



**HAL**  
open science

# L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS :

Thierry Kirat

► **To cite this version:**

Thierry Kirat. L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS :: DE L'ECONOMIE DES CONTRATS 'INCOMPLETS' A LA PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. *Revue internationale de droit économique*, 2003, 2003 (n° 3), pp.11-46. halshs-00004535

**HAL Id: halshs-00004535**

**<https://shs.hal.science/halshs-00004535>**

Submitted on 1 Sep 2005

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS : DE L'ECONOMIE DES CONTRATS 'INCOMPLETS' A LA PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS <sup>1</sup>

Thierry Kirat

Chargé de recherche au CNRS – IDHE, Ecole normale supérieure de Cachan

Revue internationale de droit économique n°1, 2003, pp. 11-46.

|   |    |
|---|----|
| 1. Le contrat de l'économiste... et son "environnement institutionnel" : l'en-soi du contrat et la vacuité du droit et du juge..... | 3  |
| 1.1. Contrats et institutions : l'ontologie du contrat et l'extériorité des institutions.....                                       | 3  |
| 1.2. Le problème de l'incomplétude : les limites du grand écart entre des "bons contrats" et de "mauvaises institutions" .....      | 4  |
| 2. De l'incomplétude ... à l'imprévision ? .....  | 5  |
| 2.1. L'incomplétude comme outil d'analyse économique : l'économie des "Default Rules" .....   | 6  |
| 2.2. L'incomplétude : de la nécessité de traduire une catégorie économique en dispositifs juridiques.....                           | 7  |
| 2.3. Incomplétude et imprévision : de faux amis ?.....  | 9  |
| 3. Comment traduire juridiquement et empiriquement le problème de l'incertitude du futur? .....                                     | 11 |
| 3.1. Incomplétude informationnelle et complétude juridique .....  | 11 |
| 3.2. Les dispositifs du droit privé.....  | 12 |
| 3.3. L'imprévision en droit des contrats administratifs : une étude empirique .....   | 14 |
| 4. La détermination du prix et l'allocation des risques dans des contrats "incomplets" .....  | 20 |
| 4.1. La détermination du prix.....  | 22 |
| 4.2. La détermination du prix de règlement .....  | 22 |
| 4.3. La jurisprudence administrative.....   | 25 |
| Conclusion .....  | 26 |
| Références.....   | 27 |
| Liste des arrêts du conseil d'état et des cours administratives d'appel.....  | 29 |

---

<sup>1</sup> Je remercie vivement Horatia Muir-Watt, Evelyn Serverin et Laurent Vidal pour leurs commentaires qui ont accompagné l'élaboration de ce texte.

< page 12 >

L'allocation des risques inhérents à l'exécution d'obligations dans des accords dont la temporalité est longue est une question importante, notamment pour l'économie. Or, à cet égard, il est significatif de constater que les entrées consacrées au droit administratif dans l'*Encyclopedia of Law and Economics* ne font pas mention des contrats administratifs, et que les entrées relatives au droit des contrats ne renvoient jamais au droit administratif. On ne peut que signaler, à ce propos, l'originalité de l'ouvrage de microéconomie des marchés publics et de la réglementation de J.-J Laffont et J. Tirole (1993). Quelles conclusions tirer de ce constat ? De notre point de vue, deux hypothèses peuvent être avancées : soit les économistes se désintéressent des contrats administratifs, soit ils les intègrent implicitement dans le même moule que les contrats de droit privé. Nous estimons que la deuxième hypothèse est la plus plausible, et nous souhaitons l'explorer ici en réfléchissant sur le fait de savoir si le droit positif des contrats privés et administratifs rend possible l'application de mêmes catégories d'analyse en matière d'allocation des risques. Cette question appellera naturellement une réflexion sur la signification et la portée empirique de la notion économique d'incomplétude des contrats.

Il est bien évident que l'allocation contractuelle des risques a des conséquences importantes sur l'efficacité d'un contrat ; elle est intimement liée aux incitations des co-contractants à allouer des ressources, à procéder à des investissements dans une relation, ainsi qu'à la capacité respective des parties à assumer des risques (Trianis, 2000, p. 100). Cette question, considérée d'un point de vue normatif, débouche sur des recommandations en termes d'allocation des risques, ou en termes de pertinence des différents procédés juridiques applicables en cas de survenance d'un risque non prévisible ou d'inexécution du contrat par une des parties <sup>2</sup>. La position commune à nombre d'économistes du contrat, qui consiste à penser que l'"incomplétude" fait échapper le contrat à l'emprise de solutions juridiques et le fait entrer dans la sphère de la "régulation privée" nous paraît devoir être dépassée par une analyse empirique du fonctionnement des dispositifs juridiques qui se rapportent à l'exécution des contrats. <sup>3</sup>

Nous procéderons ici à une brève étude positive et comparative du problème de l'allocation des risques dans les contrats administratifs, en droit français et en droit des Etats-Unis. Cette étude sera précédée d'une mise en scène, assortie d'une discussion critique, de la manière dont la théorie économique des contrats se saisit de leur contexte juridique ; l'enjeu est de penser les contrats comme des formes d'échange économique juridicisées, plutôt que comme des processus ontologiques < page 13 > (1.). Nous procéderons alors à une présentation critique de l'économie de l'incomplétude des contrats, puisque les risques sont réputés d'autant plus grands que les contrats s'éloignent du canon idéal de la "complétude" ; nous examinerons les prolongements de ces analyses économiques sur la définition du rôle et des fonctions des variables juridiques (2.). Nous réaliserons alors une première étude positive, consacrée à l'allocation des risques dans les contrats privés et administratifs, en testant

---

<sup>2</sup> Et ce en dépit d'une curieuse jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est employée à trouver dans le risque le critère de la distinction entre délégations de service public et marchés publics, les premières étant associées à la présence d'un risque financier induit par la rémunération du titulaire liée aux résultats de l'exploitation. Si ce critère est discriminant, on ne peut que logiquement conclure que les marchés publics sont exempts de risque... sur ce point, voir L. Vidal (1999).

<sup>3</sup> Cette position est très prégnante dans le courant dit de la théorie des coûts de transaction. Pour une présentation critique, voir Bazzoli et Kirat (2003). La question de l'analyse empirique du droit des contrats est vigoureusement posée par Korobkin (2001).

la pertinence des analyses économique (3.), avant de procéder de même avec les conditions de détermination des prix (4.).

## 1. LE CONTRAT DE L'ECONOMISTE... ET SON "ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL" : L'EN-SOI DU CONTRAT ET LA VACUITE DU DROIT ET DU JUGE

La littérature est pléthorique en économie des contrats et du droit des contrats, sur le continent nord-américain ; elle est importée à peu de frais en France par des économistes des contrats, sensibles à la question de l'ontologie de l'accord contractuel et à la vacuité du droit dans ses interférences nuisibles avec elle. Elle est aussi pleinement envahie et structurée par l'idée que les contrats du monde réel sont des contrats... incomplets.

### 1.1. Contrats et institutions : l'ontologie du contrat et l'extériorité des institutions

En dépit de ses affirmations relatives au fait qu'elle prend pour objet pertinent le cadre institutionnel des contrats, la théorie économique persiste à considérer ce dernier comme *extérieur* aux contrats, ce qu'illustrent les intitulés du tableau suivant (tableau 1). La clé d'entrée dans l'étude des contextes institutionnels des relations contractuelles demeure strictement confinée dans les termes de l'analyse micro-économique, *partant des caractéristiques des accords bilatéraux inter-individuels pour procéder à la construction de modèles d'analyse des institutions*. Cette méthode de construction "en creux" des contextes institutionnels des contrats peut être discutée, et remise sur ses deux jambes en considérant les *caractéristiques des relations contractuelles comme des produits de dispositifs institutionnels*.

Néanmoins, l'honnêteté commande de reconnaître l'incursion de certains économistes dans des analyses qui procèdent d'une "entrée par les institutions" dans l'analyse des contrats. En particulier, Schwartz (2000) cherche à situer les dispositifs institutionnels comme des dispositifs structurants de la pertinence de certaines règles du droit des contrats ; Ménard (2001) tente de mettre en évidence les correspondances entre les discours du droit et de l'économie sur la détermination du prix dans les < **page 14** >

TABLEAU 1 - UNE SCHEMATISATION DES DIFFERENTES APPROCHES ECONOMIQUES DES CONTRATS ET DU ROLE DES CADRES INSTITUTIONNELS

| Théorie                          | Information des contractants | Institutions <i>extérieures</i> * aux contractants   |
|----------------------------------|------------------------------|--|
| Théorie walrasienne              | Complète et symétrique       | Parfaites (garantissant l'absence de déviations par rapport aux plans annoncés)                    |
| Théorie des incitations          | Complète et asymétrique      | Parfaites (garantissant l'exécution des engagements)   |
| Théorie des contrats incomplets  | Complète et symétrique       | Imparfaites (incapables de vérifier certaines variables)   |
| Théorie des coûts de transaction | Incomplète et asymétrique    | Très imparfaites (incapables de vérifier certaines variables et soumises à la rationalité limitée) |

\* nous soulignons

Source : d'après E. Brousseau et J.-M. Glachant, "Economie des contrats et renouvellement de l'analyse économique", *Revue d'économie industrielle*, n°92, 2è et 3è trimestre 2000, p. 34.

contrats de longue durée ; Brousseau (2001) s'emploie à établir les avantages comparés des dispositifs juridiques américains et français de modification des clauses contractuelles en cours d'exécution. Néanmoins, nous estimons que ces travaux, du moins ceux des deux derniers auteurs cités, persistent à penser que la qualité des contrats trouve sa source exclusivement dans le registre de l'accord inter-individuel, et que l'intervention des institutions juridiques (en particulier du juge) relève d'une interférence souvent inopportune avec les préférences et les engagements des parties. Ces thèses peuvent être explicitées en référence à la question de l'incomplétude des contrats.

