

RFDA 2010 p.937**La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude****Ludivine Clouzot, ATER à l'Université Montpellier I. Membre du Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier (CREAM)****L'essentiel**

Consacrée par l'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, la théorie de l'imprévision semble désormais avoir vécu. En effet, le recours à la théorie jurisprudentielle s'est considérablement raréfié en raison, notamment, de l'émergence d'instruments conventionnels d'encadrement de l'imprévision. Toutefois, la théorie jouissant d'une application effective en droit contemporain des contrats administratifs et exerçant même une influence avérée en droit privé, son rayonnement persiste.

« Nous l'admirons encore de confiance, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu depuis des centaines d'années, tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus, ou du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique ». C'est avec cette métaphore célèbre teintée de résignation que, voici près d'un siècle, Maurice Hauriou annonçait la mort du recours pour excès de pouvoir (1). Les mêmes termes pourraient aujourd'hui être employés à propos de la théorie de l'imprévision, tant son avenir fait débat en droit des contrats administratifs.

Consacrée en 1916 par l'arrêt du Conseil d'État, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (2), la théorie de l'imprévision constitue avec les théories de la force majeure et du fait du prince, un instrument reconnu dans la gestion des aléas susceptibles d'affecter l'exécution du contrat administratif. Découverte par la Haute juridiction à l'occasion du Premier conflit mondial, la théorie de l'imprévision avait vocation à gérer une situation extrême, censée demeurer provisoire. La mise à jour d'un tel instrument répondait alors à la volonté de préserver une certaine stabilité dans l'exécution contractuelle et par là même, selon une position doctrinale traditionnelle, la continuité du service public. En effet, dans cette situation profondément troublée, l'équilibre des conventions conclues pour une longue durée se trouvait bouleversé, les concessionnaires de service public ne pouvant plus assurer l'exécution du contrat sans aller à leur perte financière. La théorie de l'imprévision a ainsi été érigée dans l'optique d'aider le cocontractant de l'administration à poursuivre l'exécution de la convention malgré la survenance d'un événement imprévisible, extérieur, bouleversant l'économie du contrat, en lui permettant d'obtenir une indemnité destinée à compenser les charges extra-contractuelles susceptibles d'apparaître en cours d'exécution de la convention.

Instrument relativement circonscrit car dédié à un type particulier de contrats, la théorie de l'imprévision semble fondée, en 1916, sur une justification exclusive. En découvrant un tel mécanisme, le juge administratif semblait paradoxalement condamner la théorie de l'imprévision à la funeste destinée d'une étoile filante. Construite de manière pragmatique, elle aurait pu rapidement disparaître du champ du droit des contrats administratifs, en raison de sa singularité. En effet, si la découverte opérée en 1916 a permis d'assurer de façon efficace un encadrement exogène des aléas susceptibles d'entacher l'exécution du contrat, sa pertinence se justifiait alors par la nécessité de combler un vide juridique problématique en matière de contrats administratifs. Toutefois, malgré une application utile et décomplexée au début du XX^e siècle, la théorie de l'imprévision est peu à peu apparue comme un instrument désuet. Elle serait ainsi inutile et peu performante dans un droit contemporain des contrats favorisant le développement d'instruments endogènes d'encadrement de l'imprévision (3). Dans ce contexte, la théorie de l'imprévision ne paraît plus trouver sa place en droit des contrats administratifs, d'autant plus qu'il semble difficile de rencontrer actuellement des hypothèses susceptibles de justifier son application à une époque où l'on impose aux contractants de « prévoir l'imprévisible ». Une analyse si tranchée ne semble toutefois pas emporter la conviction. La relative, mais non moins réelle, discrétion de la théorie ne traduit pas nécessairement le déclin de l'institution. Dès lors, l'imprévision fait-elle figure d'antiquité au sein d'un droit des contrats hautement pointu en matière d'encadrement de l'aléa ? Ne trouve-t-elle pas à s'exprimer hors du droit des contrats administratifs ? Autant de questions auxquelles il convient de répondre avant de pouvoir conférer une interprétation définitive à la question de l'avenir de la théorie en droit public.

La théorie de l'imprévision, loin d'être condamnée à l'oubli laisse transparaître des signes indéniables de vitalité dont il convient d'apprécier la portée. Ainsi, les débats relatifs à l'identification du fondement véritable de la théorie en droit administratif, et à son admission éventuelle en droit privé ont contribué à démontrer l'intérêt théorique et pratique qu'attache encore la doctrine à ce mécanisme. En effet, si la question de l'imprévision a toujours divisé les juges administratif et judiciaire, elle pourrait aujourd'hui trouver un relief nouveau avec la reconnaissance probable d'une obligation de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances en droit privé des obligations. Une telle hypothèse ne saurait épargner une réflexion relative au rôle joué par le traitement administrativiste de l'imprévision dans ce type d'évolution. Dès lors, l'instrument dont on pensait avoir tracé tous les contours pourrait révéler un dynamisme inattendu mais mesuré. Ainsi, l'obsolescence apparemment incontestable de la théorie de l'imprévision est démentie par son rayonnement subtilement perceptible.

Une obsolescence apparemment incontestable de la théorie de l'imprévision


La théorie de l'imprévision apparaît en 1916 comme le moyen le plus sûr de préserver, de manière exogène, la finalité poursuivie par les contrats de la puissance publique, puisque sa découverte s'inscrit dans un contexte juridique particulier. Malgré cela, l'évolution des techniques contractuelles a provoqué une raréfaction indéniable du recours à la théorie. Qui plus est, l'extension pragmatique du régime juridique de l'imprévision a paradoxalement rendu sa mise en oeuvre délicate.



Une raréfaction indéniable du recours à la théorie


Le principal intérêt de la théorie de l'imprévision fut de pallier les insuffisances des stipulations contractuelles du début du XX^e siècle. Toutefois, ce contexte a profondément évolué, pour laisser place à une vision du contrat privilégiant une appréhension très fine de la survenance des risques réduisant à néant toute l'utilité de la théorie.

Une apparition de la théorie favorisée par une pratique contractuelle insuffisante

En consacrant, en 1916, un instrument d'adaptation du contrat, le juge administratif a immédiatement mis en avant le caractère contextuel de cette découverte. La théorie de l'imprévision émerge dans le but d'assurer un relais dans une relation contractuelle devenue excessivement déséquilibrée du fait d'un événement non envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat. L'existence de la théorie ainsi dégagée se justifie par l'impuissance du contrat à réguler la gestion du changement de circonstances intervenu durant l'exécution de la convention.

On comprend dès lors le conflit théorique et pratique qu'a dû résoudre le Conseil d'État en 1916 puisque la consécration de la théorie de l'imprévision risquait de heurter certains principes essentiels de la théorie générale des contrats administratifs. En effet, il apparaît sans ambages à la lecture de l'arrêt que le juge administratif a entendu inscrire la théorie dans la dialectique tenant à la conciliation entre d'une part, la prééminence nécessaire des stipulations du contrat et d'autre part, l'impératif exceptionnel de souplesse indispensable à la résolution de situations devenues déséquilibrées. Cette raison a inexorablement conduit le juge à envisager la théorie de l'imprévision de manière restrictive et conditionnée puisque, malgré son intérêt évident, elle fait échec à la force obligatoire du contrat, principe nécessaire à la stabilité de toute relation conventionnelle  (4). Rappelant ainsi que les parties ne peuvent en principe demander une modification du contrat et doivent se conformer à un strict respect des stipulations consenties lors de la formation de la convention, le juge administratif précise toutefois que la hausse des prix survenue durant les combats a atteint une telle ampleur que le co-contractant défavorisé ne peut ainsi « être tenu d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale (...) ». Ce n'est donc que parce que les calculs et prévisions des parties ont été insuffisants pour prévoir un tel aléa que l'admission de la théorie a été entérinée.

Au moment de sa découverte par le juge administratif, la théorie de l'imprévision n'était pas destinée à jouir d'un champ d'application aussi large que celui qu'elle connaîtra de longues années plus tard. Érigée dans le but de gérer une situation exceptionnelle, elle avait conséquemment été pensée de manière « modeste », pour faire face à la situation de guerre. Cet aspect transparaît dans les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet, ce dernier estimant que « une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché »  (5). On se situe donc en 1916 dans un schéma intellectuel tendant à présenter la théorie de l'imprévision comme une construction fonctionnellement destinée à surmonter cette période perturbée, supposée être provisoire. Les écrits de l'époque ne manquèrent pas de soulever ce lien mis en avant dès 1916 par le Conseil d'État  (6).

Ce caractère provisoire et contextualisé ayant présidé à la découverte de l'imprévision fut donc en premier lieu avancé par le Conseil d'État et notamment le commissaire du gouvernement Chardenet qui s'attacha à démontrer, dans ses conclusions sur cette affaire, le lien entre la hausse des prix et les événements liés à la guerre  (7). L'arrêt fondateur fera directement référence à cette situation, retenant que « la hausse (était) survenue au cours de la guerre de 1914 dans le prix du charbon,

matière première de la fabrication du gaz, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de houille dans l'Europe continentale et de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer » (8). Conséquemment, le régime juridique de l'imprévision a été construit avec l'objectif d'apaiser la situation des contractants touchés par la hausse des prix.

