). Selon la formule d'Hauriou, « la rigidité du service public est assurée par la flexibilité du contrat ». Dans cette perspective, la portée de l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* apparaît comme bien plus importante que la création de la théorie de l'imprévision : « il s'agit d'une sorte d'arrêt *Bianco* du droit des contrats administratifs. Que disent, en effet, le commissaire du gouvernement, puis le Conseil d'Etat sinon que "les rapports entre les contractants publics ne peuvent être régis par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que ces rapports contractuels ont leurs règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés" ? Le Conseil d'Etat est conduit par cet arrêt à donner un socle à la théorie des contrats administratifs » (F. Rolin, *Les contrats de l'administration et la Première Guerre mondiale*,

Cette théorie emblématique du droit administratif a pourtant longtemps été ensommeillée. « Sans pour autant être devenue objet de musée, elle a perdu son éclat » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., t. 1, 2001, p. 1214).

Son utilisation est devenue rare en raison des difficultés liées à sa mise en oeuvre (sur lesquelles nous allons revenir) mais aussi de l'évolution des pratiques contractuelles ayant conduit à insérer dans les contrats des clauses de révision ou de variation de prix aux éventuelles variations économiques (CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, RD publ. 1963. 565, obs. M. Waline). Se suffisant généralement à elles-mêmes, ces clauses ont souvent rendu impossible tout recours à cette théorie jurisprudentielle (par ex., CAA Douai, 26 avr. 2022, n° 20DA01405  ; L. Clouzot, La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude, RFDA 2010. 937  ; A. Ruellan et A. Hugé, Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision, AJDA 2006. 1597  ; N. Symchowicz et P. Le Bouëdec, Rédaction du contrat et anticipation des circonstances nouvelles, ACCP 2006, n° 52, p. 20).

Certes, elle a connu des périodes de renouveau : au début des années 1970, à l'occasion du choc pétrolier, comme en témoigne la circulaire du 20 novembre 1974 (JO 30 nov.) et dans les années 2000, dans le contexte de la crise de l'acier (S. Abbattucci, B. Sablier et V. Sablier, Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux, AJDA 2004. 2192 ) ou grâce à une affaire de pollution restée tristement célèbre (CE 14 juin 2000, n° 184722, *Commune de Staffelfelden*, Lebon  227 ; D. 2000. 196, et les obs.  ; RDI 2000. 565, obs. F. Llorens ).

Mais, alors même qu'elle était codifiée à l'article L. 6, 3° du code de la commande public (CCP), son utilité pratique a été considérée comme « inversement proportionnelle à la renommée dont elle jouit », tant ses « applications positives se [comptaient] sur les doigts d'une main » (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, La théorie de l'imprévision est-elle dépassée ?, CMP 2018. Repère 3).

Elle a cependant été brutalement réveillée. En 2020, d'abord, lors de la pandémie de covid-19 et des confinements consécutifs à l'occasion desquels elle a été largement invoquée (v., not., G. Eckert, Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de covid-19, CMP 2020. Etude 4 ; H. Hoepffner, L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de covid-19 dans les contrats de la commande publique, CMP 2020. Etude 6 ; F. Lichère, La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique, AJDA 2020. 1105  ; R. Noguellou, Les marchés publics et les concessions face à la crise sanitaire, RDI 2020. 360  ; rappr. Ch.-E. Bucher, Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ?, CCC 2020. Etude 5). En 2022, ensuite, en raison de la flambée des prix des matières premières et des composants ainsi que des pénuries d'approvisionnement (Circ. 30 mars 2022, n° 6338 SG abrogée par la circulaire du 29 sept. 2022, n° 6374 SG). La continuité de certains services étant directement menacée (comme en témoigne, en septembre, la décision contestable de la société Vert Marine, exploitante de piscines municipales, de fermer ses établissements), le gouvernement n'a certes pas adopté de mesure d'ordre public de caractère législatif, au regret de certains professionnels (<https://www.fntp.fr/infodoc/juridique-marches/gestion-contractuelle/marches-publics/crise-des-matieres-premieres-et-de>), mais a interrogé le Conseil d'Etat sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision (avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, n° 405540, AJDA 2022. 1756  ; JCP Adm. 10 oct. 2022, n° 2276, obs. J. Martin et n° 2277, obs. F. Linditch ; JCP E 2022, n° 1335, note F. Lichère). Cet avis est important à un double point de vue ; il permet, d'une part, de réaffirmer l'existence de la théorie de l'imprévision et, d'autre part, d'en préciser les conditions de mise en oeuvre.