### ***1.2. Le problème de l'incomplétude : les limites du grand écart entre des “bons contrats” et de “mauvaises institutions”***

Sans embrasser l'ensemble des théories économiques des contrats, sa version néo-institutionnaliste (dite aussi Théorie des coûts de transaction- TCT) fait usage d'une notion de contrats incomplets en situation d'incertitude radicale et de rationalité limitée des agents et des institutions. Elle pose, ainsi, que la qualité des relations contractuelles est doublement contrainte : d'une part, par l'incomplétude des accords conclus entre les parties et, d'autre part, par des défaillances institutionnelles. Ces dernières découlent du fait que les institutions chargées de rendre les contrats “exécutoires” sont, elles aussi, victimes d'une information imparfaite et d'une < **page 15** > rationalité limitée : les juges ne peuvent rendre exécutoires des clauses portant sur des variables non vérifiables. De plus, ils « peuvent prendre beaucoup de temps avant d'arrêter des décisions, refuser de se prononcer, faire des erreurs, etc. ». Ainsi, « L'exécution des contrats n'est ... pas parfaitement garantie par des mécanismes externes » (Brousseau et Glachant, 2000, p. 32).

La particularité de la TCT est qu'elle l'accent sur les relations contractuelles qui exigent, en amont, la formation d'actifs spécifiques, générateurs de possibles comportements de “hold-up” par la partie non détentrice de ces actifs non redéployables. La possibilité de comportements opportunistes nécessite alors le recours à des mécanismes de protection et de renégociation des contrats en cours d'exécution. Dans ce cadre d'analyse, l'incomplétude contractuelle n'est pas considérée comme une “pathologie” des contrats, mais comme ouvrant la voie, sous certaines garanties, à une flexibilité des accords, surtout lorsqu'ils sont de longue durée. La qualité de l'ajustement des contrats est alors renvoyée, non pas à la justice institutionnelle (incapable de “vérifier des variables non vérifiables”), mais à des éléments du “cadre institutionnel” aptes à crédibiliser les sanctions garantissant l'exécution des engagements contractuels, à savoir la réputation des firmes, les systèmes de régulation interne de certaines professions, etc. Tout se passe, ainsi, comme si le traitement contentieux devant les tribunaux et l'interprétation judiciaire des contrats litigieux étaient hors du domaine des procédés efficaces d'ajustement des accords dans le temps.

Laissant au lecteur le soin d'apprécier le caractère pathogène du monde du droit et des tribunaux en matière de vie des contrats <sup>4</sup>, il importe maintenant d'introduire une première discussion de la notion, véritable clé-de-voute de la théorie économique, d'incomplétude. A cet égard, Ayres (1998) établit une utile distinction entre deux acceptions de l'incomplétude des contrats :

---

<sup>4</sup> Dont une démonstration est faite dans Farès et Saussier (2002).

- a) Dans le discours des juristes américains et des tenants de l'économie du droit, l'incomplétude est définie en termes d'*obligations*. Cette notion est utilisée pour qualifier des contrats dans lesquels les obligations ne sont pas parfaitement spécifiées, et nécessitent un travail juridique de "*gap-filling*". De notre point de vue, ce n'est là qu'une manière d'exprimer le fait que les contrats se caractérisent par une texture ouverte, qui est une des conditions essentielles permettant aux accords générateurs d'obligations de fonctionner (Serverin, 1996). Cependant, l'idée que des contrats incomplets sont des contrats dans lesquels les obligations ne sont pas parfaitement spécifiées est, en tant que telle, irrecevable : la question pertinente en termes juridiques est de déterminer si des obligations valides au regard du droit existent, ou non, dans un contrat. A défaut d'obligations valides, c'est-à-dire en l'absence d'obligations spécifiées, le contrat est annulable (par exemple s'il ne prévoit pas d'obligations relatives au prix, au calendrier de livraison, etc.) ; toutefois, il n'est pas admissible de considérer les obligations < **page 16** > dans les termes dans lesquels les économistes les conçoivent, c'est-à-dire sur un modèle algorithmique, qui prévoirait, à la manière d'un programme informatique, que si l'état  $x$  du monde survient, alors l'obligation  $x$  s'impose.
- b) Lorsqu'elle est utilisée par les économistes, hors de la *Law and Economics*, l'incomplétude est définie dans des termes indifférents à la nature des obligations : dans une acception strictement économique, l'incomplétude est relative au fait que des accords conclus *ex ante* ne peuvent prévoir tous les états du monde futurs possibles, et y associer des clauses de comportement certaines. L'incomplétude se définit alors *a contrario* des contrats complets : serait incomplet un contrat qui n'est pas complet. Or, le concept de "contrat complet" désigne un système d'échange construit *en théorie*, pour qualifier le modèle walrasien de marché, dans lequel les échanges et les ajustements de l'offre et de la demande au prix d'équilibre sont instantanés. Ainsi, logiquement, les contrats empiriquement pratiqués sont forcément incomplets du fait que le monde réel n'est pas walrasien ; dans ce cadre, les économistes sortent les contrats incomplets du monde du droit, pour les placer dans celui des régulations qui, comme celles qui ont été plaquées aux contrats relationnels, font appel à des procédés non juridiques d'ajustement des prestations (tels la réputation des parties, les usages professionnels, etc.).

Il n'est pas dans notre propos de faire une exégèse des différentes acceptions de l'incomplétude des contrats<sup>5</sup> ; nous concentrons notre attention sur la portée de l'usage de l'incomplétude par les économistes qui se penchent sur le droit des contrats. En d'autres termes, nous souhaitons clarifier les conclusions juridiques auxquelles conduisent les analyses des contrats incomplets.

## 2. DE L'INCOMPLÉTUDE ... A L'IMPREVISION ?

C. Ménard en estimant que « Pour le juriste des contrats, l'incertitude a pour nom "imprévision" » (2001, p. 12), pose que l'incomplétude des contrats, en particulier de longue durée, relève dans la sphère juridique de la notion d'imprévision. Ce jugement est d'un grand intérêt, aussi je

---

<sup>5</sup> Nous renvoyons le lecteur à un article très intéressant que Eric Posner a consacré à la question en 2002.

vais m’y arrêter, en laissant de côté les autres catégories juridiques qui pourraient être associées à la question de l’incomplétude (comme la force majeure, les sujétions imprévues, ou, en droit des Etats-Unis, l’*impossibility of performance*, la *parole evidence rule*, etc.).

< page 17 >

## **2.1. L’incomplétude comme outil d’analyse économique : l’économie des “Default Rules”**

Dans la *Law and Economics* du droit des contrats, l’incomplétude a fait l’objet de nombreuses études, souvent réalisées par des juristes, qui mettent l’accent sur les dispositifs juridiques qui ont pour fonction de permettre aux parties contractantes de gérer l’incomplétude des contrats. Parmi ces dispositifs, le plus important est celui des règles supplétives (*Default Rules*) qui « définissent les obligations des parties en l’absence d’accord explicite sur des règles contraires » (Craswell, 2000, p.1).

Cette notion est suffisamment floue pour qu’elle mérite qu’on s’y attarde. Elle figure rarement dans les ouvrages de *Contract Law* des Etats-Unis, ce qui signifie qu’elle n’est pas une catégorie du droit positif américain, d’autant plus qu’elle est absente des *Restatements of Contracts* ; elle n’est pas évoquée dans le *Contracts* de Calamari et Perillo (1999), et ne figure que dans une note infrapaginale du *Contracts, Cases and Materials* de Farnsworth et Young (1995). Seuls Rhower et Skroki traitent explicitement de cette notion dans le chapitre consacré à l’interprétation des contrats de leur *Contracts* (2000). Ces deux auteurs les définissent dans les termes suivants : « ... il existe des clauses contractuelles que le droit impose simplement du fait que les parties ne les ont pas établies. Ces clauses sont appelées “default rules” (appliquées seulement par défaut lorsque les intentions des parties ne peuvent pas être trouvées dans leur accord), ou “gap fillers” » (Rohwer et Skroki, 2000, p. 261).

Les *Default Rules* sont intimement liées à l’interprétation judiciaire des contrats ; en droit français, elles désignent donc les règles applicables dans les silences du contrat, en référence au régime légal qui s’impose à défaut de clause contractuelle contraire ; en droit des Etats-Unis, elles s’alimentent à plusieurs sources : la reconstruction, par le juge, de ce qu’auraient prévu les parties si elles avaient pris la peine de s’entendre, les usages professionnels, et l’équivalent de notre régime légal, tel que l’expriment les *Restatements of Contracts* et l’*Uniform Commercial Code*.

Un certain nombre de travaux d’économistes et de juristes ont été réalisés sur les effets des règles supplétives sur la réduction, ou la “gestion” de l’incomplétude dans les contrats privés. Le problème posé est celui de l’établissement d’accords contractuels aussi complets que possibles, compte tenu du fait que les coûts de négociation sont d’autant plus élevés que les parties élaborent des contrats précis : l’efficacité de la négociation est conditionnée par le rapport entre le coût de la négociation et les gains espérés de l’activation des clauses élaborées, compte tenu du rapport des parties au risque et de la probabilité de survenance d’un événement dont les conséquences sur le contrat ne sont pas prévues *ex ante*.

Sans résumer ces analyses dans le détail, une thèse mérite attention : le juge est un acteur qui incite à l’élaboration de contrats précis. En effet, l’anticipation d’une sanction, par le juge, des contrats qui n’en remettent trop largement au régime supplétif, est en effet un moyen d’inciter à les parties à élaborer des clauses précises. Pour deux économistes qui font référence en la matière, Ayres et Gertner (1989), les coûts de < page 18 > transaction qui affectent les accords contractuels sont une source déterminante de

leur incomplétude<sup>6</sup>. Or, l'incomplétude peut conduire les contrats devant le juge judiciaire ; tout se passe comme si les carences des parties dans l'élaboration de leur accord contractuel revenaient à transférer *ex post* au juge judiciaire la charge de l'amélioration du contenu de l'accord, alors qu'elle aurait pu être assurée *ex ante* si les parties avaient pris la peine de négocier sérieusement. La solution retenue par Ayres et Gertner est que le tribunal pénalise, sous la forme de pénalités de défaut, les parties entre lesquelles naît un contentieux qui aurait pu être prévenu *ex ante* par une élaboration plus complète des clauses du contrat. La perspective de cette pénalité inciterait à la négociation, mais elle aurait une vertu supplémentaire : elle inciterait à la divulgation *ex ante* d'informations lors de la conclusion de l'accord, de la part de la partie la mieux informée, qui aurait pu être tentée de tirer un avantage indu de la transaction grâce au flou des clauses du contrat.