La nature particulière des contrats menacés par la survenance de la guerre a été un facteur déterminant dans la mise à jour de la théorie. Il est en effet traditionnellement reconnu que les concessions de service public constituent « le terrain d'application par excellence, celui qui a donné lieu (...) à la première consécration de la théorie et où on l'y voit encore le plus souvent appliquée » (9). En effet, au regard du contexte ayant présidé à la découverte de la théorie, il est apparu naturel d'envisager l'imprévision comme intrinsèquement dédiée à la préservation de l'exécution des concessions de service public. Étant principalement « victimes » des événements, ces contrats ont constitué le terrain d'application matériel premier de la théorie. Le commissaire du gouvernement Chardenet a eu à coeur de marteler la nécessité de préserver leur exécution en raison de cet objet particulier, rappelant « qu'il faut que le service public continue à être assuré, qu'il le soit sans interruption, sans à-coups, et pour cela, il est nécessaire qu'on dispose de tous les moyens matériels de production, des usines, des matières premières, du personnel, etc ; l'intérêt public l'exige. Dès lors, le concessionnaire doit continuer à assurer le service ; il ne peut pas se refuser à le faire, le lien contractuel doit subsister » (10).


En raison de cette apparition contextuelle, le lien entre l'imprévision, la nature des contrats concernés en 1916 et leur objet a été rapidement établi, constituant le pivot de l'analyse de la théorie. Cette présentation traditionnelle a trouvé une source solide dans la motivation employée par le Conseil d'État dans l'affaire dite du Gaz de Bordeaux, puisque la Haute juridiction a justifié la théorie par la nécessité de faire fonctionner le service, précisant qu'il « convient de décider (d'une part,) que la Compagnie est tenue d'assurer le service concédé (...) ». De plus, les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet semblaient ne laisser aucun doute sur le fondement de la théorie, les références à la continuité du service public étant omniprésentes dans son raisonnement. Le développement ultérieur de la théorie apportera un démenti à cette conception restrictive du champ d'application de l'imprévision, qui ne sera pas sans poser des difficultés. En tout état de cause, l'utilité avérée de la théorie sera totalement anéantie par le développement ultérieur du règlement conventionnel de l'imprévision.


Une utilité de la théorie anéantie par l'encadrement conventionnel de l'imprévision

En dépit de son intérêt reconnu, la théorie de l'imprévision semble avoir aujourd'hui perdu une partie de son intérêt, faisant figure d'objet de musée. La raison en est aisément perceptible. L'intérêt de la construction dégagée en 1916 est de se présenter comme un instrument extra-contractuel d'encadrement de telles situations. Or la prise de conscience liée à la nécessité d'adapter les contrats aux changements de circonstances susceptibles d'intervenir en cours d'exécution a conduit à une profonde évolution des pratiques (11). La tendance va désormais vers un règlement conventionnel préétabli de l'imprévision ainsi que vers une préférence affichée pour une négociation accrue entre parties. Dans ce contexte, la raison d'être de la théorie semble avoir disparu.

Ainsi, les hypothèses de « règlements conventionnels préétablis de l'imprévision » se sont développées et il est désormais courant de constater que les contrats administratifs contiennent des stipulations permettant d'adapter leurs prix aux éventuelles variations économiques. De tels éléments doivent être contenus dans les délégations de service public, puisque en vertu de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, « la convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution ». Dès lors, une telle disposition suppose que les redevances imposées aux usagers soient susceptibles d'évoluer sous le coup des bouleversements économiques. Le contrat doit donc contenir de manière très claire et explicite de telles formules d'indexation, évoluant vers une adaptation maximum du montant des redevances aux fluctuations économiques. Le même mouvement est largement observé en matière de marchés publics puisque l'insertion dans les contrats de clauses destinées à « aménager l'évolution des rapports financiers des cocontractants en fonction de la situation économique et financière, vidant ainsi en partie la théorie de l'imprévision de ses effets propres » (12), est aujourd'hui une pratique bien connue, ayant fortement contribué à une stabilisation maximum des relations financières entre cocontractants.

En conséquence, il n'est donc plus rare de voir stipulées dans les contrats administratifs des clauses de variation qui ont « largement appauvri la portée matérielle de la théorie de l'imprévision » (13) ou encore des clauses de révision des prix qui ont montré toute leur efficacité en la matière. Apparues à la fin du XIX^e siècle, ces clauses ont été insérées dans le contrat administratif par étapes (14). Faisant désormais partie intégrante du contrat, elles ont conduit à une profonde évolution de la réglementation du caractère des prix des marchés publics. Il est en outre notable de constater que, dans cet objectif d'adaptation maximum, le Code des marchés publics encadre de manière très sophistiquée la rémunération, prévoyant l'existence de trois types de prix : le prix ferme, le prix ajustable et le prix révisable (15). Ainsi, aux termes de l'article 18 du Code des marchés publics, le










marché sera conclu à prix ferme lorsque « cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations »  (16), le prix révisable correspondant, quant à lui, au cas où le prix de règlement évoluerait soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation, soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation.


Dans ce contexte, la théorie de l'imprévision se trouve occultée par l'existence de ces clauses puisqu'elle ne pourra jouer que si « aucune clause de variation des prix n'est prévue ou si elle est insuffisante »  (17). Se suffisant généralement à elles-mêmes, elles rendent impossible tout recours à la théorie. Dès lors, les cocontractants n'ont aujourd'hui que très peu d'occasions de prétendre au bénéfice la théorie et dans les cas de figure où elle est invoquée, l'imprévision ne trouve que de rares applications effectives en raison d'une mise en oeuvre particulièrement exigeante.

Une mise en oeuvre difficile de la théorie de l'imprévision


La théorie jurisprudentielle de l'imprévision peut trouver à s'appliquer malgré la modernisation des techniques contractuelles de gestion des aléas. Sa potentielle mise en oeuvre reste néanmoins délicate. D'une part, l'extension pragmatique de son champ d'application conduit aujourd'hui à une perte de lisibilité de sa fonction réelle, d'autre part, l'appréciation prétorienne rigoureuse des critères de l'imprévision relègue son application au quasi-cas d'école.

Une difficulté provoquée par l'interrogation relative au champ d'application de la théorie

Si la détermination des conditions constitutives de la situation d'imprévision a été établie de manière très complète dès 1916, le champ d'application matériel de la théorie a, quant à lui, connu un développement considérable et incessant, à partir de cette date. Il est aujourd'hui reconnu que la théorie a été « largement appliquée par la suite à d'autres contrats que la concession, mais à la condition que le titulaire assume une mission de service public ou d'intérêt général »  (18). Ainsi, il est rapidement apparu possible de ne pas circonscrire le champ d'application de la théorie aux seules concessions de service public, contrairement à ce que les premiers recours à la théorie auraient pu laisser croire. Cette évolution ne s'est pas faite sans débats, un tel mouvement semblant remettre en cause l'essence même de l'imprévision et contribuant, par là même, à une perte de lisibilité évidente de l'instrument. Malgré d'après questionnements, la théorie a pu jouer pour rétablir l'équilibre de contrats indirectement liés à l'exercice d'une mission de service public, notamment à des marchés de fournitures  (19), de transports  (20), et de travaux publics  (21). Les arrêts relevés ne laissent aucun doute quant à la nature du mécanisme employé, alors qu'il eût été permis de s'interroger. En effet, une telle erreur n'aurait pas été sans rappeler le débat qui a présidé à l'apparition de la théorie. Lorsque l'arrêt *Gaz de Bordeaux* a été rendu, une partie de la doctrine a soutenu l'idée que la construction dégagée n'avait rien de nouveau et s'inscrivait dans la continuité d'une jurisprudence commencée depuis quelque temps. Certains auteurs  (22) ont ainsi cru pouvoir dater les premières applications de la théorie à la seconde moitié du XIX^e siècle, s'appuyant sur des arrêts antérieurs à 1916, relatifs au relèvement des prix dans les marchés de fournitures et de travaux publics  (23). Ainsi, ce courant doctrinal « [considérait] l'imprévision comme une théorie générale du contentieux administratif, née bien avant la Grande Guerre, et dont la jurisprudence du Conseil d'État offrirait de nombreux exemples »  (24), le commissaire du gouvernement Chardenet ayant lui-même laissé planer le doute  (25). Toutefois, s'il n'a pu être contesté que les arrêts mentionnés avaient réellement trait à la notion d'imprévision, ils abordent en réalité des mécanismes différents puisque nous pouvons dire avec Laurent Vidal que « cette difficulté et ces divergences témoignent davantage de la lente formation de notions voisines mais distinctes que d'une indifférenciation des termes. Nombre d'arrêts [exposés par les auteurs soutenant la thèse d'une apparition de la théorie avant 1916] sont à relier, en effet, soit à la théorie du fait du prince, dans ses diverses manifestations, soit à celle des sujétions imprévues »  (26).












Une telle confusion aurait donc pu se reproduire lorsqu'il s'est agi d'analyser le champ d'application de la théorie de l'imprévision. Tel n'a pas été le cas, les éléments constitutifs de l'imprévision ayant été clairement identifiés dans les espèces concernées. Ainsi, dans l'arrêt *Héreil* concernant un marché de fournitures comportant la location d'une attraction, le juge administratif a pu, pour rejeter l'octroi d'une indemnité d'imprévision, retenir que « l'éventualité d'une variation dans le cours des devises étrangères ne pouvait être exclue ; qu'en passant ladite commande le concessionnaire, a par là même, pris un risque dont il lui appartenait de se garantir en se couvrant à l'avance en devises étrangères ; que, dès lors, c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a rejeté la demande d'indemnité d'imprévision en tant qu'elle était fondée sur la hausse des cours du mark, subie pour cette attraction »  (27). Adoptant une telle formule, le juge administratif laisse entendre qu'il ouvre nécessairement la voie à l'application de la théorie dans le cas où l'évènement survenu aurait véritablement satisfait au critère d'imprévisibilité.