I - L'existence de la théorie

A. Une théorie entourée d'incertitudes



Bien que la théorie de l'imprévision « soit l'une des plus notoires du droit administratif » (R. Chapus), elle est entourée d'incertitudes.

1. Une date de naissance floue

La première est relative à sa date de naissance (pour une analyse des controverses, L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, p. 119 et s.). Si, classiquement, il est soutenu que sa consécration remonte à l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, d'aucuns ont soutenu, en s'appuyant notamment sur les conclusions Chardenet (« est-ce là une solution bien nouvelle que nous vous proposons ? Nullement. Nous nous conformons à votre jurisprudence »), que celle-ci s'inscrivait dans le







prolongement de jurisprudences relatives au relèvement des prix dans les marchés publics de fournitures (CE 18 avr. 1821, *Boubée*, Lebon 521 ; CE 30 mai 1821, *Cousin*, S. 1821. 2. 409 ; CE 20 févr. 1869, *Pinard*, Lebon 731) et de travaux (CE 20 avr. 1877, *Wittersheim*, DP 1877. 3. 73 ; v., not., P. Saint-Marc, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, Jouve, 1918 ; J. Lapeyre, *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, Dalloz, 1923 ; C. Desjonquères, *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, Jouve, 1926). Mais nombre de ces arrêts font, en réalité, application de la théorie du fait du prince ou de celle des sujétions imprévues.

2. Un champ d'application incertain

La deuxième incertitude est relative à son champ d'application et, par voie de conséquence, à son fondement. Née en droit des concessions de service public et justifiée par la nécessité de garantir la continuité de celui-ci, la théorie de l'imprévision a très vite été appliquée à d'autres contrats, à la condition que le titulaire assure une mission de service public ou d'intérêt général (M. Ubaud-Bergeron, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Université Montpellier-I, 2004, p. 381). Il en fut ainsi pour des marchés publics de fournitures (CE 8 févr. 1918, *Gaz de Poissy*, RD publ. 1918. 237, concl. Corneille ; CE 23 nov. 1956, *Hereil*, Lebon 448), de transports (CE 21 juill. 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*, Lebon 586) et de travaux publics (CE 3 févr. 1924, *Grandchamp*, Lebon 176 ; CE 8 nov. 1932, *Grandrieux*, Lebon 932), y compris à prix forfaitaire (CE 10 mars 1948, *Hospices ville de Vienne*, Lebon 124 ; CE 19 févr. 1992, n° 47265 , *SA Dragages et travaux publics*). Cela a conduit à débattre de son fondement qui ne pouvait plus être la seule continuité du service public. Si certains arrêts laissent penser que la justification pourrait être, plus largement, la durée du contrat quel que soit son objet (CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, Lebon 1036 ; RD publ. 1921. 81, concl. Corneille, refusant son application à un marché à livraison unique en raison de son bref délai d'exécution), une telle analyse a été démentie par la jurisprudence contemporaine refusant son application à des conventions domaniales au motif que leur titulaire ne s'engage pas à répondre à un besoin de l'administration mais poursuit ses propres projets (CAA Douai, 12 déc. 2020, n° 19DA00887, RDI 2021. 160, obs. N. Foulquier ). De fait, si cette théorie n'est clairement plus limitée aux seules concessions de service public, elle ne s'applique pas non plus à l'ensemble des contrats administratifs. Elle semble être cantonnée à ceux transférant ou partageant avec leur titulaire une part de risque économique (not. les marchés de partenariat). La question se pose ainsi de savoir si elle n'est pas, en réalité, une théorie propre aux contrats de la commande publique qui impliquent une certaine continuité dans la délivrance des prestations.

3. Un régime juridique controversé

La troisième incertitude est relative à son régime et, plus exactement, au fondement de l'indemnisation perçue par le titulaire du contrat.