Par ailleurs, l'objet juridique tangible auquel se rapporte la littérature brièvement évoquée ci-dessus est l'*interprétation judiciaire* des contrats dans lesquels un désaccord sur les obligations des co-contractants nécessite un acte d'interprétation, soit sur l'existence d'une obligation, soit sur son contenu. En tout état de cause, il est raisonnable de penser qu'il n'existe pas de complétude ou d'incomplétude en soi, mais des contextes de discussion des obligations par des parties en situation, l'une d'elles prenant prétexte de l'absence d'accord exprès ou de la présence d'ambiguïtés d'une clause pour se défaire d'une obligation ou des conséquences de sa non-exécution. De ce point de vue, on peut approuver l'idée de Cohen que « dans une certaine mesure, toute dispute contractuelle implique des questions d'interprétation et de clauses implicites. » (Cohen, 2001 p. 79).

## **2.2. L'incomplétude : de la nécessité de traduire une catégorie économique en dispositifs juridiques**

Certains juristes estiment que l'incomplétude, et son double qu'est la complétude, sont des notions qui posent davantage de problèmes qu'elles ne permettent d'en résoudre (par ex. Cohen, 2001 ; Muir-Watt, 1999)<sup>7</sup>.

Que signifie, en pratique, l'incomplétude dans la traduction et la mise en forme qu'en donnent le droit ? Du fait que la notion de complétude ou d'incomplétude ne sont pas des catégories juridiques, il convient de traduire, dans le langage des dispositifs, les supports de la gestion, en droit, de plusieurs séries de propriétés :

< page 19 >

- les asymétries informationnelles *ex ante* entre co-contractants. En ce sens, l'incomplétude exprime l'existence d'un rapport déséquilibré entre les parties au contrat, l'une bénéficiant d'une information privée dont elle peut tirer un avantage indu par un comportement opportuniste. Le droit des obligations offre des ressources pour que les parties réduisent *a priori* la probabilité d'une utilisation opportuniste de l'information privée, que ce soit par

---

<sup>6</sup> Pour une analyse critique, voir Horatia Muir-Watt, "Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost", in : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité du contrat*, LGDJ, 1999, pp. 169-179.

<sup>7</sup> G. Cohen estime que : « L'analyse économique du droit des contrats a tendu à prendre comme point de départ le concept idéalisé de contrat 'complet', en dépit du fait que cette notion a vraisemblablement engendré davantage de confusion que de clarté. » (Cohen, 2001, p. 79).



l'obligation faite aux parties de s'en tenir à la bonne foi (ou à la loyauté), par la sanction du dol, ou par les effets « *information-forcing* » de certaines règles d'ajustement des obligations en cours d'exécution. Ainsi, dans ce dernier cas, imaginons qu'une disposition légale de droit commun ne prévoit pas d'indemnisation de l'acheteur victime de l'inexécution de son co-contractant ; l'acheteur peut être victime d'une rupture abusive, non efficace (au sens où le gain de la rupture est inférieur au coût supporté par l'acheteur) et la conclusion du contrat est entâchée par une mauvaise connaissance du "type" de vendeur à qui l'acheteur pense confier un contrat (par exemple : sa propension à ne pas respecter ses obligations et à rompre le contrat). La révélation du "type" peut être assurée lorsque l'acheteur propose des clauses contractuelles de réparation du dommage qu'induirait une rupture unilatérale du contrat par le vendeur, dont le montant peut par itération successive au cours de la négociation être une approximation fiable du gain de l'inexécution : ainsi, la négociation est « *information forcing* » dans la mesure où elle force le vendeur à révéler les caractéristiques de son type.

- la connaissance imparfaite des états du monde futurs est aussi une modalité d'expression de l'incomplétude. Cette connaissance imparfaite porte, non pas sur le comportement futur du co-contractant, mais sur des variables extérieures à la relation entre les parties (le prix des matières premières, des entrants, de l'énergie, la fiabilité des fournisseurs, etc...). Ces éventualités ne sont pas sans être étrangères au monde du droit ; ainsi, le code civil français connaît les "obligations conditionnelles" (art. 1181), le droit des contrats administratifs, les formules de prix révisable, etc. et la jurisprudence, civile comme administrative, dégagent des règles d'interprétation des obligations en présence d'une modification de l'environnement économique dont la partie qui cherche à se désengager d'une obligation allègue l'existence.
- enfin, l'incomplétude peut être un produit mixant des éléments extérieurs et objectifs et des éléments intérieurs et subjectifs, c'est-à-dire l'imprévisibilité des contingences de l'environnement et une connaissance imparfaite du comportement du co-contractant en cours d'exécution. Là encore, ces situations ne sont pas étrangères au monde du droit, qui leur applique les procédés de traitement évoqués dans les deux premiers cas étudiés (les standards de bonne foi, les techniques de révision et de redétermination des obligations, et l'interprétation judiciaire des obligations).

En définitive, l'incomplétude pose deux grandes séries de questions qui peuvent être traitées du point de vue, non du monde abstrait de la théorie économique formelle, mais du droit positif des obligations :

< page 20 >

- a) serait complet un contrat qui ne pose pas de problème d'interprétation et n'implique pas la mise en œuvre de règles supposées écrites. Dans ces conditions, force serait d'admettre que les contrats non litigieux sont des contrats complets, et que l'incomplétude n'est pas une propriété en soi des contrats, mais l'expression de la contestation d'une obligation qui lui est prêtée par une partie.
- b) Si on admet que l'incomplétude pose le problème de la viabilité du maintien d'une obligation alors que l'environnement du contrat ou les conditions de son exécution ont été

altérés depuis sa conclusion, alors il faut s'intéresser aux procédés juridiques qui organisent le traitement de ces cas de figure : d'une part, les conditions suspensives de l'obligation (force majeure, *impossibility*, *excuse*, *mutual mistake*, *commercial impracticability*) et, d'autre part, les dispositions relatives aux conséquences (notamment financières) de l'inexécution de l'obligation. En d'autres termes, si l'on admet que l'incomplétude pose le problème de l'ajustement de "l'économie du contrat" aux événements non prévus survenant en cours d'exécution, alors il serait judicieux que les économistes s'intéressent aux obligations conditionnelles et aux règles positives relatives à la renégociation des accords, en termes de prix, de délais, et de quantités <sup>8</sup>.

### 2.3. Incomplétude et imprévision : de faux amis ?

Certains économistes français concluent, trop rapidement à notre sens, que la *common law* a des vertus que le droit civil français n'a pas quant à la "souplesse" des ajustements des contrats en cours d'exécution, dans un environnement toujours changeant. Ainsi, Brousseau (2001) expose que la renégociation des contrats serait considérée comme une source d'efficience dans la *common law* des Etats-Unis ; la notion d'incomplétude des contrats serait reçue dans le système judiciaire américain comme exprimant une forme normale des relations contractuelles, ouvrant la voie à la mise en œuvre de clauses de renégociations, de clauses d'ajustement et à l'interprétation judiciaire des contrats. *A contrario*, selon cet auteur, le droit français des contrats serait hostile à l'incomplétude des contrats, à leur renégociation, et à l'interprétation judiciaire :

- « ... les contrats sont supposés être assez complets, au sens où ils doivent établir des obligations de manière détaillée lorsque les règles supplétives générales ne s'appliquent pas » (Brousseau, 2001, p. 86) ;

< page 21 >

- « ... les tribunaux français sont plus réticents que les tribunaux américains à autoriser les parties co-contractantes à renégocier leurs engagements » (*ibid.*, p. 84).

Cet auteur ajoute que « jusqu'au milieu des années 1980, les contrats incomplets étaient considérés comme juridiquement nuls », et prend appui sur l'exemple des contrats de distribution à long terme dans lesquels les prix n'étaient pas établis. Cette assimilation de l'incomplétude et de l'absence de prix introduit une confusion entre une caractéristique de la relation (l'incertitude et l'absence de probabilisation des événements futurs) et une source de nullité du contrat (l'absence de prix). Ainsi, le droit américain des contrats et le droit français des obligations illustreraient des mécanismes spécifiques de construction juridique du monde : le premier serait le domaine des contrats incomplets, ouvrant la voie à la possibilité de renégociations *ex post* des engagements pris *ex ante*, et

---

<sup>8</sup> De ce point de vue, il faut signaler le développement de travaux qui, en droit privé, vont dans ce sens, notamment au regard de l'expansion des contrats dits "relationnels" : H. Bouthinon-Dumas, "Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision", RIDE, n°3, 2001 et Horatia Muir Watt, "Analyse économique et perspective solidariste", 2001, à paraître. En droit public, on considérera avec attention la thèse de doctorat que Laurent Vidal consacre à "l'équilibre financier du contrat administratif", et qui en étudie les fondements à travers le double prisme de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des cahiers des clauses administratives générales (thèse à soutenir en janvier 2003 sous la direction de Mme Bréchon-Moulènes à l'Université de Paris I).

donnant ainsi lieu à une flexibilité des contrats ; le deuxième serait du domaine des contrats complets, forçant à l'exécution *ex post* des engagements tels qu'ils ont été formulés *ex ante*, établissant alors une crédibilité des engagements au prix, cependant, d'une "rigidité" des contrats (Brousseau, 2001, p. 84).