Dès lors, apparaît en germe le questionnement, qui se pose aujourd'hui avec une plus grande acuité,


lié à l'identification des fondements de la théorie. En admettant une application de la théorie élargie à d'autres contrats que la concession de service public, le juge a enclenché le débat consistant à lui reconnaître une justification plus large que celle tirée de la continuité du service public. En effet, dès lors que l'on acceptait d'appliquer la théorie aux marchés publics, le fondement de l'imprévision ne semblait plus devoir être la continuité du service public mais plutôt des considérations tenant à la durée du contrat. Confirmant cette hypothèse, le juge administratif a précisé que la théorie ne pouvait jouer pour les marchés à livraison unique, en raison de leur bref délai d'exécution  (28).




Dès lors, cette évolution a contribué à semer le trouble quant à la nature de l'instrument et à la fonction corrélativement remplie par la théorie de l'imprévision. Si l'extension de son champ d'application pourrait être interprétée comme traduisant un épanouissement de la théorie, ce mouvement a cependant créé une rupture avec la conception apparemment dégagée en 1916. De même, le fondement lié à la continuité du service public paraît s'être progressivement estompé, remettant en cause les interprétations initiales de la théorie. Cette remise en cause des fonctions de la théorie s'est accompagnée d'une appréciation prétorienne rigoureuse des critères de l'imprévision, rendant très délicate son application.

Une difficulté renforcée par une appréciation prétorienne rigoureuse des critères de l'imprévision

Le débat relatif à la disparition de la théorie est alimenté par une jurisprudence particulièrement draconienne en matière d'imprévision. Le mécanisme dégagé en 1916 a très rapidement fait l'objet d'un encadrement strict, destiné à éviter une application trop aisée. Ainsi, des critères spécifiques doivent être réunis pour considérer que la situation d'imprévision est caractérisée. De manière traditionnelle, la théorie de l'imprévision peut jouer lorsque surgit en cours d'exécution du contrat, un événement imprévisible, extérieur aux parties, entraînant un bouleversement de l'économie du contrat. L'état d'imprévision doit être provisoire (29), l'octroi d'une indemnité d'imprévision n'étant possible que si le cocontractant a continué à exécuter le contrat (30). Comme a pu le faire remarquer Laurent Vidal, « parmi les conditions de base de la théorie de l'imprévision, la survenance d'un événement imprévisible en constitue le pivot. (...) S'il fait parfois défaut, le principe domine toute la jurisprudence » (31). Ainsi, de la même manière que le champ d'application de la théorie a été largement conçu eu égard aux contrats concernés, la nature de l'événement affectant l'exécution du contrat est largement envisagée par le juge. Il semble logique que l'événement concerné soit de nature économique car cet élément permet sur un plan théorique de distinguer la théorie de l'imprévision d'autres constructions jurisprudentielles telles que les sujétions imprévues, la force majeure ou le fait du prince. Ont ainsi été reconnus comme justifiant l'application de l'imprévision certains bouleversements financiers tels que les dévaluations (32) ou les blocages des prix (33). Les bouleversements sociaux ont également été considérés comme tels, notamment les événements de 1936 (34), les lois sociales de 1936 (35) ou des grèves générales (36). Toutefois, il pourra également s'agir aussi d'un phénomène naturel (37) ou de mesures prises par les pouvoirs publics (38), l'élément primordial étant que l'événement imprévisible ait joué dans « une mesure déjouant tous les calculs ». En tout état de cause, quelle que soit la nature de l'événement, il est primordial que ce dernier n'ait pu être prévu et qu'il ait déjoué toutes les prévisions que les parties avaient pu faire au moment de la conclusion du contrat. La notion d'imprévisibilité se trouve ainsi au centre de la démonstration, l'aléa survenu provoquant de par son ampleur, un bouleversement de l'économie du contrat. Le lien de cause à effet alors envisagé apparaît comme le moteur nécessaire au déclenchement de la théorie, même s'il ne faut pas oublier le critère lié à l'extériorité, qui ne joue en réalité qu'au regard d'un seul des contractants (39).

Ainsi, malgré un champ d'application relativement large, la théorie n'a trouvé à s'appliquer qu'en de rares occasions, en raison d'une réunion difficile des critères de l'imprévision. Cette situation contribue à considérer la théorie comme un objet de musée tant elle est peu retenue par le juge qui s'attache à appliquer de manière très stricte les critères de l'imprévision. Ceci tient au fait que dans la plupart des cas, le critère tenant au bouleversement de l'économie du contrat ne peut tout simplement pas être constitué dans la mesure où le contrat contient des clauses de variation ou de révision. Ce type de clauses permettant aujourd'hui une adaptation efficace des prix aux variations économiques, leur jeu normal suffit en général à prévenir la constitution de l'état d'imprévision. Ainsi, la plupart des prétentions de ce type sont rejetées par le juge « s'il ne résulte pas de l'instruction que la clause n'a pas joué dans des conditions normales » (40).

De plus, même en l'absence de telles clauses, le bénéfice de l'indemnité est souvent refusé au cocontractant malheureux en raison de la non-réalisation de ce critère. L'exigence du juge se comprend alors puisque la notion de bouleversement de l'économie du contrat contribue à définir la situation extra-contractuelle. Cette situation se caractérise en outre par l'existence d'un déficit d'exploitation subi par le cocontractant, et d'un dépassement du prix limite que les parties ont envisagé au moment de la signature du contrat (41). En effet, pour retenir ce critère, le juge estime que le bouleversement invoqué doit revêtir une ampleur significative. Ainsi, il exigera que le cocontractant doive subir une charge extra-contractuelle d'une importance notable, soit environ entre


5 à 10% du montant du contrat  (42). Or, dans la plupart des cas, le bouleversement invoqué n'atteint pas des proportions suffisantes pour être retenu. Dès lors, il est incontestable que la théorie de l'imprévision trouve peu d'occasions à s'appliquer en raison de cette sévérité du juge  (43). Une telle position jurisprudentielle peut exprimer une volonté du Conseil d'État de réserver les applications de la théorie à des situations très sensibles  (44).

Ce traitement prétorien exigeant de la théorie de l'imprévision semble attester de sa disparition consommée en droit des contrats administratifs. Un tel constat doit cependant être nuancé. Si le juriste peut être tenté de ranger cet instrument parmi les pièces de musée, son rayonnement est encore subtilement mais largement perceptible.


Un rayonnement subtilement perceptible de la théorie de l'imprévision




Il serait vain de conférer à la théorie de l'imprévision une portée démesurée, à une époque marquée par une philosophie contractuelle du risque éprouvée. Toutefois, si la théorie de l'imprévision n'est vouée à refaire surface que de manière exceptionnelle, de nombreux éléments prouvent qu'elle survit malgré tout en droit des contrats administratifs. Elle se manifeste également sur un autre plan puisque le traitement administrativiste de l'imprévision a pu servir d'inspiration tant aux droits étrangers qu'au droit privé.




La survivance avérée de la théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs







Ainsi qu'a pu le rappeler René Chapus, « [la théorie de l'imprévision] n'est pas pour autant devenue un objet de musée »  (45). En effet, la théorie reste actuellement susceptible de s'appliquer de manière effective. De plus, les évolutions récentes du droit des contrats administratifs permettent d'évaluer rétrospectivement l'incroyable modernité de l'instrument dégagé en 1916.


Une application effective en droit contemporain des contrats administratifs


L'hypothèse de la disparition de la théorie de l'imprévision est inexacte pour plusieurs raisons. En premier lieu, des illustrations jurisprudentielles relativement récentes permettent d'attester de l'application effective, mais cyclique, de la théorie. Ainsi, une étude attentive de la jurisprudence permet de démontrer que les applications les plus notables de la théorie sont intervenues au cours de trois périodes majeures : durant et à la suite de la Première guerre mondiale, à l'occasion du choc pétrolier de 1974 et au début des années 2000 avec l'augmentation du prix de l'acier. Quasiment oubliée peu après la Première guerre mondiale, elle a trouvé à s'appliquer dans les années 1960 en matière de concessions d'éclairage au gaz, en raison du contexte ayant favorisé l'apparition de mesures d'économie dirigée telles que les blocages des prix. L'arrêt *Ville d'Avignon*, rendu par le Conseil d'État le 22 février 1963, est à cet égard très significatif  (46). Dans cette affaire, la théorie a été appliquée pour compenser les charges extra-contractuelles qu'avaient subies les concessionnaires du fait des pertes occasionnées par les mesures en question. L'application est d'ailleurs particulièrement finaliste puisqu'il était possible de douter du caractère imprévisible de l'évènement en cause. Malgré cela, le juge a exceptionnellement fait preuve de souplesse, privilégiant une solution teintée d'équité.

Le Conseil d'État a en outre démontré la capacité de la théorie à résoudre concrètement des problèmes économiques majeurs à travers l'arrêt *Propétrol*, rendu le 5 novembre 1982  (47). S'il juge refuse d'appliquer la théorie, le Conseil d'État reconnaît néanmoins que la hausse du prix du fuel intervenue lors du choc pétrolier de 1974 représente un évènement imprévisible susceptible de déclencher sa mise en oeuvre, le seul obstacle à l'application de la théorie résidant dans l'attitude fautive du titulaire du marché, ce dernier ayant cessé d'exécuter le marché  (48). Il ouvre donc sans réserve la possibilité d'appliquer la théorie dans cette hypothèse. Si le juge tend désormais à considérer que les variations du prix du pétrole ne présentent pas un caractère imprévisible  (49), cet arrêt démontre sans ambages que la possibilité de réunir les critères de l'imprévision ne relève pas du mythe.