Compte tenu de ce que l'imprévision suppose la survenance d'une « situation extracontractuelle » et donne lieu au « versement d'une indemnité extracontractuelle », certains auteurs soutiennent que l'état d'imprévision engage la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'administration (not., L. Richer, *L'imprévision et les marchés publics*, AJDA 2022. 1497  ; Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, 2013, n° 1271 ; L. Folliot-Lalliot, *Responsabilité contractuelle*, J.-Cl. CMP, fasc. 32, n° 13). Ils défendent l'idée qu'en cas d'imprévision, le contrat continue à lier les parties - le cocontractant de l'administration n'étant d'ailleurs nullement déchargé de son obligation d'exécution - mais que l'indemnisation versée, soit de manière conventionnelle soit par le juge, demeure extérieure aux stipulations du contrat et qu'elle n'a ainsi pas sa source dans le contrat (v. J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, RFDA 2004. 80  ; J. Magnan de Borgnier, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Jouve, 1924). Ils peuvent s'appuyer sur une jurisprudence mentionnant la charge extracontractuelle et l'indemnité de nature extracontractuelle (CE 21 oct. 2019, n° 419155, *Société Alliance*, Lebon  ; AJDA 2020. 796 , note C.-A. Dubreuil  ; AJCT 2020. 84, obs. S. Hul  ; rappr. avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, préc.). On objectera toutefois que quand bien même l'indemnité serait extracontractuelle, cela n'induit pas une responsabilité extracontractuelle.

D'autres soutiennent, au contraire, que l'imprévision engage la responsabilité contractuelle sans faute de l'administration : « si l'indemnité d'imprévision est considérée comme extracontractuelle en raison de son imprévisibilité, il n'en reste pas moins que le régime de responsabilité sur lequel elle se fonde exige l'existence d'un contrat » (D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 1998 ; R. Rouquette, *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2006, IV, 401, 2 ; R. Drago et M.-H. Brabet, *La responsabilité administrative sans faute en droit français*, Société Législation comparée, 1964 ; O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 2^e éd., 2018, p. 445). Le fondement de cette indemnité se situe en amont du préjudice, dans l'obligation d'exécution des obligations contractuelles pesant sur le titulaire du contrat. Faute de contrat en cours, l'action indemnitaire est irrecevable (CE 24 juill. 1981, *SOMIVAL*, Lebon 815 et 819) et aucune indemnité ne peut être

obtenue. Ces auteurs peuvent s'appuyer sur deux arrêts très explicites du Conseil d'Etat ainsi qu'une jurisprudence nourrie des juridictions du fond (CE 28 juill. 2011, n° 332256¹ ; CE 11 juill. 2014, n° 359980, Lebon T. ; AJDA 2014. 2342² ; Rev. CMP 2014. 53, note J.-P. Piétri ; CAA Nancy, 6 juill. 2021, n° 19NC03035³ ; CAA Versailles, 22 avr. 2021, n° 18VE04192⁴ ; CAA Bordeaux, 12 nov. 2020, n° 18BX02374⁵).

Plus rarement et de façon moins convaincante, certains ont soutenu que cette théorie devait être rattachée à la responsabilité contractuelle pour faute (d'imprévoyance ou d'abus de droit contractuel, J.-F. Oum Oum, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2014, p. 247).

D'autres enfin considèrent que l'imprévision n'engage nullement la responsabilité de l'administration mais constitue un mécanisme original d'indemnisation extracontractuel (concl. Riboulet sur CE 27 juin 1919, *Société du gaz de Nice*, Lebon 572 ; Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, Economica, 1989, P. 209). Jérémy Bousquet (*Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2019, n°s 398 et s.) a ainsi très justement montré que le rattachement de l'imprévision à la notion de responsabilité est illogique dès lors que la condition d'imputabilité, propre à la responsabilité administrative, fait défaut, le fait générateur de l'imprévision n'étant nullement imputable à la personne publique contractante (rappr. CE, sect., 5 nov. 1982, n° 19413, *Société Propétrol*, Lebon 281 ; AJDA 1983. 259, concl. D. Labetoulle, relevant qu'« il manquera toujours dans ces hypothèses, la preuve de l'imputabilité du fait dommageable à l'administration contractante, véritable condition d'existence de sa responsabilité contractuelle »). Il se trouve dans des événements extérieurs aux parties et non dans un fait fautif ou non d'un cocontractant. Il ajoute qu'en cas d'imprévision, la condition du préjudice est également aménagée car celui-ci doit dépasser un certain seuil, ce qui n'est pas le cas en droit de la responsabilité où il suffit qu'il présente certains caractères.