Sans nous attarder sur cet auteur, nous estimons que l'incomplétude doit être, simplement, considérée comme l'expression d'une texture ouverte des contrats, du fait du temps et de l'imprévisibilité du futur. Le véritable problème posé est celui des dispositifs juridiques par lesquels les parties peuvent organiser le traitement de leurs obligations futures en cas de survenance d'aléas, et les tribunaux interpréter ces obligations dans un cadre contentieux. Mais est-elle synonyme de l'imprévision des juristes, comme Ménard semble l'admettre ?

Avant de considérer qu'imprévision et incomplétude sont des synonymes, il serait judicieux de saisir le sens de la première notion et de faire le point du droit positif sur l'adaptation des contrats à la survenance d'événements non prévus.

L'imprévision est une catégorie produite par la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative, qui ont en fait des usages différents ; ainsi, l'imprévision de la jurisprudence civile, amorcée par l'affaire Canal de Craponne en 1876, n'a de sens qu'au regard de la position des tribunaux en matière de réfaction de contrats privés marqués par des changements de circonstances (Malaurie et Aynès, 1990, §617). La jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée sur la garantie de la force obligatoire des contrats, qui implique l'absence de pouvoir du juge judiciaire de modifier des clauses contractuelles ; cela ne signifie pas pour autant que le juge impose aux parties l'exécution stricte de leurs obligations. Les parties demeurent maîtresses de l'adaptation de leur accord aux circonstances économiques, compte tenu de leur mutus dissensus. Rien ne permet donc d'affirmer, comme Brousseau le suggère, que les tribunaux français sont réticents face à la renégociation par les parties de leur accord contractuel. On peut également souligner l'erreur d'interprétation de Ménard, qui affirme l'existence d'un « pouvoir discrétionnaire du juridique à l'égard des contrats, de leur renégociation, de leur révision ou de leur résiliation, < **page 22** >qui conforte l'idée d'une importance décisive et irrémédiable de l'incomplétude dans les contrats de longue durée. » (Ménard, 2001, p. 11). On ne voit pas que ce peut avoir de discrétionnaire l'intervention du juridique lorsque les tribunaux sont saisis par un co-contractant cherchant à faire valoir une prétention à l'encontre d'une autre partie ; on ne voit, dans le droit positif, de tels pouvoirs du juge judiciaire en matière contractuelle.

En matière administrative, l'imprévision a été posée dans l'arrêt *Compagnie d'éclairage de Bordeaux* en 1916, qui a d'emblée marqué la spécificité des contrats administratifs par rapport aux contrats privés : l'exécution du service public (de Laubadère, 1953, §830). Nous reviendrons ultérieurement sur l'imprévision en droit administratif, mais il nous paraît justifié d'évoquer les procédés juridiques de "gestion" de l'imprévisibilité du futur. Dans le domaine du droit privé, à notre connaissance, aucune analyse économique de l'incomplétude des contrats n'a été à ce jour réalisée sur des techniques juridiques importantes, comme : les contrats à obligations conditionnelles (notamment les conditions suspensives), les contrats aléatoires, ou, plus simplement, les procédés de révision des prix dans les contrats à exécution successive. De la même, en droit des contrats administratifs, les mécanismes de révision des prix prévus dans les cahiers des clauses administratives générales, les procédés de définition des prix de règlement dans les contrats à prix révisibles ou ajustables, pourraient être considérés avec attention. Enfin, l'imprévision ne peut être appréhendée comme l'expression juridique de l'incertitude, indépendamment d'autres concepts juridiques tels que : la force majeure, les sujétions imprévues, et en droit des Etats-Unis, la *consideration*, l'*estoppel*, ou la *parole evidence rule*.

Il existe donc des procédés juridique de gestion de l'incertitude du futur, sur lesquels l'attention des économistes ne sera pas susceptible d'être concentrée aussi longtemps que ces derniers prendront comme vision du monde celle de contrats "complets" ou "incomplets", en tous cas isolés de leur contexte juridique et réduits à de purs accords inter-individuels.

### **3. COMMENT TRADUIRE JURIDIQUEMENT ET EMPIRIQUEMENT LE PROBLEME DE L'INCERTITUDE DU FUTUR?**

Du point de l'économiste, incertitude et incomplétude fonctionnent ensemble : l'incertitude du futur engendre l'incomplétude des contrats, incapables de prévoir de manière exhaustive la liste des états du monde pouvant survenir dans les relations de longue durée. La traduction juridique, empirique de ces notions, n'est pas chose aisée ; nous en proposons ici quelques orientations possibles.

Les contrats privés, en tant que loi des parties et que régis par le code civil, sont de la compétence du juge judiciaire ; ils sont générateurs d'obligations mutuellement consenties. Les contrats administratifs ne relèvent pas d'une même logique, au regard < **page 23** > du fait qu'ils sont l'instrument de l'action publique, ou de l'exécution du service public. Ils sont le produit d'une réglementation plus large, contenue dans le code des marchés publics, dans les textes réglementaires spéciaux des départements ministériels, et dans des textes non réglementaires qui constituent néanmoins une importante référence, tels les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses comptables générales.

Le code des marchés publics et la jurisprudence administrative usent, dans les contrats administratifs, d'une notion d'économie générale du contrat, inconnue du juge judiciaire (Frison-Roche, 2002) conflit avec l'autorité publique au titre des conditions financières d'exécution de contrats se traduisant par des dépassements de prix ou des retards de livraison.

Nous évoquerons dans ce qui suit les dispositifs de droit privé, avant de présenter les résultats d'une étude empirique de l'argument d'imprévision dans la jurisprudence administrative.

#### ***3.1. Incomplétude informationnelle et complétude juridique***

Deux remarques importantes peuvent être formulées sur l'incertitude du point de vue de l'économie :

- il est usuel de distinguer entre le risque et l'incertitude : depuis Knight (1921), le risque est défini comme un événement probabilisable, alors que l'incertitude relève du non-probabilisable ;
- l'incertitude, au sens de fondement de l'incomplétude entendue comme défaut de prévisibilité du futur, est associée par les économistes des contrats à la nécessité de mécanismes d'ajustement des relations en cours d'exécution.

Nous voudrions souligner ici que l'incomplétude des contrats, au sens économique, n'en entraîne pas, ni logiquement, ni empiriquement, l'équivalent sur le plan juridique ; un contrat incomplet peut être un contrat juridiquement complet. Précisons cette idée, en distinguant entre deux types d'événements du droit positif : l'événement connu dont la survenance est incertaine, et l'événement

non connu. Cette distinction peut être traduite en termes d'événements risqués et d'événement incertains. Ainsi, un contrat d'assurance s'inscrit dans un contexte d'événements connus, mais dont la survenance est incertaine ; un contrat administratif connaissant la survenance d'un événement de force majeure relève du deuxième type. Dans les deux cas, le droit positif organise les effets juridiques de ces différents événements. Cette organisation juridique des effets des événements, anticipables par les parties, permet de qualifier les contrats de complets : l'événement non prévu, qu'il soit d'un type connu ou non, ne met pas les parties cocontractantes dans une incertitude radicale quant à leurs obligations respectives.

< page 24 >

### 3.2. Les dispositifs du droit privé

Si le droit privé n'est pas démuné face à l'incertitude du futur, il nous faut préciser les moyens que les dispositifs du droit privé français mettent à disposition des acteurs qui s'engagent dans des contrats de longue durée. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous en signalons quelques uns :

- les articles 1168 à 1184 du Code civil relatifs aux *obligations conditionnelles*, comprennent un certain nombre de dispositions relatives à la condition suspensive, c'est-à-dire à l'obligation qui dépend, selon l'article 1181 du Code civil, « d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties » ; l'incomplétude, au sens d'imprévisibilité de l'avenir, est une catégorie objet de dispositions de droit positif, comme l'article 1168 qui prévoit que :

« L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. » (art. 1168 c. civ.)

- Les *contrats aléatoires* de l'article 1104 du Code civil portent également sur le domaine des événements incertains :

« Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. » (art. 1104§2 C.civ).

- Les événements qui relèvent de la *force majeure* ou du *cas fortuit* sont évoqués dans l'article 1148 du Code civil, qui dispense le débiteur de dommages et intérêts pour inexécution de l'obligation dans ces cas de figure.

Plus précisément, la modification des conditions d'exécution des contrats lorsqu'ils connaissent une transformation des circonstances qui avaient présidé à leur conclusion ne se laisse pas enfermer dans une logique d'exclusion définitive de l'imprévision par le juge judiciaire. Certes, la jurisprudence civile a condamné la thèse de l'imprévision : « Attendu que si, aux termes de l'article 1135 C. civ., l'équité ou l'usage doivent être pris en considération pour l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis, qu'il a librement assumé. » (Civ., 2 décembre 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1.25). Mais, pour autant, des exceptions doivent être signalées (Mauriac et Aynès, 1990, § 621):

- l'application de clauses contractuelles de révision des prestations contractuelles en cours d'exécution (utilisation d'une clause d'échelle mobile, renégociation des contrats en cours d'exécution) ;
- le recours à des clauses de sauvegarde (*hardship*) par lesquelles les parties peuvent prendre l'initiative d'une renégociation du contrat lorsque les prestations contractuelles deviennent déséquilibrées ;

< page 25 >

- l'assujettissement des contrats à des dispositions législatives qui fixent les termes de la révision des prix (rentes viagères, baux commerciaux).

Le droit privé français n'est donc pas absent du terrain de la gestion de l'incomplétude : dès lors, si l'on admet que les contrats ne sont pas des algorithmes informatiques, comme nous l'avons signalé précédemment, on ne devrait pas trouver source à étonnement dans le fait que l'interprétation judiciaire existe bel et bien, et constitue un procédé normal, non pathologique, de statuer sur l'existence d'une obligation dont une partie tente de se dégager, ou sur la compensation financière d'une obligation supplémentaire à celles convenues contractuellement.