Enfin, une dernière affaire, illustrée par l'arrêt désormais bien connu *Commune de Staffelfelden c. Société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et Société Sogest*  (50), témoigne de la capacité de la théorie à résoudre des difficultés liées aux thématiques contemporaines, notamment environnementales  (51). Etait en cause un contrat de fourniture d'eau d'une durée de vingt ans, conclu entre la commune de Staffelfelden et la société Sogest. À la suite d'une pollution accidentelle provoquée par des industries chimiques, la société dut trouver un autre site de captage d'eau ; la durée de régénération de la source fut estimée à deux cents ans. Ces évènements eurent pour effet de doubler les coûts supportés par la société. La société demanda alors à la commune d'augmenter ses tarifs. Celle-ci refusa. L'arrêt rendu offre alors un exemple d'application des plus traditionnelles de la théorie de l'imprévision. Examinant successivement les critères traditionnels  (52), la Haute assemblée estime que « la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'Illzach (...) a constitué de par son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un évènement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune ». De plus, le Conseil d'État reconnaît que l'augmentation subie par la société a

bouleversé l'économie du contrat  (53). Dès lors, si la commune avait accepté de relever ses prix, l'état d'imprévision aurait été constitué et aurait justifié le versement d'une indemnité à ce titre. Toutefois, l'évènement étant devenu irrésistible, l'imprévision s'est alors transformée à ce stade du raisonnement en force majeure justifiant la résiliation du contrat  (54). Ces trois exemples attestent d'une application effective mais exceptionnelle de la théorie de l'imprévision. À ces illustrations jurisprudentielles, il convient d'ajouter, en second lieu, que l'apparition de clauses de variation et de révision n'a pas ôté toute possibilité de voir la théorie ressurgir épisodiquement. En effet, l'imprévision est susceptible de jouer lorsque ces clauses n'ont pas pu produire leurs effets de manière normale  (55), d'autant plus que l'imprévision reste une règle d'ordre public  (56). Enfin, dans la situation où un avenant aurait été conclu postérieurement à l'entrée en application du contrat, notamment pour relever des tarifs, la théorie peut jouer s'il est prouvé que l'économie du contrat s'est trouvée bouleversée  (57). Un constat s'impose alors. Les hypothèses d'application de la théorie restent très peu nombreuses mais sont effectives. Dès lors, doit-on pour autant considérer que, parce que la théorie est appliquée de manière exceptionnelle, elle a disparu de notre ordre juridique ? L'existence d'un tel instrument n'est-elle pas une nécessité dans tout système moderne ? Et surtout, cet effacement n'est-il pas après tout une manière d'appliquer la jurisprudence du 30 mars 1916 ? Exceptionnelle, la théorie de l'imprévision l'est assurément. Elle apparaît réellement comme un instrument subsidiaire, destiné à être mis en oeuvre en dernier lieu, lorsque les ressorts « traditionnels » du droit des contrats ont échoué à remplir leur office. Elle est incontestablement reléguée au rang des créations jurisprudentielles auxquelles il est fait référence moins pour son utilité récurrente que pour son intérêt historique dans l'évolution du droit des contrats. Dès lors, il ne faut pas se méprendre sur sa portée, mais il convient de lui rendre la place qui reste la sienne au sein de l'arsenal contractuel administratif. Le dynamisme d'un instrument juridique doit-il réellement se mesurer à la fréquence de son emploi ? Une telle hypothèse semble erronée et reviendrait à dire que des théories telles que celle des circonstances exceptionnelles n'ont pas leur place en droit administratif. Or l'intérêt de tels mécanismes, aussi peu fréquents soient-ils, n'est plus à démontrer  (58). Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les théories des circonstances exceptionnelles et de l'imprévision sont apparues à deux années d'intervalles. Il y a ici la marque évidente d'une ligne jurisprudentielle assurant la permanence des règles du droit public en périodes troublées, en organisant la dérogation à des principes bien établis, dans un souci de pragmatisme. Certes, ces théories n'ont que peu de chances de trouver des applications significatives dans un ordre juridique contemporain, toutefois, il est bien heureux que le droit des contrats, comme le droit administratif général, disposent de mécanismes destinés à jouir d'une application discrète mais non moins cruciale. La rareté du recours à ces instruments n'est alors que la conséquence logique de cette nature singulière. Il est d'ailleurs fort probable que le droit administratif eût été montré du doigt en raison de son insécurité juridique si de telles constructions n'avaient pas existé.

Nécessaire, la théorie de l'imprévision l'est donc incontestablement car elle est la première pierre de l'effort de sécurisation des conventions dont n'a eu cesse de faire preuve le droit des contrats administratifs depuis le début du XX^e siècle. Si les circonstances amenant à sa mise en oeuvre sont par nature troublées, l'existence même du mécanisme d'imprévision assure un certain apaisement dans la relation contractuelle. Ainsi, le cocontractant de l'administration, déjà placé dans une situation inégalitaire, sait qu'il trouvera en tout état de cause une solution à la survenance éventuelle d'aléas anormaux. C'est donc en partie d'une logique liée à la sécurité juridique que procède la théorie de l'imprévision. C'est précisément cet élément qui en fait tout l'intérêt, en témoigne l'attachement marqué par la doctrine envers des mécanismes tels que l'imprévision, la force majeure ou le fait du prince  (59).

Il semble donc que, loin d'avoir disparu, la théorie jurisprudentielle de l'imprévision a plutôt trouvé la place, modeste, qui doit être aujourd'hui la sienne, tout en jouissant d'une certaine influence. Sans la découverte de 1916, la pratique des clauses de variation et de révision n'aurait tout simplement pas pu voir le jour, puisque « cet essor fut essentiellement la conséquence de la jurisprudence du Conseil d'État admettant en 1916 la théorie de l'imprévision ; c'est pourquoi il est exact (...) de considérer le système des clauses de révision et de variation comme la consécration conventionnelle de l'imprévision »  (60). Dès lors, cette influence de la théorie jurisprudentielle de l'imprévision sur les techniques conventionnelles d'encadrement de l'aléa témoigne de la modernité réelle de l'instrument dégagé en 1916.

Une modernité appréciable rétrospectivement

La modernité de la théorie ne peut s'apprécier que de manière rétrospective, puisque c'est à l'aune des évolutions subies par le droit des contrats administratifs, que le débat relatif à l'imprévision a pu être renouvelé. En effet, deux éléments conduisent à prouver que la théorie jurisprudentielle jalonne encore aujourd'hui le droit des contrats administratifs. D'une part, la permanence des critères jurisprudentiels prouve que la théorie joue un rôle sur la détermination du régime juridique des instruments législatifs et endogènes de traitement de l'imprévision. D'autre part, le débat actuel conférant à la théorie un nouveau fondement juridique démontre que la construction développée en 1916 relève quasiment de l'anachronisme, tant elle contient en germe des préoccupations liées à l'analyse économique du droit.

En premier lieu, la modernité de la théorie transparaît au travers des critères de l'état d'imprévision dégagés en 1916. En effet, il est surprenant de constater que le régime jurisprudentiel de l'imprévision était dès 1916 quasiment abouti et que, s'il a subi des évolutions pragmatiques, il n'a jamais été remis en cause ni dans sa logique ni dans son principe. Ainsi, il est fréquemment reconnu que « les règles essentielles dégagées dans [l'arrêt *Gaz de Bordeaux*] sont demeurées valables depuis lors et ont continué d'être appliquées à de multiples reprises » (61). Il est donc remarquable de constater que les affaires les plus récentes concernant l'imprévision utilisent toujours de la même façon les critères d'imprévisibilité, d'extériorité et de bouleversement de l'économie du contrat, comme en témoignent les affaires *Propétrol* et *Commune de Staffelfelden* (62). Ces critères permettent également de définir les instruments exogènes d'encadrement de l'imprévision et ont été repris dans les divers instruments ayant précisé le régime juridique de l'imprévision (63). De la construction jurisprudentielle ressort surtout la pertinence du critère lié au bouleversement de l'économie du contrat, qui permet dès 1912, d'envisager le contrat sous l'angle de l'analyse économique du droit, pour faciliter l'identification de l'aléa anormal. Or cette notion a fait ses preuves, se positionnant comme l'élément fondateur de la définition des contours du contrat, pour être ensuite utilisée pour définir l'avenant notamment (64). En dégageant un critère aux implications multiples et très largement perceptibles à l'heure actuelle, le juge administratif s'est positionné dès 1916 comme un juge soucieux des considérations économiques. Dès lors, si la théorie de l'imprévision ne relève, selon certains auteurs, « en rien de l'analyse économique » (65), elle a sans aucun doute amorcé le mouvement de prise en compte par le juge de telles considérations, aujourd'hui au coeur de son office (66). Elle a également jeté les bases de l'analyse juridique du risque financier dans les contrats de longue durée tels que les délégations de service public (67). Or il ne fait pas de doute que toutes ces notions sont au coeur de l'office du juge depuis quelques décennies. La théorie de l'imprévision fait donc ici office de précurseur.

En second lieu, la modernité de la théorie est mise en lumière grâce à l'apparition relativement récente du débat relatif à ses fondements. En effet, un courant doctrinal apparu au début des années 2000 soutient l'idée selon laquelle l'essence de l'imprévision résiderait non dans la continuité du service public mais dans la recherche d'un équilibre financier du contrat (68). Plusieurs déclinaisons de cette idée ont ainsi vu le jour, certains auteurs estimant que le fondement de la théorie consiste en la recherche du « juste prix » (69) ou encore d'un « équilibre dans les prestations réciproques » (70). En tout état de cause, ces raisonnements entendent replacer les idées d'équité et de bonne foi au centre de l'analyse. S'appuyant notamment sur une jurisprudence affirmant que « la théorie de l'imprévision (...) a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public » (71), certains auteurs ont estimé utile de distinguer le fondement de la théorie, qui serait purement économique, de sa finalité, qui résiderait dans la continuité du service public.