Si tout rattachement à la sphère contractuelle n'est pas exclu (L. Richer, préc., proposant de fonder l'indemnisation sur une clause *rebus sic stantibus* implicite, sur le principe de loyauté contractuelle ou sur celui d'équilibre), le débat reste ouvert. La codification de la théorie de l'imprévision ne permet pas de trancher la question (l'article L. 6 du CCP peut être compris comme un principe d'interprétation des contrats donnant une coloration contractuelle à l'indemnité versée ou comme consacrant une garantie extracontractuelle, ce que semble suggérer l'avis du 15 septembre 2022, préc.).

B. Une théorie consacrée par le CCP

L'adoption des directives du 26 février 2014 (Dir. 2014/24/UE et 2014/25/UE, Marchés publics ; Dir. 2014/23/UE, Concessions) a pu laisser croire que la pérennité de cette théorie jurisprudentielle était mise en cause (J. Bousquet, thèse préc., n° 398 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *La théorie de l'imprévision est-elle dépassée ?*, préc. ; H. Hoepffner, *La modification des contrats*, RFDA 2016. 280⁶ ; M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 4^e éd., 2021, n° 716 ; L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12^e éd., p. 284 ; Ch.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2^e éd., n° 904). Certes, celles-ci ne la condamnent pas ; ses conditions d'application ne sont pas directement mises en cause. Mais elles limitent les possibilités de modifier le contrat, y compris lorsqu'elles sont la conséquence d'aléas.

L'adoption du CCP a pu reconforter les esprits. La théorie de l'imprévision y est codifiée au frontispice du code, à l'article L. 6, 3°, au sein du titre préliminaire, parmi les règles et principes fondamentaux régissant les contrats (administratifs) de la commande publique : « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Dès lors toutefois que celle-ci donnait souvent lieu à la conclusion d'avenants (préconisés par la doctrine administrative, Circ. 20 nov. 1974, préc.), on pouvait légitimement se poser la question de l'articulation de ces dispositions avec celles relatives à la modification. L'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 se veut rassurant : « le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision [...] n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 [...] encadrant la modification » des contrats (pt 18). Il rappelle d'abord qu'à travers cet article, le législateur a entendu codifier les conditions jurisprudentielles de cette théorie énoncées dès 1916, « sans y déroger ni en préciser les conditions d'application » (pt 17). Il précise que « ces dispositions ne [précisant] pas que l'indemnisation de l'imprévision est octroyée dans les conditions prévues par le code, [il] ne peut en conséquence être regardé comme la régissant » (pt 16). Autrement dit, en cas d'imprévision, il n'y a pas lieu de lui appliquer les dispositions encadrant les modifications apportées au contrat puisque celle-ci donne lieu à la conclusion d'une convention d'indemnisation *ad hoc* ne modifiant pas le contrat, ce qui peut se discuter (v. *infra*).

Si cette codification ne modifie pas, au fond, la « théorie de l'imprévision » (expression qui renvoie à une

construction jurisprudentielle), elle en change la nature pour les contrats administratifs de la commande publique. Elle devient une règle législative. La théorie jurisprudentielle survit toutefois en dehors du code pour les autres contrats administratifs... si tant est qu'elle puisse leur être appliquée.

Elle conserve ainsi clairement son identité et sa spécificité par rapport au mécanisme de révision du contrat pour imprévision introduit par l'ordonnance du 10 février 2016 à l'article 1195 du code civil. Certes, leurs conditions de déclenchement sont similaires (un changement de circonstances, imprévisible, rendant l'exécution excessivement onéreuse). Mais leurs effets sont radicalement distincts, du moins si l'on s'en tient à la position du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 considérant que la convention d'indemnisation versée, à titre temporaire, en cas d'imprévision n'a nullement pour effet de modifier le contrat initial. La partie affectée par un événement imprévu « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation » (en réalité, elle doit demander une telle renégociation faute de pouvoir saisir directement le juge). Les parties peuvent alors s'entendre pour modifier ou résilier leur contrat ou, à défaut, saisir le juge afin qu'il procède à la révision judiciaire du contrat (pouvoir qui fait réfléchir les créanciers récalcitrants à la négociation). En droit privé donc, point d'indemnité d'imprévision, ni de caractère temporaire pour celle-ci : la mise en oeuvre de l'imprévision entraîne une modification pérenne du contrat, décidée par les parties ou par le juge, ce qui, dans ce dernier cas, pose la question de la nature du contrat ainsi révisé. Cette différence n'est nullement neutre pour les contrats de droit privé de la commande publique qui y sont soumis (Circ. 29 sept. 2022, préc., p. 6) ; c'est alors non seulement la renégociation par les parties qui est encadrée par les règles du CCP relatives à la modification mais aussi, nous semble-t-il, la révision du contrat par le juge.