L'interprétation des contrats est traitée dans les articles 1156 à 1164 du Code civil relatifs à l'interprétation des conventions : elle est placée sous le règne du principe de la recherche de la commune volonté des parties (Mazeaud, Mazeaud et Chabas, 1998, p.333 § 342) ; l'article 1156 dispose que « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » ; à défaut de pouvoir déceler ce qu'on voulu les contractants, le juge est invité à recourir à des règles subsidiaires, à l'usage ou à l'équité.<sup>9</sup>

Les méthodes d'interprétation sont selon les spécialistes fondées sur l'intention des parties, leur déclaration de volonté, ce qui limiterait les "intrusions" du juge dans les affaires contractuelles ; le besoin d'interprétation ne survient qu'en présence d'un texte obscur ou ambigu. Le Code civil dispose que « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » (art. 1159 C. civ.), et que « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1160 C. civ.). Dans ce dernier cas, le recours à la loi, à l'équité ou à l'usage est pensé comme supplétif.

Nous partageons, finalement, le sentiment exprimé par E. Serverin qui affirme que « ... à prendre au sérieux le droit des contrats, on ne peut que conclure à l'*ouverture* de ce type d'instrument sur un monde juridiquement complexe fait de règles étatiques, de conventions à caractère collectif, et d'intérêts juridiquement protégés. Au sens du droit, le contrat existe non pas *en dépit de*, mais *par le fait même* qu'il oblige, dans des limites qui ne sont pas entièrement déterminées par la volonté des parties. C'est même cette "ouverture" qui permet d'envisager la possibilité d'un règlement en situation de conflit » (Serverin, 1996).

---

<sup>9</sup> Or, il peut être signalé que le droit américain des contrats présente, contrairement à ce qu'affirment aussi bien Ménard (2001) que Brousseau (2001), d'étroites affinités avec le droit français en matière d'interprétation ; ainsi, le *Restatement of Contracts*, Section 201(1) propose que le juge doit rechercher l'intention subjective des parties.

< page 26 >

### ***3.3. L'imprévision en droit des contrats administratifs : une étude empirique***

Il est à notre sens délicat de traiter de l'imprévision en général ; il convient en effet de préciser l'analyse à un niveau plus fin que celui des contrats administratifs en général, c'est-à-dire en fonction des formules de prix contractuel (forfaitaire ou basé sur les coûts, ou ferme, ajustable ou révisable) et des types de marché concernés, appelant la mise en œuvre de CCAG différenciés (marchés de travaux, marchés de fourniture courante, marchés industriels, marchés de prestations intellectuelles).

Le problème de l'imprévision a fait l'objet d'une circulaire du Premier ministre et du ministre de l'économie des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (J.O. du 30 novembre 1974, p. 11971). Quatre aspects du contenu de cette circulaire nous paraissent mériter attention :

- si la force majeure est distinguée de l'imprévision, il est admis qu'un événement de force majeure peut conduire à rendre l'exécution du contrat si onéreuse qu'elle en bouleverse l'économie et ouvre, ainsi, droit au titulaire de demander qu'il soit fait application de la théorie de l'imprévision ;
- l'application de la théorie de l'imprévision est exclue dans le cas des marchés comportant un mécanisme de réajustement des prix en fonction de la conjoncture économique, sauf si la formule de révision n'empêche pas le bouleversement de l'économie du contrat ;
- l'imprévision suppose la réunion de trois éléments: (a) le caractère non raisonnablement prévisible de l'événement perturbateur, (b) le fait que cet événement soit indépendant de la volonté du titulaire et se soit imposé à lui, (c) le fait que l'événement ait occasionné des charges supplémentaires, extra-contractuelles, entraînant le bouleversement de l'économie du contrat.
- enfin, la circulaire invite l'administration à éviter, autant que possible, les procédures contentieuses et à s'efforcer de « donner une solution amiable aux demandes qui lui paraissent incontestablement justifiées. »

Ainsi, la circulaire de 1974 contribue à renforcer la texture ouverte de la théorie de l'imprévision : elle ne proscrie pas l'argument d'imprévision de la part de titulaires de marché à prix ajustable ou révisable et confirme le pouvoir discrétionnaire des autorités contractantes en matière d'appréciation de la justesse des réclamations des titulaires et de suites à leur donner. Dans ces conditions, il est raisonnable de penser que les demandes d'indemnité d'imprévision font l'objet de solutions non contentieuses, donc inobservables : les décisions des personnes responsables et du comité de règlement amiable des litiges dans les marchés ne sont pas publiques, donc pas publiées. Reste qu'il est possible d'observer la jurisprudence administrative sur l'imprévision.

< page 27 >

A ce propos, nous avons pu identifier 55 arrêts du Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel contenant au moins un fois le mot "imprévision" sur la base de données Lamyline. L'occurrence de la notion d'imprévision est toujours située dans l'examen par la juridiction du moyen

avancé par la partie requérante, en vue d'obtenir une compensation de charges présentées par elle comme extra-contractuelles, sous la forme d'une indemnité d'imprévision.

Les 55 arrêts identifiés, qui s'étendent sur la période décembre 1964-mars 2001, comprennent 12 arrêts de cours administratives d'appel et 43 arrêts du Conseil d'Etat. Ils sont liés à des disputes opposant l'autorité publique aux titulaires de marchés publics ou de concession de service public, qui donnent lieu à la revendication d'une créance d'une partie (essentiellement les titulaires) sur l'autre, au titre de difficultés rencontrées dans l'exécution du marché ou de la concession. Nous avons procédé à la constitution d'une base de données à partir d'un codage en plusieurs variables, qualitatives et quantitatives, en vue de mesurer empiriquement :

- le traitement par les juridictions administratives d'appel des demandes de compensation de surcoûts subis par les titulaires au cours de l'exécution des contrats administratifs,
- l'accueil réservé par ces juridictions à l'argument d'imprévision avancé par les titulaires de marché en conflit avec l'autorité publique.

En première approche, nous pouvons établir un tableau indiquant les profils économiques du contentieux entre les titulaires de marchés ou de concessions et l'autorité publique, par type de domaine technique concerné. La variable "économie du litige" a été définie en termes matériels, c'est-à-dire au contenu économique de la requête formée devant le juge administratif. La modalité « supplément de rémunération demandé par le fournisseur » (SR/F) est un indicateur synthétique des requêtes incluant la revendication d'une créance sur l'autorité publique, qui agrège : (a) les demandes de révision du prix ; (b) les demandes de modification de la formule de révision du prix, (c), les demandes d'indemnité d'imprévision pour charges extra-contractuelles non prévues, (d) les demandes de compensation des charges subies du fait de l'action de l'autorité publique (retards d'exécution et modification des quantités imputables du fait de l'autorité publique).

Le tableau 2 montre la forte concentration des actions en compensation de surcoûts ou de rentabilité effective inférieure à la rentabilité escomptée de la part des titulaires, dans des marchés de travaux (construction et génie civil). Le contentieux dans les six marchés de fourniture est sur-représenté, au regard du fait que trois affaires concernent trois fournisseurs de vêtements militaires ayant actionné les mêmes moyens contre une même partie (arrêts *Etablissements Truquin*, *Etablissements Lardière*, *Etablissements Blotière* rendus par le Conseil d'Etat le 13 juillet 1965).



< page 28 >

TABLEAU 2 – PROFILS DE LITIGES EN FONCTION DES DOMAINES TECHNIQUES

| domaine technique     | économie du litige             |                           |                           |           |             |  | Total     |
|-----------------------|--------------------------------|---------------------------|---------------------------|-----------|-------------|--|-----------|
|                       | compensation coûts d'expertise | compensation licenciement | prix rachat de concession | redevance | résiliation | SR/F (supplément de rémunération demandé par le fournisseur) |           |
| concession parking    |                                |                           |                           |           |             | 2  | 2         |
| concession marché     |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| concession ordures    |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| concession patinoire  |                                |                           |                           | 1         | 1           |  | 2         |
| concession port       |                                |                           | 1                         |           |             |  | 1         |
| concession transport  |                                |                           |                           |           |             | 3  | 3         |
| construction          |                                |                           |                           |           |             | 22   | 22        |
| distribution de gaz   |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| enlèvt épave navale   |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| entretien             |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| fourniture            |                                |                           |                           |           |             | 6  | 6         |
| Génie civil           |                                |                           |                           |           | 1           | 6  | 7         |
| honoraires architecte |                                |                           |                           |           |             | 2  | 2         |
| Non connu             |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| police des mines      | 1                              |                           |                           |           |             |  | 1         |
| sous-concession       |                                |                           |                           |           |             | 1  | 1         |
| titularisation agent  |                                | 2                         |                           |           |             |  | 2         |
| <i>Total</i>          | <i>1</i>                       | <i>2</i>                  | <i>1</i>                  | <i>1</i>  | <i>2</i>    | <i>48</i>  | <i>55</i> |

Le tableau 3 montre, d'une part, que les arrêts des juridictions d'appel confirment majoritairement les décisions des juges inférieurs lorsque ces derniers ne donnent pas raison à la contestation avancée par les titulaires de marchés et, d'autre part, que les arrêts des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat renversent parfois les arrêts des juges inférieurs favorables aux titulaires.