Le raisonnement soulève de réelles interrogations mais ne semble pas pour autant rendre compte d'une réelle mutation de la théorie. Selon ces thèses, l'application de la théorie à des contrats autres que la concession n'a cessé de nourrir le débat relatif à ses fondements. En adoptant une telle position, le Conseil d'État aurait ainsi fait de la théorie une règle générale applicable à une majorité de contrats administratifs, rendant ainsi intenable l'hypothèse d'un fondement exclusif. Cependant, il ne faut pas oublier que le juge pose certaines limites à l'applicabilité de la théorie, semblant rechercher de manière quasi systématique un lien avec le service public. Ainsi en témoigne le jugement *Société Renault SA*, rendu par le Tribunal administratif de Rouen le 28 août 1998, dans lequel le juge précise que l'imprévision « ne peut s'appliquer que dans le cadre de la prise en charge de missions de service public, de la gestion d'un service public ou de l'exécution de mesures prises dans un but d'intérêt général » (72). Certes, la notion d'intérêt général employée par le tribunal confirme l'idée d'un élargissement. Toutefois, il convient de rappeler que les hypothèses les plus concrètes ayant pu, ou failli, faire jouer la théorie concernaient des concessions. Le juge maintient donc inexorablement son attachement à la notion de service public. Dès lors, aussi solides soient ces arguments, ils ne permettent que de confirmer l'insuffisance du critère lié à la continuité du service public mais certainement pas sa disparition.

L'idée d'un fondement reposant sur le droit du cocontractant à un certain équilibre financier du contrat est en outre corroborée par l'argument tenant au fait que l'indemnité d'imprévision peut être accordée après expiration du contrat, en vertu de la jurisprudence *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia* (73). Une telle solution a contribué à une perte de lisibilité des fonctions de l'imprévision puisque, dans ses conclusions sur l'arrêt *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia*, M. Daniel Labetoulle précise que « si [la continuité du service public] est bien là le fondement essentiel de la théorie, il n'est pas exclusif d'autres préoccupations, qui en nuancent quelque peu la portée » (74). Cette solution couramment admise, réitérée encore récemment (75), n'est pas sans conséquence. Selon les promoteurs de cet élément, si l'essence de la théorie résidait dans la nécessité de ne pas interrompre le service, elle ne s'appliquerait qu'en cours d'exécution du contrat, afin de permettre aux parties, et plus particulièrement au cocontractant de l'administration, d'assurer leurs obligations réciproques. Il semble alors difficile dans ces conditions de soutenir qu'au nom de la continuité du service public, une indemnité d'imprévision soit accordée alors que le contrat a été

exécuté, puisque dans cette hypothèse « la continuité du service public n'est plus menacée » (76).

À ce stade du raisonnement, deux observations s'imposent. D'une part, la théorie de l'imprévision est bel et bien fondée sur le critère du service public, d'autre part, ce critère est clairement insuffisant et ne peut expliquer les évolutions subies par l'instrument. L'objet du propos n'est pas de revenir sur les thèses qui ont été brillamment avancées par ces auteurs (77) mais plutôt de nuancer la conclusion à laquelle ils aboutissent. Les analyses récemment menées semblent mettre à jour un fondement qui aurait été jusque-là inconnu (78). Or une telle analyse est erronée dans la mesure où il apparaît clairement que la théorie se nourrit depuis toujours d'influences multiples. Il n'est donc pas incongru de soutenir qu'en offrant au cocontractant la possibilité de rééquilibrer le contrat, le juge administratif, ainsi qu'il l'a lui-même reconnu, tient compte de considérations d'équité. Ainsi, M. Labetoulle a pu affirmer qu'il convient « de savoir si, (...) la théorie de l'imprévision a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité de l'exécution du service public. Notre sentiment, plus nuancé, est que, si c'est bien là le fondement essentiel de la théorie, il n'est pas exclusif d'autres préoccupations, qui en nuancent quelque peu la portée » (79). Il proposera ainsi concrètement au Conseil d'État d'admettre que « l'idée d'équité (...) ne doit pas être, dans la théorie de l'imprévision, complètement absorbée par celle de continuité » (80), afin de justifier la solution acceptant que l'indemnité soit versée alors que le contrat a été exécuté. La même idée sera promue très largement en doctrine (81). De la même manière, le rôle des considérations liées à l'équilibre financier du contrat en matière d'imprévision a été soulevé dès le début des années 1920 par les membres du Conseil d'État (82).

C'est ainsi que transparaît de manière rétrospective, l'aspect résolument moderne de la théorie de l'imprévision. Le renouvellement du débat relatif aux fondements de l'imprévision intervient à une période où l'on repense le contrat administratif à l'aune notamment de l'analyse économique du droit. Chercher à rallier l'imprévision à ce mouvement pouvait donc sembler tentant mais reste une vaine entreprise. Loin d'attester d'une mutation de la théorie, ces analyses démontrent à quel point, dès sa mise à jour, l'imprévision se présentait comme un instrument juridique riche d'influences croisées. En effet, il semble difficile d'accepter l'idée selon laquelle la théorie aurait brusquement changé de visage alors que les traits essentiels de son régime juridique n'ont quasiment pas varié depuis sa découverte en 1916. Plus encore, les débats actuels tendant à la promotion de l'instrument contractuel (83) ont prouvé la pertinence de l'imprévision en tant qu'instrument de protection de la stabilité du contrat (84), dont les effets se font sentir au-delà du droit administratif.

L'influence avérée du traitement administrativiste de l'imprévision sur le droit privé

L'intérêt de la théorie de l'imprévision se manifeste d'une manière plus discrète mais non moins intéressante, à travers l'influence que peut exercer la jurisprudence *Gaz de Bordeaux* sur d'autres branches du droit. En effet, la question relative à l'imprévision est celle qui, en droit interne, illustre l'une des césures les plus flagrantes en droit public et droit privé. Toutefois, le fossé semble se réduire, le droit privé paraissant s'ouvrir à une reconnaissance éventuelle de la théorie de l'imprévision. Dans cette évolution, l'exemple administrativiste apparaît comme un instrument déterminant car utile à la contestation de la position catégorique de la Cour de cassation. Il s'est également présenté comme une source d'inspiration dans l'entreprise de réforme éventuelle du droit des obligations.

L'exemple administrativiste : instrument de contestation du rejet de l'imprévision en droit privé

Si le juge administratif a dès 1916 reconnu la nécessité de déroger de manière exceptionnelle au principe de la force obligatoire du contrat, la Cour de cassation a toujours adopté une position nette, rendant impossible toute admission de la théorie de l'imprévision en la matière. Ce rejet est symbolisé en droit privé par la célèbre jurisprudence dite *Canal de Craponne* (85) à l'occasion de laquelle la Cour de cassation affirma catégoriquement que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Cette attitude était justifiée par une lecture stricte de l'article 1134 du Code civil. Elle était également basée sur l'idée selon laquelle l'admission de la théorie compromettrait la sécurité des conventions et favoriserait l'arbitraire du juge (86).

Cette jurisprudence, unanimement soutenue, est pourtant aujourd'hui remise en cause par un mouvement doctrinal défendant la possibilité d'obtenir une révision du contrat par le juge lorsqu'un déséquilibre est survenu en raison d'un événement imprévisible. Ce courant solidariste fonde la reconnaissance de la théorie sur les obligations de bonne foi et de loyauté qui caractériseraient la relation contractuelle (87). S'appuyant sur de nombreux éléments, les tenants de cette thèse mettent en lumière l'apport potentiel de la théorie administrativiste de l'imprévision dans la réflexion relative à une évolution des mentalités en droit privé. Ainsi, Jean-Louis Mouralis a pu reconnaître que « l'une des plus célèbres divergences entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative perd sa justification fondamentale et la nouvelle position de la seconde pourrait servir de modèle à la première pour mettre fin à cette distorsion » (88). Revenant sur cette divergence

jurisprudentielle caractéristique entre droit public et droit privé, François Chénéde reconnaît également que la césure entre les deux jurisprudences est en voie d'atténuation sous l'impulsion reconnue du « droit modèle » constitué par l'exemple administrativiste (89).

Dès lors, il apparaît clairement que le déploiement de la théorie de l'imprévision en droit administratif, la mise à jour de ses influences multiples, tout autant que la pratique minutieuse qu'a pu en faire le juge administratif ont constitué autant d'éléments encourageant une évolution en droit privé. Ainsi dès 1974, René David affirmait que « la jurisprudence française (...) paraît liée à des manières de voir du XIX^e siècle, qui sont aujourd'hui périmées. La sécurité des relations juridiques demande certes que l'on n'intervienne qu'à bon escient et de façon exceptionnelle en notre matière. (...) L'exemple de la jurisprudence administrative est en France même rassurant ; le danger était sans doute plus grand ici qu'il n'aurait été en matière civile où s'affrontent des intérêts privés » (90).

Il faut dire que la pratique de l'imprévision tant en droit comparé qu'en matière de contrats internationaux paraissait militer pour un tel changement. La théorie est ainsi reconnue de manière prétorienne en Allemagne, en Espagne et en Suisse, pays dans lesquels le juge s'est essentiellement appuyé sur les notions de bonne foi pour justifier l'existence de l'imprévision. En outre, elle a été consacrée par la voie législative en Algérie, au Chili, en Italie, en Grèce, en Jordanie, en Irak et en Égypte (91). Enfin, l'imprévision est reconnue en droit international des contrats puisque les articles 6. 111 des Principes du droit européen du contrat et les articles 6. 2. 1., 6. 2. 2. et 6. 2. 3. des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international contiennent l'obligation de renégocier les contrats déséquilibrés. Là encore, l'influence administrativiste est toujours présente puisqu'il est reconnu que ces deux types de principes se fondent « partiellement sur la révision pour imprévision telle qu'elle résulte de la jurisprudence administrative française » (92). L'exemple du droit administratif a donc sans conteste joué un rôle déterminant dans l'entreprise de contestation de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation. Les évolutions récentes observées en droit des obligations confirment en outre que l'exemple administrativiste a concrètement influencé le droit civil, qui tend à une consécration imminente de la théorie.