II - La mise en oeuvre de la théorie

A. Des conditions étroites

Les conditions à l'application de la théorie jurisprudentielle de l'imprévision ont été fixées dès la décision *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, conditions reprises à droit constant par le CCP, le législateur ayant « entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision, sans y déroger ni en préciser les conditions d'application » (avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, préc., pt 17). Elles sont classiquement au nombre de trois.

La théorie ne peut tout d'abord être invoquée que lorsque le cocontractant est confronté à un événement présentant un « caractère exceptionnel » et qui « dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties » lors de la conclusion du contrat (CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, préc.), condition que l'article L. 6, 3° du CCP synthétise en se référant à un « événement extérieur aux parties » et « imprévisible ». Dès lors qu'il entraîne une hausse des prix ou du coût de l'exécution, l'événement peut prendre des formes très diverses ; il pourra s'agir aussi bien de guerres ou conflits situés sur le territoire français ou en dehors de celui-ci (le conflit en Ukraine en fournissant une évidente illustration), d'une hausse importante du prix des matières premières sur le marché international (la question s'étant notamment posée pour la hausse du prix du fuel-oil domestique au début des années soixante-dix ; CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc. ; et de celui de l'acier au début des années 2000), que de phénomènes naturels (CE, sect., 21 avr. 1944, *Compagnie française des câbles électriques*, Lebon 119). A cet inventaire assez éclectique, s'est ajoutée la récente crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19 qui démontre la nécessaire plasticité de la notion, la particularité de cette crise étant que l'événement exceptionnel réside autant dans l'épidémie que dans les mesures administratives prises pour y faire face. L'avenir dira si l'impact du réchauffement climatique sur certaines activités de production pourra y être intégré.

L'important ne tient donc pas tant à la nature de l'événement en lui-même qu'à son caractère imprévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat : celui-ci doit présenter un caractère exceptionnel que les parties ne pouvaient raisonnablement pas anticiper (CE 10 févr. 1943, *Aurran*, Lebon 36 ; CE, sect., 23 janv. 1959, *Commune d'Huez*, Lebon 67). Interprétée littéralement, cette condition devrait tendre à exclure la théorie de l'imprévision lorsque le contrat a été conclu postérieurement à la survenue de l'événement. Tel n'est pas le cas : le juge admet, en effet, que puisse être indemnisé sur ce fondement un cocontractant dont le contrat a été conclu postérieurement à un événement connu des parties mais dont les conséquences n'étaient pas prévisibles (CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Lebon 115), ceci expliquant que la théorie de l'imprévision ait pu être invoquée pour certains contrats conclus au moment de l'émergence de la pandémie de covid-19, voire après, mais pour lesquels les parties n'avaient pas pu anticiper la durée et l'ampleur de celle-ci.

N'étant pas prévisible par les parties, l'événement doit, corrélativement, être extérieur à elles, la théorie de l'imprévision ne pouvant pas jouer si le bouleversement du contrat est imputable au cocontractant lui-même (CE 21 oct. 2019, *Société Alliance*, préc.) ou à une mesure de l'administration cocontractante, la théorie du fait du prince ayant vocation à prendre ici le relais de la théorie de l'imprévision. Différente est la situation où le bouleversement

du contrat est lié à une mesure administrative prise par une autre autorité, et plus particulièrement l'Etat, comme cela a été le cas avec les différentes mesures de restriction prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : se pose ici la question de savoir dans quelle mesure les cocontractants de l'Etat sont encore en mesure d'invoquer la théorie de l'imprévision pour obtenir une indemnisation de l'Etat.

La théorie de l'imprévision ne peut ensuite jouer que si « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée » (CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, préc.), condition formulée de façon sans doute moins abrupte par l'article L. 6, 3° du CCP qui, lui, retient un bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat : concrètement, est ici rappelé le principe selon lequel le cocontractant de l'administration doit assumer la part de risque normale inhérente à l'exécution de tout contrat, l'administration n'ayant pas vocation à couvrir toutes les pertes de celui-ci en tant qu'« assureur » de son cocontractant (L. Rapp., *Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet*, Rev. CMP 2008. Etude 7).