L'argument d'imprévision est systématiquement avancé par les titulaires de marché dans leur requête devant le Conseil d'Etat ou les Cours administratives d'appel. L'analyse des 55 arrêts identifiés a permis de faire apparaître l'accueil

< page 29 >

TABLEAU 3 – DECISIONS DES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL ET DU CONSEIL D'ETAT AU REGARD DES ARRETS ATTAQUES

| arrêt attaqué<br>(arrêt de TA ou<br>de CAA)                      | Décision (Conseil d'Etat ou cours administratives d'appel)                             |  |  |  |   |                     | Total |
|--|--|--|--|--|---|---------------------|-------|
|  | Acceptation de la<br>demande de<br>compensation<br>formulée par<br>l'autorité publique | Acceptation de la<br>demande de<br>compensation<br>formulée par le<br>titulaire du<br>marché | Rejet total de la<br>demande de<br>compensation<br>formulée par le<br>titulaire du<br>marché | Acceptation/rejet<br>partiels de la<br>demande | Décision<br>d'expertise<br>avant dire droit | Arrêt<br>procédural |       |
| Acceptation/rejet<br>partiels de la<br>requête                   |  | 1  | 3  | 3  |   |                     | 7     |
| Acceptation totale<br>de la requête du<br>titulaire du<br>marché |  | 7  | 3  |  | 1   |                     | 11    |
| Rejet total de la<br>requête du<br>titulaire du<br>marché        | 1  | 2  | 27   | 4  | 1   |                     | 35    |
| Arrêt de<br>confirmation   |  |  |  |  |   | 1                   | 1     |
| Arrêté préfectoral   |  | 1  |  |  |   |                     | 1     |
| Total  | 1  | 11   | 33   | 7  | 2   | 1                   | 55    |

< page 30 >

réservé par le Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel à l'argument d'imprévision avancé par les parties requérantes. Nous avons procédé au codage des arrêts sur ce point en distinguant entre les arguments reçus (V-validé), rejetés (NV-non validé), les quelques occurrences (rares) du mot 'imprévision' hors contexte décisionnel (NP- non pertinent dans l'arrêt), et les rares cas où le traitement est indéterminé (ND- non déterminé). Le tableau 4 montre les résultats du croisement entre la variable "argument d'imprévision" et le contenu matériel de l'arrêt pour la partie requérante.

TABLEAU 4 – L'ACCUEIL DE L'ARGUMENT D'IMPREVISION PAR LES CAA ET LE CONSEIL D'ETAT AU REGARD DU CONTENU DE L'ARRET RENDU

| décision  | argument d'imprévision |                    |                 |            | Total |
|---|------------------------|--------------------|-----------------|------------|-------|
|   | Non déterminé (ND)     | Non pertinent (NP) | Non validé (NV) | Validé (V) |       |
| Acceptation de la demande de compensation formulée par l'autorité publique    |                        |                    | 1               |            | 1     |
| Acceptation de la demande de compensation formulée par le titulaire du marché |                        |                    | 10              | 1          | 11    |
| Rejet total de la demande de compensation formulée par le titulaire du marché |                        | 1                  | 32              |            | 33    |
| Acceptation/rejet partiels de la demande                                      | 1                      |                    | 6               |            | 7     |
| Décision d'expertise avant dire droit   |                        |                    | 2               |            | 2     |
| Arrêt procédural  |                        | 1                  |                 |            | 1     |
| Total   | 1                      | 2                  | 51              | 1          | 55    |

Le tableau 4 fait apparaître que la position des juridictions administratives d'appel est extrêmement réservée sur l'argument d'imprévision avancé par les titulaires de marchés ou de concession : sur 55 arrêts analysés, seul un valide cet argument, alors que 51 le rejettent clairement. Les décisions d'attribution d'une indemnité d'imprévision confirment ce constat (tableau 5). Le seul arrêt donnant droit à un argument d'imprévision est l'arrêt n° 27.208 du 2 janvier 1982 *Société entreprise Quillery-Saint-Maur*. Cet arrêt est rendu en réponse à une requête de l'entreprise de réformer < page 31 > le jugement du tribunal administratif condamnant l'Etat à lui verser une indemnité de 230.000F qu'elle estime insuffisante au titre de l'imprévision dans l'exécution d'un marché passé avec le ministère de la jeunesse et des sports ; dans l'arrêt du Conseil d'Etat, le juge administratif estime que « considérant... qu'il appartient au juge administratif de statuer sur le montant de l'indemnité d'imprévision à laquelle l'entreprise requérante peut faire état, et du caractère partiellement prévisible de ce surcroît de charges, il sera fait une juste appréciation de l'indemnité due à l'entreprise requérante en l'évaluant à 300.000 F. ».

Il importe de signaler que le Conseil d'Etat limite le recours à l'imprévision en étoffant l'utilisation des sujétions imprévues ou de la force majeure ; l'arrêt du 2 décembre 1964 *Port autonome de Bordeaux* en est une illustration. Cet arrêt rejetait une contestation par le Port autonome de sa

condamnation par le tribunal administratif de Bordeaux à verser à la Compagnie de remorquage et de sauvetage ‘les abeilles’ un supplément de rémunération “pour sujétions imprévues et circonstances atmosphériques exceptionnelles présentant un caractère de force majeure” auxquelles la Compagnie a été confrontée lors de l’exécution d’une convention d’enlèvement d’épaves. La compagnie était par ailleurs l’auteur d’un recours incident pour contester la décision du tribunal administratif d’opérer un abattement de 10% sur les sommes dont le Port autonome de Bordeaux a été considérée débitrice, faisant ainsi supporter à la compagnie un dixième de la charge extracontractuelle. A ce propos, le Conseil d’Etat, faisant fi de l’imprévision, donne tort au juge administratif d’avoir procédé à une telle réfaction :

« Considérant que le supplément de rémunération alloué à la compagnie par le tribunal administratif tend, non à tenir compte des charges extracontractuelles résultant pour elle d’une situation d’imprévision, mais à réparer les conséquences onéreuses de sujétions imprévues et de circonstances de force majeure qu’elle a rencontrées dans l’exécution des travaux ; que, dès lors, en l’absence de faute relevée à sa charge, l’indemnité à laquelle elle pouvait prétendre devait couvrir l’ensemble du préjudice qu’elle avait subi ; qu’il suit de là que la compagnie est fondée à soutenir que c’est à tort que...le tribunal administratif a laissé à sa charge une part dudit préjudice. »

Enfin, pour compléter le tableau, nous avons pu identifier 39 arrêts contenant une information quantitative sur les montants monétaires des créances dont les parties concernées s’estiment être titulaire et ceux des montants alloués au terme de la procédure contentieuse devant les juridictions administratives, c’est-à-dire après la promulgation de l’arrêt du Conseil d’Etat ou de la Cour administrative d’appel. Le tableau 6 présente les principales variables pertinentes pour apprécier les données quantitatives.

< page 32 >

TABLEAU 5 – DECISION D’ATTRIBUTION D’UNE INDEMNITE D’IMPREVISION AU REGARD DE L’ECONOMIE DU LITIGE

| économie du litige                    | Attribution d’une indemnité d’imprévision |                            |                           |       |
|---------------------------------------|---|----------------------------|---------------------------|-------|
|                                       | Refus d’attribution                       | Non pertinent dans l’arrêt | Acceptation d’attribution | Total |
| compensation coûts d’expertise        | 1   |                            |                           | 1     |
| compensation licenciement             | 2   |                            |                           | 2     |
| prix rachat de concession             | 1   |                            |                           | 1     |
| redevance                             | 1   |                            |                           | 1     |
| résiliation                           | 2   |                            |                           | 2     |
| Demande de supplément de rémunération | <b>43</b>                                 | 4                          | <b>1</b>                  | 48    |
| <i>Total</i>                          | <b>50</b>                                 | 4                          | <b>1</b>                  | 55    |

#### 4. LA DETERMINATION DU PRIX ET L'ALLOCATION DES RISQUES DANS DES CONTRATS "INCOMPLETS"

Peut-on considérer avec Ménard que si les économistes s'accordent à considérer que la variable "prix" joue un rôle relativement secondaire par rapport à d'autres (telles que l'exigence de livraisons régulières) dans les contrats de longue durée, « La Common Law semble enregistrer ce fait en n'imposant pas de prix déterminé », alors que le droit civil « impose une contrainte plus forte » ? en affirmant cela, Ménard estime que « dans le cas où [le prix] ne peut être définitivement fixé, le prix doit quand même être déterminable dans des conditions qui respectent la symétrie des contractants, c'est-à-dire pouvoir être déterminé par une tierce partie à partir d'éléments indépendants de la volonté des parties... (Ménard, 2001, p. 4).

Les questions ouvertes par ce jugement sont de deux ordres :

- est-il vrai que le droit privé français prohibe les contrats sans prix déterminé ?
- est-il vrai que la déterminabilité du prix à partir d'éléments indépendants de la volonté des parties est un caractère exclusif du droit privé français ?