L'exemple administrativiste : source d'inspiration de la réforme du droit des obligations

La position tranchée de la Cour de cassation semble désormais être sur le point d'être reléguée au rang des souvenirs. Le droit civil paraît aujourd'hui ouvert à une prise en compte réelle de la théorie dont les marques sont perceptibles tant sur le plan jurisprudentiel que législatif, attestant d'une réelle influence de la théorie administrativiste de l'imprévision.

Sur le plan jurisprudentiel, l'évolution a débuté en 1992, en matière commerciale, à l'occasion de l'arrêt *Huard* rendu le 3 novembre 1992, concernant des contrats de distribution conclus entre une compagnie pétrolière et des pompistes (93). La Cour de cassation a ainsi condamné la société pétrolière qui avait refusé de réviser un contrat devenu déséquilibré à payer des dommages-intérêts à l'un de ses distributeurs, car en s'opposant à la renégociation elle n'avait pas « exécuté le contrat de bonne foi ». Certes, cette évolution ne peut être analysée comme la transposition de la théorie administrativiste car elle reste limitée aux contrats de distribution et repose sur la notion de faute contractuelle ; toutefois elle en contient toutefois les traces évidentes. La nature du contrat (contrat de longue durée conclu pour quinze ans traduisant une inégalité de puissance économique entre deux contractants), certains critères retenus (bouleversement de l'économie du contrat avéré puisque le contractant n'était plus en mesure de pratiquer des prix concurrentiels) et l'obligation dégagée (obligation de renégociation) démontrent que « l'analogie avec les conditions d'application de la théorie de l'imprévision dégagées par le juge administratif ne fait aucun doute » (94). À partir de cette date, s'est engagée une logique jurisprudentielle novatrice, mue par l'impératif de coopération et de loyauté entre les parties (95), dont certains ont cru voir l'apogée avec l'arrêt du 16 mars 2004 *Société des repas parisiens c. Association du foyer des jeunes travailleurs et Commune de Cluses* (96). L'espèce n'est pourtant pas si claire puisque le juge ne consacre pas expressément la théorie (97). Rejetant le pourvoi, il précise uniquement que le demandeur « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et de bonne foi », sans réellement régler le sort de l'imprévision. En tout état de cause, même si la philosophie administrativiste de l'imprévision est perceptible au travers de ces exemples, il est difficile d'affirmer que les arrêts évoqués en traduisent la transposition en droit civil.

La démarche concrète d'intégration de l'imprévision en droit privé est plus largement perceptible sur le plan législatif puisque le projet de réforme du droit des obligations semble consacrer l'avènement de l'imprévision en droit privé. En effet, sous l'influence du mouvement solidariste, une longue réflexion s'est engagée sur ce thème à l'occasion de la réforme du Code civil. Elle débute dans les années 2000 à l'initiative d'un grand nombre d'universitaires emmenés par le professeur Pierre Catala. La tâche n'était pas sans difficulté puisqu'il s'agissait tout à la fois de moderniser le droit des contrats tout en restant fidèle à l'héritage de Portalis et du professeur Carbonnier (98). L'avant-projet de réforme du

droit des obligations et du droit de la prescription a ainsi été remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 ⁽⁹⁹⁾. Il consacre de manière timide une ébauche d'imprévision en ses articles 1135-1 et 1135-2 qui disposent, pour le premier que « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles » et, pour le second, qu'à « défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ». C'est donc une reconnaissance très furtive que proposait cet avant-projet, loin de l'exemple administrativiste, laissant au juge la seule possibilité d'ordonner une renégociation sans pouvoir y procéder lui-même. De plus, la disposition restait circonscrite aux seuls contrats à exécution successive ou échelonnée. Il ne s'agissait donc pas d'une reconnaissance effective de l'imprévision mais d'une discrète avancée s'inscrivant tout de même dans une certaine continuité ⁽¹⁰⁰⁾.

Une réelle avancée sera formalisée avec le projet de réforme du droit des obligations élaboré par la Chancellerie en 2008 ⁽¹⁰¹⁾, qui consacre la mutabilité exceptionnelle du contrat en cas de changement de circonstances. L'article 136 de ce projet dispose que « si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Pas de doute ici sur l'influence avérée du modèle administrativiste. Tous les critères jurisprudentiels retenus en droit administratif sont réunis puisque le texte suppose une modification *a posteriori* de l'équilibre contractuel, des conditions d'imprévisibilité, des conséquences graves l'exécution devant être excessivement onéreuse. L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat est perpétuée, non sans rappeler la jurisprudence *Propétrol* du Conseil d'État. Seul l'élément d'insurmontabilité introduit le doute car il se rapproche très fortement de l'irrésistibilité exigée en cas de force majeure et pourrait nuire à l'intérêt de cette nouveauté. De plus, le juge ne pourra intervenir dans la relation contractuelle que si les parties en sont d'accord. Dès lors, ce projet de réforme unanimement salué ⁽¹⁰²⁾ mais qui tarde à se concrétiser, prend indéniablement en compte les apports du droit administratif tout en introduisant des spécificités propres à la relation contractuelle entre personnes privées. Ni tout à fait la même ni tout à fait une autre, il s'agit bien ici d'une adaptation de l'imprévision aux exigences du droit privé des contrats à la fois autonome et intrinsèquement liée à la notion d'imprévision retenue en droit administratif.

La théorie de l'imprévision n'est-elle alors plus qu'un mirage ? Assurément non. Elle se présente à l'inverse comme un outil véritablement moderne, à condition de l'analyser à sa juste valeur. D'utilisation certes exceptionnelle, la théorie se présente néanmoins comme un instrument d'application effective et d'influence reconnue.

Appliquée effectivement, la théorie de l'imprévision l'est en droit administratif et ce, sans discontinuer depuis un siècle ⁽¹⁰³⁾, n'ayant même jamais cessé de montrer sa capacité à se développer. Elle se présente aujourd'hui comme une règle quasi générale applicable à de nombreux contrats administratifs, dont les plus modernes ⁽¹⁰⁴⁾. Source d'influence reconnue depuis longtemps en droit européen des contrats et en droit du commerce international, elle pénètre aujourd'hui les frontières du droit privé, semblant trouver à s'épanouir dans ce rôle de modèle.

L'intérêt de l'imprévision ne se comprend alors que si l'on accepte ses paradoxes : apparemment anéantie par les évolutions techniques des stipulations contractuelles, elle réapparaît lorsque la nature reprend ses droits sur l'Homme ; visiblement transfigurée par un fondement nouveau, elle révèle en fait une richesse contenue depuis toujours ; exceptionnellement appliquée en droit administratif, elle trouve à irriguer d'autres branches du droit. C'est peut-être de cette manière que la théorie est la plus vivante, à savoir en tant qu'instrument de modernisation du droit. Cette fonction n'en devient que plus éclatante lorsqu'on prend connaissance des finalités poursuivies par le projet de réforme du droit privé des contrats, rappelées par Pascale Fombeur. L'ancienne directrice des Affaires civiles et du Sceau a pu ainsi préciser que « l'objectif est de rendre notre droit plus lisible et plus accessible. (...) Le second objectif est de moderniser le droit en introduisant plus de souplesse, pour permettre une meilleure adaptation au rythme du monde des affaires tout en assurant la protection des intérêts des particuliers » ⁽¹⁰⁵⁾. Avec ces mots, tout est dit. Comment soutenir que la théorie est obsolète alors que l'on trouve son influence dans un projet de réforme destiné à introduire de la modernité en droit ?

En parvenant à une telle reconnaissance, en comblant les vides juridiques existant à la fois en droit administratif au début du XX^e siècle puis en droit privé au XXI^e, elle remplit sans conteste la fonction de toute règle de droit. Charles Desjonquères, refusant de voir en l'imprévision une construction véritablement achevée, voulait exprimer le sentiment inverse lorsqu'il affirmait, qu'en « bien des matières, les théories du Conseil d'État sont (...) soumises à une transformation constante ; elles s'élaborent à l'occasion de chaque espèce, se précisent ou se modifient quand apparaissent d'autres

espèces qui présentent des particularités nouvelles. Le nombre relativement faible et les lacunes des textes législatifs de notre droit administratif lui laissent, par ailleurs, en ce qui concerne l'établissement des règles générales qui guident sa jurisprudence, une liberté que les tribunaux de droit commun ne sauraient posséder. Les théories du Conseil d'État peuvent, en conséquence, s'adapter à chaque instant aux modifications de circonstances et des conceptions générales du droit administratif » (106). Il semble au contraire que ce pragmatisme ait été la manifestation de la richesse intrinsèque de la théorie. N'est-ce pas un réel signe de modernité à l'heure où le Conseil d'État s'attache à consacrer l'exigence de loyauté des relations contractuelles (107)?

Mots clés :

CONTRAT * Contrat administratif * Exécution du contrat administratif

(1) M. Hauriou, note sous CE 29 nov. 1912, *Boussuge*, S. 1914. III. p. 33.

(2) CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon p. 125 ; D. 1916. 25, concl. P. Chardenet ; RD publ. 1916. 206 et 388, concl. P. Chardenet, note G. Jèze ; S. 1916. 3, p. 17, concl. P. Chardenet, note M. Hauriou.