La théorie de l'imprévision manifeste ici son autonomie par rapport à la modification du contrat pour circonstances imprévisibles (CCP, art. R. 2194-5 et R. 3135-5) qui, elle, n'est pas subordonnée à une telle condition. S'affrontent ici deux logiques différentes, la théorie de l'imprévision étant sous-tendue implicitement par une logique de loyauté contractuelle, là où la modification du contrat, telle que façonnée par le droit de l'Union européenne, est avant tout gouvernée par des impératifs concurrentiels.



Reste encore à déterminer dans quels cas un tel seuil de bouleversement est atteint, condition sans doute la plus délicate à apprécier. Si cette condition suppose que le cocontractant soit confronté non pas à une simple baisse de son chiffre d'affaires, mais à un déficit d'exploitation (CE, avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, préc., pt 17, reprenant la jurisprudence antérieure), elle implique aussi que celui-ci présente un caractère anormal. Dit autrement, il faut encore que le cocontractant n'ait pas à assumer un tel déficit, ce qui dépend en grande partie de la nature du contrat et de sa rédaction, et donc de la part de risque lui incombant, le concessionnaire et le titulaire d'un marché à forfait n'étant pas dans la même situation que le titulaire d'un marché à prix unitaire (Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, préc. ; CE, avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, préc., pts 25-26). Si toute méthode d'appréciation fondée sur un seuil limite défini *in abstracto* semble avoir été écartée (contrairement à la circulaire du 20 novembre 1974 dont l'article 4.122 précisait que le bouleversement était atteint lorsque les charges extracontractuelles atteignent un quinzième du montant initial du marché), les textes paraissent désormais s'orienter vers le critère du dépassement du « prix limite », entendu comme le niveau des charges contractuelles envisagé lors de la conclusion, étant précisé que le bouleversement s'apprécie par période d'imprévision et non sur la durée totale du contrat (DAJ, fiche technique du 21 sept. 2022) et doit tenir compte des spécificités du secteur économique et des justifications de l'entreprise (Circ. du 29 sept. 2022, préc.) : concrètement, l'imprévision est une affaire de cas.

La théorie de l'imprévision ne pourra enfin être invoquée que si le titulaire a poursuivi l'exécution du contrat administratif. Dégagée à partir de l'exigence de continuité des services publics, cette condition vise, plus largement, à assurer la permanence des activités d'intérêt général dont l'administration a la charge, ce qui explique que le commissaire du gouvernement Pierre Chardenet ait pu exposer la théorie de l'imprévision comme une charge incombant à la puissance publique (concl. sur CE 30 mars 1916, préc.). Compte tenu du fait que la même exigence est posée en droit civil (C. civ., art. 1195), celle-ci est finalement moins marquée d'une empreinte administrative que d'une logique purement contractuelle : l'imprévision oblige les parties réciproquement. Si elle s'oppose donc au versement d'une indemnité au titulaire ayant interrompu les prestations (CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propérol*, préc.), cette condition nécessite toutefois de tenir compte des circonstances particulières. Ainsi, l'interruption momentanée de certaines activités liée aux mesures de restriction prises par l'Etat pendant l'épidémie de covid-19 n'est pas *a priori* de nature à empêcher le versement d'une indemnité d'imprévision pour l'ensemble de la période pendant laquelle l'exécution d'un contrat administratif s'est effectuée dans des conditions dégradées.

B. Une concrétisation libérale

Contrairement à la théorie civiliste de l'imprévision qui repose sur un pouvoir d'intervention du juge pour réviser le contrat, l'imprévision administrative a toujours reposé, *in fine*, sur l'intervention des parties. Que l'imprévision soit constatée par elles ou au besoin par le juge en cas de désaccord, l'indemnité d'imprévision se concrétisait en principe par la conclusion d'un avenant au contrat, ce qui revenait à assimiler l'imprévision à une cause particulière de modification des contrats. C'est ce qui explique, logiquement, que la doctrine (v., not., H. Hoepffner, *La modification des contrats*, préc.) ait pu considérer, lors de l'adoption des directives du 26 février 2014, que le nouveau régime restrictif applicable aux modifications des contrats allait avoir, par ricochet, un effet réducteur sur la théorie de l'imprévision, en l'enserrant dans les conditions posées par la directive et notamment le seuil des 50 %.