< pages 33 et 34 >

TABLEAU 6 – PRETENTIONS ECONOMIQUES DE LA PARTIE REQUERANTE ET ISSUE JUDICIAIRE

| Jurisdiction | domaine technique      | décision | argument imprévision   | Montant demandé par le fournisseur | Montant attribué au fournisseur | Montant demandé par l'Etat | Montant attribué à l'Etat |
|--------------|------------------------|----------|------------------------|------------------------------------|---------------------------------|----------------------------|---------------------------|
| CAA Bordeaux | construction           | RDCF     | non validé             | 84 846,72                          | 0                               |                            |                           |
| CAA Douai    | concession ordures     | RDCF     | non validé             | 3 421 790,11                       | 0                               |                            |                           |
| CAA Lyon     | génie civil            | ADCF     | non validé             | 3 765 248                          | 356 453                         |                            |                           |
| CAA Nantes   | fourniture             | RDCF     | non validé             | 820198,3                           | 0                               |                            | 6000                      |
| CAA Nantes   | honoraires architectes | ADCF     | non validé             | 1 745 413                          | 88 330                          |                            |                           |
| CAA Nantes   | construction           | ADCF     | non validé             | 14 707 164                         | 66 120                          |                            |                           |
| CAA Paris    | titularisation agent   | RDCF     | non validé             | 1 972 400                          | 0                               |                            |                           |
| CAA Paris    | honoraires architectes | ADCF     | non validé             | 107 907,02                         | 85 732                          |                            |                           |
| CAA Paris    | concession transport   | RDCF     | non validé             | 70 857 406 CFP                     | 0                               |                            |                           |
| CAA Paris    | concession transport   | ADCF     | non validé             | 236 076 000 CFP                    | 0                               |                            |                           |
| CAA Paris    | construction           | RDCF     | non validé             | 57 880 000 CFP                     | 0                               |                            |                           |
| CAA Paris    | concession patinoires  | ADCE     | non validé             |                                    |                                 | 10 792 724,89              | 0 792 724,89              |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 42 020,48                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | fourniture             | RDCF     | non validé             | 53 736,50                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 182 395,54                         |                                 |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 194 298,67                         | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | ADCF     | validé                 | 230 000                            | 300 000                         |                            |                           |
| CE           | police des mines       | ADCF     | non validé             | 340 620                            | 345 620                         |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 360 237,80                         | 0                               |                            |                           |
| CE           | génie civil            | RDCF     | non validé             | 365 300                            | 0                               |                            |                           |
| CE           | génie civil            | RDCF     | non validé             | 400 000                            | 0                               |                            |                           |
| CE           | concession marché      | ARPA     | déterminé dans l'arrêt | 444 162                            | 0                               |                            |                           |
| CE           | titularisation agent   | RDCF     | non validé             | 951 700                            | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 2 159 343                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | ADCF     | non validé             | 2 196 061                          | 1 575 931                       |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 2 549 841                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 4 557 645                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | concession parking     | RDCF     | non validé             | 9 728 948,50                       | 0                               |                            |                           |
| CE           | génie civil            | RDCF     | non validé             | 60 374 038                         | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 241 396 840                        | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 1 422 590,86                       | 0                               |                            |                           |
| CE           | génie civil            | RDCF     | non validé             | 15191013 CFP                       | 0                               |                            |                           |
| CE           | distrib gaz            | EADD     | validé                 | 162 463 000 AF                     | 895 256 AF                      |                            |                           |
| CE           | concession transport   | RDCF     | non validé             | 75 056 000 CFP                     | 0                               |                            |                           |
| CE           | construction           | RDCF     | non validé             | 19 033,35                          | 0                               |                            |                           |
| CE           | concession parking     | ARPA     | non validé             | 2 616 168,96                       | 015 433,77                      |                            |                           |
| CE           | génie civil            | ARPA     | non validé             | 24 405 185,58                      | 19 663 619                      |                            |                           |
| CE           | construction           | ADCF     | non validé             | 4 997 408,15                       | #####                           |                            |                           |
| CE           | construction           | ARPA     | non validé             | 490 000 kips                       |                                 |                            |                           |

CAA : cour administrative d'appel

CE : Conseil d'Etat

RDCF : rejet de la demande de compensation formulée par le fournisseur

ADCF : acceptation de la demande de compensation formulée par le

ADCE : acceptation de la demande de compensation formulée par l'autorité

ARPA : arrêt d'acceptation/rejet partiels de la requête

EADD : renvoi à une expertise avant dire droit

AF : ancien francs

CFP : francs du Pacifique

kip : monnaie du Laos

< page 35 >

#### **4.1. La déterminabilité du prix**

En fait, le droit des Etats-Unis et le droit français ne sont pas dans une position aussi éloignée l'un par rapport à l'autre que Ménard le pense : dans les deux cas, la validité du contrat exige qu'à défaut d'être définitivement déterminé, le prix doit être *déterminable*. De plus, l'opposition dressée par Ménard en posant que la spécificité du droit civil tient au fait que le prix doit être déterminable « par une tierce partie à partir d'éléments indépendants de la volonté des parties » ne résiste pas à l'examen du droit des Etats-Unis, qui permet également une détermination « extérieure » du prix. Ainsi, l'*Uniform Commercial Code* § 2.305. *Open Price Term* prévoit que :

(1) Les parties, si tel est leur souhait, peuvent conclure un contrat de vente même si le prix n'en n'est pas fixé. Dans un tel cas, le prix est un prix raisonnable au moment de la livraison si

rien n'est dit quant au prix ; ou

le prix doit faire l'objet d'un accord ultérieur et les parties ne trouvent pas d'accord ; ou

le prix doit être fixé en référence à un marché ou à d'autres standards définis par accord et établis par un tiers ou une agence mais que le tiers ou l'agence faillissent à leur établissement.

Cet alinea de l'UCC § 2.305 mentionne ainsi : (a) le place du pouvoir judiciaire dans la détermination du prix, à partir du standards de raisonnabilité, (b) la possibilité de faire fixer la prix à partir de « *some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency* ».

Cette disposition est somme toute proche de celle prévue par l'article 1591 du code civil :

« le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

Si le défaut de prix est une cause de nullité du contrat de vente, quelle est la position de la jurisprudence sur les prix non déterminé *ex ante*, mais *déterminables* ? Il semblerait qu'elle admette que le prix puisse être déterminable à partir d'éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs ; elle laisse aussi ouverte la voie de la détermination par le juge du prix de la vente ou d'une méthode de détermination du prix différente de celle prévue au contrat.

S'agissant des contrats administratifs, la possibilité existe également de conclure des marchés à prix non déterminé, mais déterminable, soit par le biais de prix provisoires, soit par celui de prix ajustables ou révisable.

< page 36 >

#### **4.2. La détermination du prix de règlement**

En France, les recommandations ministérielles sur la détermination des prix de règlement dans les marchés publics sont définies par voie non réglementaire, c'est-à-dire par le biais de circulaires du ministre de l'économie et des finances ; c'est là une différence majeure avec les règles américaines de détermination du prix de règlement, qui ont valeur réglementaire et sont définies dans le *Federal*

*Acquisition Regulation* (FAR). Trois circulaires successives, datées de 1976, 1980 et 1987, donnent les principes que les autorités publiques sont invitées à suivre en matière de prix de règlement<sup>10</sup>.

En premier lieu, les prix de règlement sont compris comme indépendants de l'effort du titulaire du marché ; c'est un trait particulièrement explicite pour les marchés passés avec une clause de prix révisable, dans la mesure où « Une formule de révision n'est pas un instrument de manipulation du prix de règlement » et n'a pour seul but de « ...prendre en compte de façon forfaitaire, en hausse comme en baisse, l'évolution des conditions économiques », sachant qu'une formule de révision «...ne tient aucun compte des facteurs internes propres à l'entreprise : évolution de la productivité, amélioration ou innovations techniques, politique de sous-traitance. » (circulaire du 5 oct. 1980, III-C.2 et 3).

En deuxième lieu, ce n'est qu'en 1987 qu'apparaît dans les circulaires du ministre de l'économie et des finances une formule de révision applicable à tous les marchés publics<sup>11</sup>, alors que les circulaires de 1976 et 1980 ne fournissaient un modèle de formule de révision que pour les seuls marchés d'ingénierie, et renvoyaient aux acheteurs le soin d'élaborer leur propre formule au cas par cas. Néanmoins, la circulaire de 1987 réduit l'importance du terme fixe de la formule de révision, qui passe de 15% à 12,5% et ce à l'avantage notoire des titulaires de marchés à prix révisable.

La réglementation américaine fixe les conditions de détermination du prix de règlement dans un cadre réglementaire, traduit sous la forme de clauses-types dans les parties 52.216.2 à 6, et 52216.16 et 17 du FAR ; à la différence de la France (et de la Grande-Bretagne) la révision des prix ne fait pas appel à des indices ou séries de prix de référence, mais doit être basée sur la connaissance locale, au cas par cas, de la vie du contrat par la personne responsable du marché.

< page 37 >

Les clauses 52.216.2 – *Economic Price Adjustment –Standard Supplies* et 52.216.3 *Semi-Standard Supplies*, prévoient une indexation du prix du règlement sur les prix du marché du bien ou de son équivalent le plus proche dans le cas des *Semi-Standard Supplies* ; un principe de proportionnalité entre les variations du prix du marché et celles du prix du contrat particulier est posé, toutefois dans la limite de 10% du prix unitaire initial ou d'un prix-plafond défini contractuellement. La clause 52.216.4 porte sur l'ajustement des prix des *Labor et Material*, et n'admet que l'ajustement aux changements qui sont imputables au contrat, et dans les mêmes limites que précédemment. L'équivalent fonctionnel des révisions de prix française est ici défini dans des termes restrictifs, et dans un cadre donnant un large pouvoir d'expertise des données justificatives des demandes d'ajustement par les personnes responsables des marchés.

Mais la réglementation américaine accorde une grande importance à la détermination des prix de règlement dans les contrats à prix redéterminables, et plus particulièrement aux contrats contenant un volet incitatif, dans les clauses 52.216-16 (*Incentive Price Revision-Firm Target*) et 52.216-17

---

<sup>10</sup> Circulaire du 10 février 1976 relative à la détermination des prix de règlement dans les marchés publics, J.O. du 7 mars 1976, p. 1492 ; circulaire du 30 octobre 1980 relative aux prix dans les marchés publics, J.O. du 20 novembre 1980, p. 10063 ; circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, J.O. du 24 octobre 1987, p. 12409.

<sup>11</sup> Définie dans les termes suivants :  $P = P_o[x + y(aM/M_o + bS/S_o + cPsd/P_{sdo} + d...)]$ , où P est le révisé,  $P_o$  le prix initial, x le terme fixe qui ne peut être inférieur à 0,125, a,b,c,d les paramètres représentatifs des éléments du coût (avec  $a+b+c+d+...=1$ ).



(*Incentive Price Revision-Successive Targets*) du FAR ; alors que les mécanismes d'incitation ne sont pas inclus dans la réglementation française des contrats administratifs mais simplement définies de manière indicative dans une note de la Commission Centrale des Marchés <sup>12</sup>, le FAR américain organise le régime par voie réglementaire. Sans entrer dans le détail, il nous suffira de constater que les principes suivants sont posés :

- en présence de coûts constatés égaux aux coûts-cibles, l'ajustement s'opère sur la variable "profit" du titulaire du contrat,
- en présence de coûts constatés supérieurs aux coûts-cibles, le mécanisme incitatif se transforme en mécanisme de sanction de la piètre performance du contractant, compte tenu que là aussi l'ajustement s'opère sur la variable "profit" du titulaire du contrat.