(3) En témoignent les évolutions jurisprudentielles récentes tendant à affiner le régime juridique des clauses de révision des prix. V. CE 9 déc. 2009, *Préfet de l'Eure*, Lebon n° 328803 ; AJDA 2009. 2375 ; RDI 2010. 155, obs. R. Noguellou. Sur les clauses de révision des prix, v. *infra*. Un tel mouvement s'inscrit dans la lignée du décret n° 2008-1355 du 19 déc. 2008 de mise en oeuvre du plan de relance économique dans les marchés publics qui a modifié l'art. 18 V C. marchés publ. pour imposer l'insertion d'une clause de révision de prix pour certains marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois.

(4) Sur le principe de la force obligatoire du contrat administratif, v. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, 2^e éd., LGDJ, 1983, p. 723 et s. ; L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », D. 1953. Chron. 87.

(5) P. Chardenet, concl. sur CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, S. 1916. 3. p. 29.

(6) R. Alibert, L'imprévision dans les concessions de services publics, J.-Cl., 1924. 7. Dans le même sens, v. J. Auvergny-Bennetot, *La théorie de l'imprévision*, Sirey, 1938, p. 4 s.




(7) P. Chardenet, concl. sur CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, concl. préc., p. 30 s.

(8) CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, préc. V. not. A. Louveau, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, Imp. F. Simon, 1920, p. 10 s.


(9) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, *op. cit.* p. 571.

(10) P. Chardenet, concl. sur CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, concl. préc., p. 25 s.

(11) Sur ce sujet, v. A. Ruellan et A. Hugué, 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. Revenant sur la genèse des trois théories et sur leur évolution, les auteurs précisent que « s'agissant du contexte qui a marqué l'apparition des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision, on peut observer qu'il était marqué par une prise en compte des risques peu sophistiquée dans les contrats administratifs, alors qu'aujourd'hui, une contractualisation fine des risques s'est progressivement instaurée en pratique sous l'influence des évolutions normatives récentes ».

- (12) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 17^e éd., p. 184. V. aussi CE 28 oct. 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*, Lebon. p. 780 .
- (13) A. Ruellan et A. Hugué, Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision, art. préc., p. 1599.
- (14) Pour une étude complète de ces clauses, v. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, op. cit., p. 247 s.
- (15) L'art. 18 C. marchés publ. définit précisément les caractéristiques des prix ferme et révisable Une telle pratique est également consacrée par les CCAG. À titre d'exemple v. les art. 10. 1. 2 et 10. 2. 2. du CCAG applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services approuvé par l'arrêté du 19 janvier 2009, JORF 19 mars 2009, p. 4953 ; égal. l'art. 10. 4 du CCAG applicables aux marchés publics de travaux approuvé par l'arrêté du 8 sept. 2009, JORF 1^{er} oct. 2009, p. 15907.
- (16) Toutefois, le même article rend possible une actualisation du prix lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'écoule entre l'établissement du prix et le début d'exécution du marché.
- (17) S. Abbattucci, B. Sablier, V. Sablier, Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux, AJDA 2004. 2194 .
- (18) M. Ubaud-Bergeron, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Université Montpellier I, 2004, p. 381.
- (19) CE 8 févr. 1918, *Gaz de Poissy*, RD publ. 1918. 237, concl. Corneille - CE 23 nov. 1956, *Hereil*, Lebon p. 448.
- (20) CE 21 juill. 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*, Lebon, p. 586.
- (21) CE 3 févr. 1924, *Grandchamp* : Lebon, p. 176 - CE 8 nov. 1932, *Grandrieux*, Lebon, p. 932.
- (22) V. P. Saint-Marc, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, Jouve, 1918 ; A. Louveau, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, op. cit.; M. Gros, *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, Thèse dactyl. Lyon, 1922 ; 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'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, Jouve, 1926.
- (23) Pour une analyse détaillée de la controverse liée à la recherche de la naissance de la théorie de l'imprévision, v. L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, p. 119 s.
- (24) *Ibidem*.
- (25) P. Chardenet, concl. sur CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* , concl. préc., p. 30 : « Est-ce là une solution bien nouvelle que nous vous proposons ? Nullement. Nous nous conformons à votre jurisprudence ».
- (26) L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 122.
- (27) CE 23 nov. 1956, *Hereil*, préc.

(28) CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, Lebon, p. 1036 ; RD publ. 1921. 81, concl. Corneille.

(29) Ainsi, l'imprévision prend fin soit par le rétablissement de l'équilibre du contrat, soit à l'inverse par la confirmation du caractère définitif des perturbations. Dans ce cas, l'imprévision se transforme en une situation de force majeure justifiant la résiliation du contrat. V. CE, ass., 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Lebon p. 1050 , concl. Josse ; S. 1933, 3, p. 9, note P. Laroque ; D. 1933. 7, note Pelloux ; RD publ. 1933. 117, concl. Josse, note G. Jèze.

(30) CE 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, Lebon, p. 381 .

(31) L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 179.

(32) CE 23 nov. 1956, *Héreil*, préc.




(33) CE 14 mars 1962, *Société manufacture des vêtements Paul Boyé*, Lebon p. 173.

(34) CE 11 déc. 1957, *Ministre de la défense c. Sieur Berthas*, Lebon p. 671.


(35) CE 13 nov. 1953, *Charnit ès qualité de liquidateur de la société Collet Georges et fils*, Lebon p. 490.

(36) CE 2 févr. 1951, *Société des grands travaux de Marseille*, Lebon p. 67.

(37) CE 21 avr. 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*, Lebon p. 119.

(38) Le juge administratif a initialement considéré que l'aléa administratif ne pouvait être lié qu'à la théorie du fait du prince et l'aléa économique à celle de l'imprévision. V. CE 28 nov. 1924, *Tanti*, RD publ. 1925. 76, note G. Jèze. Il est désormais reconnu que le bouleversement de l'économie du contrat peut résulter de l'intervention d'une autorité publique. V. CE 4 mai 1949, *Ville de Toulon*, Lebon p. 197 ; CE 15 juill. 1949, *Ville d'Elboeuf*, Lebon p. 359 - CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Lebon p. 115 ; CE 30 avr. 1965, *Commune de Dourdan*, Lebon p. 981 ; CE 20 oct. 1971, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, Lebon p. 624  ; CE 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia*, préc.  ; CE 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc. .



(39) Puisque l'évènement peut résulter d'un fait de l'administration contractante, le critère d'extériorité ne concerne en réalité que le cocontractant de celle-ci. V. CE 31 oct. 1947, *Delagueau*, Lebon p. 643 ; CE 20 févr. 1959, *Ministre de l'industrie et du commerce c. Société du parc des attractions*, Lebon p. 1035 ; CE 20 janv. 1978, *Société routes et travaux*, RDP 1978. 1485.

(40) V. not. CE 28 oct. 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*, Lebon p. 780 .

(41) Sur ces notions, voir A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, *op. cit.*, p. 595 s. ; L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, op. cit.*


(42) V. CE 30 oct. 1990, *Société Coignet entreprise*, Lebon T. p. 875. En l'espèce, le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas identifié car les charges supplémentaires n'excèdent pas 3 % du montant définitif du marché.

(43) V. T. Kirat, F. Marty, L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », RID éco. 2005. 301 s. Cette étude démontre que « 95 % des requêtes invoquant l'imprévision font l'objet d'une décision de rejet contre 67% pour les requêtes en sujétions imprévues ».



(44) F. Dieu, concl. sur TA Nice, 20 oct. 2006, req. n° 0203590, AJDA 2007. 424 , concl. F. Dieu . 424. Le commissaire du gouvernement rappelle que « le juge fait un usage parcimonieux de la théorie de l'imprévision, ne l'appliquant qu'à des circonstances extrêmes ».




(45) R. Chapus, *Droit administratif*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., p. 1214.


(46) CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Lebon p. 115.


(47) CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc. 

(48) Les termes employés dans l'arrêt sont très clairs tout comme les conclusions de Daniel Labetoulle selon lesquelles « la décision de l'entreprise d'interrompre l'exécution du marché la prive de la possibilité d'invoquer le bouleversement de l'économie du contrat alors pourtant que cette condition était sans doute remplie », AJDA 1983. 260.


(49) Pour une analyse détaillée, v. TA Nice, 20 oct. 2006, req. n° 0203590, AJDA 2007. 424 , concl. F. Dieu .

(50) CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest*, Lebon p. 237  ; D. 2000. 196, et les obs.  ; RDI 2000. 565, obs. F. Llorens  ; CJEG 2000. 473, concl. C. Bergeal.

(51) V. C. Bergeal, concl. sur CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest*  , CJEG 2000. 473 : « Si elle a perdu son éclat initial, la théorie de l'imprévision, le professeur Chapus le souligne pour être une des théories les plus notoires du droit administratif, n'est pas, pour autant, devenue objet de musée (...) ».

(52) V. L. Jegouzo-Vieno, note ss CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. Société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et Société Sogest*  , LPA 8 déc. 2000, p. 16.


(53) La société dut s'acquitter d'un prix trois fois supérieur à celui initialement prévu pour la première période, les tarifs étant deux fois supérieurs à compter de la mise en service de la nouvelle source d'approvisionnement.

(54) CE, ass., 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Lebon p. 1050 .

(55) V. la jurisprudence citée par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 185. Les clauses peuvent ainsi voir leurs effets neutralisés en raison de mesures autoritaires des prix ou encore parce qu'elles n'ont pas couvert des événements survenus postérieurement.

(56) CE 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, AJDA 1948. 31.

(57) CE 28 nov. 1924, *Compagnie du Boulonnais*, Lebon p. 947 ; CE 2 déc. 1938, *Compagnie générale pour l'éclairage*, Lebon p. 906 ; CE 21 nov. 1947, *Petot*, Lebon p. 647 ; CE 30 nov. 1949, *Société La Route*, Lebon p. 517.