L'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 marque, à cet égard, une évolution sensible : celle de l'autonomisation de l'imprévision avec le régime des modifications contractuelles (évolution qu'avait déjà amorcée la circulaire du 30 mars 2022, G. Eckert, Retour sur la théorie administrative de l'imprévision, Rev. CMP 2022. Repère 9). Il résulte de cet avis que si les parties demeurent libres, face à une situation d'imprévision, de régler les difficultés rencontrées par une modification du contrat et, en ce cas, en respectant les règles fixées par le CCP, la théorie de l'imprévision *stricto sensu* est maintenue à un double point de vue. D'une part, elle n'est pas remise en cause par ces règles de modification des contrats dont elle se distingue conceptuellement ; d'autre part, elle se concrétise matériellement par d'autres vecteurs que la conclusion d'un avenant puisqu'elle pourra avoir comme support soit la conclusion d'une convention *ad hoc* entre les parties, soit l'intervention du juge en cas de désaccord des parties (pts 18, 22 et 23 de l'avis). Par ailleurs, alors que la modification du contrat, conventionnelle ou unilatérale, demeure une faculté ouverte aux parties, le droit à indemnisation du cocontractant pour imprévision - avec donc comme exigence celui d'un bouleversement de l'économie générale - y est explicitement consacré comme un droit de l'entrepreneur, ce qui revient à ériger implicitement cette théorie au rang des règles d'ordre public (Ch.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2^e éd., 2022, p. 404).

Dès lors que la théorie de l'imprévision est distinguée des modifications contractuelles, elle se soustrait dans ses modalités au régime de ces dernières dans le calcul de l'indemnité. Tout d'abord, si l'administration est donc tenue de procéder à l'indemnisation de son cocontractant en cas d'imprévision, celle-ci ne sera que provisoire et partielle puisque le cocontractant devra lui aussi supporter une part des charges extracontractuelles (5 à 25 % selon la circulaire du 29 sept. 2022). Ensuite, le seuil maximal des 50 % qui limite les modifications contractuelles ne s'applique pas à l'indemnité d'imprévision (avis, pts 22 et 23). Si cette clarification se comprend pour le cas où l'indemnisation est réglée par le juge administratif lui-même, elle laisse plus perplexe dans le cas où elle procède d'une convention *ad hoc* entre les parties ; concrètement, il n'est pas certain qu'une telle convention ne puisse pas être considérée comme une forme de modification du contrat, la distinction opérée par l'avis reposant sur la fiction de la dissociation, *a fortiori* lorsque l'on se rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne a déjà considéré qu'une transaction conclue entre les parties à un contrat de la commande publique devait être analysée comme une modification du contrat au sens des directives européennes (7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne A/S*, RTD eur. 2017. 305, obs. A. L. Durviaux  ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues  ; Rev. CMP 2016, n° 257, note F. Llorens). Sans doute le Conseil d'Etat avait-il bien à l'esprit cette contrainte lorsque l'avis a été adopté et il faut donc y voir une volonté assumée de ce dernier de préserver la théorie de l'imprévision d'un prisme concurrentiel excessif, ou pour le dire autrement, de défendre une certaine conception du solidarisme contractuel en temps de crise.

La théorie jurisprudentielle de l'imprévision, sans doute plus que d'autres théories en droit des contrats administratifs, connaît finalement une pérennité et une singularité remarquables. Pérenne, puisque sa constance et sa codification récente démentent la crainte de sa disparition, suscitée tant par la concurrence qu'elle subit du fait du développement de techniques contractuelles alternatives que par l'incidence du droit de l'Union européenne dont on avait pu craindre qu'elle n'en affecte la portée. Sans doute va-t-elle demeurer par la suite d'application limitée, compte tenu des conditions étroites de sa mise en oeuvre, mais sa rareté est, d'une certaine façon, consubstantielle à sa nature même, celle d'une théorie jurisprudentielle formée pour faire face aux situations exceptionnelles. Singulière, enfin, car la théorie de l'imprévision a finalement vu son autonomie consacrée vis-à-vis du régime des modifications contractuelles en droit administratif, et qu'elle demeure, même après plus d'un siècle, profondément originale au regard du droit civil.

Mots clés :

CONTRAT * Contrat administratif * Exécution du contrat administratif * Imprévision