(58) CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Lebon p. 651  ; S. 1922, 3, p. 49, note M. Hauriou ; CE 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, Lebon p. 208 ; RDP 1919. 338, note G. Jèze ; S. 1919, 3, p. 33, note M. Hauriou. V. aussi, A. Mathiot, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 413 ; L. Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962 ; C. Roig, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence et la doctrine*, thèse dactyl. Paris, 1958 ; P. Terneyre, *Les*

adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité, RDP 1987. 1489.




(59) À ce propos, v. J.-L. Autin, *Les grands arrêts disparus*, actes du colloque du 29 nov. 2006, organisé par l'AFDA, consacré au « 50^e anniversaire des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* », RFDA 2007. 242 s. Dressant un panorama général des arrêts ayant disparu du GAJA, l'auteur exprime le regret éprouvé face à l'exclusion d'arrêts relatifs à la théorie de la force majeure, notion « parfaitement cernée par une jurisprudence solidement établie », selon ses termes.


(60) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, *op. cit.*, p. 248.

(61) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, *op. cit.*, p. 565.

(62) Pour une mise en lumière des critères, v. CE 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc.  ; C. Bergeal, concl. sur CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. Société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest* , concl. préc., p. 474.

(63) Not. la circulaire du 20 nov. 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, JORF 30 nov. 1974, p. 11971.


(64) La notion est clairement définie sur le plan jurisprudentiel. V. CE 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173025 ; CE 25 nov. 1998, *Préfet de Corse c. Monsieur Cianfarani*, req. n° 151067, Lebon  ; AJDA 1998. 1047  ; AJFP 1999. 51 . V. aussi B. Boubli, *Le bouleversement de l'économie du contrat dans les marchés publics et les marchés privés*, in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Dalloz, 2007, p. 202.


(65) C. Bréchon-Moulènes, *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, AJDA 2000. 679 .



(66) M.-A. Frison-Roche, *Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire*, RID éco. 2001. 395.

(67) C. Milhat, *L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée de service public*, *Contrats Marchés publ.* oct. 2006, étude 17.

(68) L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*.


(69) J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, RFDA 2004. 80  s.




(70) S. Abbaticci, B. Sablier, V. Sablier, *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*, AJDA 2004. 2192 .


(71) CE 22 févr. 1980, *SA des Sablières modernes d'Aressy*, Lebon p. 109 . V. égal., J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, art. préc. , p. 81 s.

(72) TA Rouen, 28 août 1998, *Société Renault SA*, Lebon  ; AJDA 1998. 1047  ; RTD com. 1999. 78, obs. G. Orsoni .



(73) CE, sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia*, préc. .


(74) D. Labetoulle, concl. sur CE, sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. société Sofilia* , AJDA 1976. 553.

(75) CE 10 févr. 2010, *Société Prest'Action*, req. n° 301116, Lebon  ; AJDA 2010. 293  ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou  ; Dr. adm., 1^{er} avr. 2010, note F. Brenet.

(76) J. Antoine, La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, art. préc. , p. 82.

(77) Une seule nuance doit cependant être apportée. Il est difficile d'admettre que le fondement de la théorie soit le juste-prix dans la mesure où cet élément apparaît comme un critère de détermination de la situation d'imprévision non comme l'essence de la théorie. La notion de juste-prix correspond en fait à celle de prix-limite qui recoupe l'extrême limite des variations que les parties auront raisonnablement pu envisager lors de la conclusion du contrat. Cette notion participe donc de la détermination du bouleversement de l'économie du contrat mais n'est en rien assimilable au fondement de la théorie

(78) Ainsi, J. Antoine n'hésite pas à affirmer que « le "juste-prix" est le fondement de l'imprévision », v. J. Antoine, La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, art. préc. , p. 83, alors que S. Abbattucci, B. Sablier et V. Sablier, présentent le maintien de l'équilibre entre les prestations réciproques comme « le fondement véritable de la théorie », V. S. Abbattucci, B. Sablier, V. Sablier « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », art. préc. , p. 2199.


(79) D. Labetoulle, concl. sur CE, sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. société Sofilia* , concl. préc., p. 553.

(80) *Ibidem*.

(81) V. R. Latournerie, concl. sur CE 9 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, RD publ. 1928. 328. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement présente la théorie comme une contrepartie de l'ensemble des droits exorbitants dont dispose l'administration. André de Laubadère a pu, quant à lui, isoler un double fondement. Il s'agirait « d'une part de considérations d'équité qui expliquent que l'administration doit partager un déficit dont elle n'est pas responsable, d'autre part de la nécessité d'une intervention de l'administration pour permettre au service de continuer de fonctionner », v. A. de Laubadère, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, p. 563 s. Enfin, v. F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché public : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, LGDJ, 1981, p. 293. L'auteur explique que la théorie de l'imprévision se rattache à l'idée d'«équité et de bonne foi dans l'exécution du contrat ».


(82) V. Corneille, concl. sur CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, RD publ. 1921. 80. Le commissaire du gouvernement rappelle que « l'un des contractants ne peut, de sa propre autorité, modifier l'équilibre du marché ». Le même type de raisonnement sera suivi par le commissaire du gouvernement Latournerie qui précisera « qu'il ne saurait dépendre de [l'État lorsqu'il est lié à un tiers par un contrat] de modifier arbitrairement l'équilibre financier du contrat », v. R. Latournerie, concl. sur CE 9 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, RD publ., 1928, p. 326.

(83) V. CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Doc. fr., 2008.


(84) L. Rapp, Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet, *Contrats Marchés publ.*, juill. 2008, étude 7. V. égal., F. Brenet, La théorie du contrat administratif, AJDA 2003. 919 .

(85) Civ. 6 mars 1876, *De Galiffet c. Commune de Pélissanne* : D. 1876. 193, note Giboulot.

(86) Sur l'argument tenant au risque d'arbitraire, v. C.-M. Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français*, LGDJ, 1937, p. 5.

(87) C. Jamin, Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'art. 1134 C. civ., Dr. et patrimoine, 1998, p. 46 ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989 ; Y. Picod, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 68 s.; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 450 s., p. 361 ; C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du contrat, RTD civ. 1997. 357  ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*, PUAM, 1994 ; L. Aynès, Le devoir de renégocier, RJ com. 1999. 11 s. ; D. Mazeaud, La révision du contrat, LPA 30 janv. 2005, p. 4 ; L. Grynbaum, *Le contrat contingent*, thèse dactyl. Paris II, 1998 ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, thèse dactyl. Orléans, 2000 ; Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, 2008, p. 247 et s.


(88) J.-L. Mouralis, Imprévision, art. préc., p. 17.


(89) F. Chenéde, Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle, AJDA 2009. 923  s. Le raisonnement de l'auteur est très clair : « Le droit public peut-il - doit-il - servir de modèle sur ce point au droit privé ? (...) Le temps est-il venu de remettre en cause la jurisprudence *Canal de Craponne* et de transposer en droit civil la jurisprudence *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* ? (...) Dans cette dernière hypothèse, c'est le droit public qui sert de modèle au droit privé ».


(90) R. David, L'imprévision dans les droits européens, in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 228.


(91) Pour une étude détaillée, v. R. David, L'imprévision dans les droits européens, art. préc. ; D. Tallon, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997.



(92) O. Lando, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences, RDC 2006. 173.

(93) Com. 3 nov. 1992, Bull. com. n° 338 ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre  ; Defrénois 1993, art. 35663, n° 131, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1993. II. n° 22164, p. 469, note G. Virassamy.

(94) J. Antoine, La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, art. préc. , p. 86.

(95) V. aussi Com., 24 nov. 1998, *Chevassus*, D. 1999. IR 9  ; JCP. 1999. II. 10210, note Y. Picod.



(96) Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Société des repas parisiens c. Association du foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses*, D. 2004. 1754, note D. Mazeaud  ; LPA 28 juin 2004, n° 128, p. 18, note C. Gavoty et O. Adwards.

(97) Il faut toutefois préciser que les magistrats de la Cour de cassation ont refusé de reconnaître à cet arrêt une telle portée. V. O. Renaud-Payen, note ss Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Société des repas parisiens c. Association du foyer des jeunes travailleurs et Commune de Cluses*, JCP E 2004. 737. Sur le même sujet, v. égal. J. Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004. 2239  ; A. Bénabent, Dalloz ou Dallas ?, D. 2005. 852 .

(98) Sur la nécessité de la réforme, v. F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.

(99) P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006.

(100) V. B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel, LPA 24 juill. 2006, n° 146, p. 11.

(101) Sur ce projet de réforme, v. A. Ghazi et P. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, D. 2008. 2609  ; D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364 .









(102) V. M. Fabre-Magnan, Réforme du droit des contrats : un très bon projet, JCP 2008. I. n° 199, p. 13 ; B. Cavalié, Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ?, RLDC 2009, n° 62, p. 70.

(103) En témoigne l'actualité jurisprudentielle récente. V. CE 10 févr. 2010, préc.

(104) La question a pu notamment se poser pour les partenariats public-privé et semble trouver une réponse affirmative. V. A. Ruellan et A. Hugué, Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision, art. préc., p. 1601.

(105) P. Fombeur, Entre réforme annoncée et réforme achevée, RLDC, n° 58, supp. p. 6.

(106) C. Desjonquères, *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures, op. cit.*, p. 9.

(107) CE, ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802 ; Lebon  ; AJDA 2010. 4  ; *ibid.* 142 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi  ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou  ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser  ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud  ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni  ; JCP A, 22 févr. 2010, p. 21, note F. Linditch ; Gaz. Pal., 14 mars 2010, note B. Seiller ; JCP G, 29 mars 2010, chron. B. Plessix.