Alors que la réglementation américaine ne retient pas de possibilité de révision des prix basée sur des indices économiques, il n'en reste pas moins que, comme l'estimait J. Daumard en 1963, que

« les marchés sans prix déterminé, aux Etats-Unis, ont un champ d'action beaucoup plus large qu'en France, car ils débouchent sur la redétermination des prix. Ils supposent un contrôle de l'Administration et permettent à l'Etat de fixer unilatéralement, sous le contrôle du juge, le prix définitif en cas de désaccord. En France, ces marchés sont réservés au cas où le prix définitif ne peut être fixé ; aux Etats-Unis, ces marchés sont d'usage courant pour préparer la négociation a posteriori des prix et des conditions financières contractuelles, "toutes les fois que des charges aléatoires excessives seraient, sans cela, incluses dans le prix" » (Daumard ; 1963, p. 225. – la citation entre guillemets est celle du Contrôleur général Paulhac, intervention à la commission mixte des marchés du 12 juin 1952).

< page 38 >

Daumard estimait également que l'un des facteurs qui interdisent d'assimiler les prix provisoires français aux prix redéterminables américains tient à la valeur accordée aux devis de prix, qui « engagent plus profondément les industriels américains que les industriels français. » (Daumard, 1963, p. 226), les devis n'ayant pas en France un caractère contractuel.

En dépit de cette différence en termes de poids accordé aux devis de prix, le droit administratif américain et le droit administratif français relatifs aux changements unilatéraux dans les contrats présentent de fortes similitudes ; ils expriment une même idée de continuité du service public. En effet, l'article 19 du CCAG-MI et les articles de la partie 43-Contract modifications du FAR prévoient une possibilité d'imposition unilatérale, par l'administration, de changements de caractère technique. L'article 19-2 du CCAG-MI fait écho à l'article 43.102(b) du FAR, qui impose une quantification financière du changement imposé avant son exécution ; de même, on peut rapprocher les articles 19.1§2 du CCAG-MI et l'article 43.201(b) du FAR, qui ont en commun d'imposer le changement et de ne pas permettre au titulaire du marché d'en suspendre l'exécution. Une différence existe, cependant, dans le régime de détermination du prix du contrat modifié : l'article 19 du CCAG-MI prévoit que, à défaut d'accord immédiat sur des prix définitifs, des prix *provisaires* sont appliqués par l'établissement des décomptes des prestations modifiées, alors que l'article 43.102(b) du FAR prévoit que, à défaut de disposer du temps nécessaire à la négociation d'un prix, les parties doivent a minima s'accorder sur un prix *maximum*.

---

<sup>12</sup> Annexée à la circulaire du ministre de l'économie et des finances n°2485 du 4 mars 1969 relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés.

### 4.3. La jurisprudence administrative

La position de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la clauses de révision de prix est marquée par une interprétation restrictive des obligations de l'autorité publique contractante ; ainsi, les arrêts Turquin, Blotière et Lardière du 13 juillet 1965 refusent de faire supporter à l'Etat l'augmentation du cours de la laine subi par trois fournisseurs de chantails militaires :

« considérant ... que, si [la société requérante] soutient avoir acheté la laine qui lui était nécessaire au moment où les cours étaient les plus élevés, cette circonstance n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'administration à son égard ; qu'elle ne justifie pas davantage que l'économie de son contrat ait été bouleversée à la suite de la révision en baisse appliquée par l'Administration ; que, dans ces conditions, elle ne peut pas prétendre à une indemnité pour imprévision. ».

Ce principe est repris dans le cas d'une augmentation du cours du cuivre (CE, 7 juil. 1976, *Société Demongeot*), des produits sidérurgiques, dont le Conseil d'Etat estime qu'elle constitue «un aléa qui doit rester à la charge du contractant » (CE, 2 mars 1977, *Société Leflon et Compagnie*), des produits pétroliers (CE, 29 avr. 1981, *M. Bernard* ; CE, 17 juin 1981, *Commune de Papeete*)

< page 39 >

Les effets d'une forte inflation subie au Laos par un entrepreneur titulaire d'un marché de construction avec le ministère des affaires étrangères ne donnent pas, non plus, droit à une indemnité d'imprévision (CE, 21 avr. 1971, *Sieur Desdame*) ; il en va de même avec les conséquences économiques de l'utilisation d'une innovation technique et de conflits sociaux par un titulaire de marché, dès lors que la société requérante n'a pas pris les mesures qui auraient pu prévenir des charges supplémentaires (CE, 5 janv. 73, *Office public d'habitations à loyer modéré de la région parisienne*). Le recours à une technologie nouvelle n'est pas, non plus, de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision, car elle ne constitue pas un fait extérieur aux parties (CAA Nantes, 20 juin 1990, *S.A. Campenon-Bernard-Cetra c/Département de la Seine-Maritime*). Les difficultés de recrutement du personnel et les hausses de salaires ne bouleversent pas l'économie d'un contrat, surtout lorsque leur incidence est réduite par le jeu de la formule de prix (CE, 22 fév. 1980, *Société Dumez-bâtiment*), ainsi que les grèves et conflits sociaux (CE, 16 juin 1989, *Société Spie-Batignolles c/Département de La Réunion*). L'allongement des délais d'exécution n'est pas en soi de nature à ouvrir droit à l'indemnité d'imprévision (CAA Paris, 12 déc. 1989, *Centre Hospitalier de Villejuif*).

Par ailleurs, l'existence d'une situation d'imprévision « ...n'autorise pas le concessionnaire à rompre unilatéralement les relations contractuelles qui le lient à l'autorité concédante et à cesser son activité, mais seulement, le cas échéant, à solliciter une résiliation par le juge du contrat ou à demander une indemnisation à raison des difficultés rencontrées dans l'exploitation de la concession » (CAA Nantes, 11 avril 1991, *Ville du Havre*).

Le critère du caractère prévisible des hausses de prix des matières premières est courant dans les arrêts du Conseil d'Etat (même arrêt ; CE, 20 janv. 78, *SCREG*<sup>13</sup>), de même que celui du bouleversement de l'économie du marché (CE, 26 oct. 1979, *Société des établissements Billiard*<sup>14</sup>).

---

<sup>13</sup> « Considérant que les variations de prix qui se sont produites au cours du délai contractuel étaient prévisibles lors de la passation du marché et n'ont d'ailleurs, pas entraîné le bouleversement de l'économie de ce marché ; que les hausses...

L'imprévision se rapporte exclusivement à des « événements imprévisibles et extérieurs aux concontractants entraînant le bouleversement de l'économie du contrat » (CE, 5 fév. 1986, *SARL 'patinoire de Vitry-sur Seine' et autres* ; également : CE, 12 juin 1987, *S.A. Billiard et Jardin c/ Centre Hospitalier de Saint-Denis*). Récemment, le Conseil d'Etat a considéré que la pollution d'un site de captage d'eau pour une durée prévisible de deux cents ans, qui oblige la société concessionnaire de la distribution d'eau à acquérir de l'eau à un prix trois fois supérieur auprès d'une ville voisine, bouleverse à tel point l'économie du contrat de concession qu'elle peut être considérée comme un événement imprévisible (CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*).

< page 40 >

## CONCLUSION

Les éléments d'analyse avancés précédemment peuvent être résumés en cinq points :

1. l'incomplétude des contrats exprime simplement l'idée que l'exécution des contrats, privés comme administratifs, n'est pas une histoire connue à l'avance, et que les obligations des parties ne sont pas analysables sous le prisme d'un algorithme informatique.

2. la texture ouverte des contrats est une caractéristique peu surprenante des contrats, surtout de longue durée ; elle appelle à la prise en considération de l'économie des dispositifs juridiques applicables à la gestion des événements non prévus en cours d'exécution.

3. parmi ces dispositifs juridiques, peu nombreux sont ceux qui permettent une renégociation des contrats après survenance d'événements non prévus ; plus nombreux sont ceux qui sont centrés sur la détermination du prix de règlement du marché, compte tenu de différents types d'aléas. Les contrats de droit privé et de droit administratif ont cependant un point commun : la pratique des contrats à prix déterminable.

4. le droit privé et le droit administratif des contrats diffèrent fortement en termes de possibilité de renégociation des contrats : elle semble plus extensive en droit privé qu'en droit administratif, ce dernier présentant un plus fort caractère d'unilatéralité (lié au pouvoir de l'administration d'assurer la continuité du service public et d'imposer la mutabilité des contrats) et étant centré sur la gestion des conséquences des événements en termes de suspension ou de maintien des sanctions de droit commun des retards et surcoûts dans les marchés (par exemple, par l'annulation des pénalités de retard en cas de force majeure), et de compensation forfaitaire des risques subis (par exemple par l'octroi d'une indemnité d'imprévision).

5. mais il ne faut déduire de ce qui précède que la pratique des contrats administratifs est plus "contractuelle" que celle des contrats privés, donc plus sévère pour les titulaires en termes d'assomption des risques que les co-contractants de droit privé ; notre étude de la jurisprudence administrative statuant sur des requêtes faisant appel à un argument d'imprévision ne donne

---

intervenues après l'expiration de ce délai, même si elles ont été imprévues ne peuvent ouvrir droit à indemnité... » (CE, 20 janv. 1978, SCREG).

<sup>14</sup> « ...lesdites dépenses ne pourraient motiver l'allocation d'une indemnité au titre de l'imprévision que si l'économie des marchés s'étaient trouvée bouleversée » (CE, 26 oct. 1979, Sté des Etablissements Billiard).

certainement qu'une image partielle de l'allocation des risques, dans la mesure où seules arrivent devant les juridictions administratives les requêtes qui se sont heurtées à un refus de suite favorable opposée par l'administration ; hors, ce problème se situe du côté de la face cachée de la lune, dans la mesure où la gestion de l'imprévision qui aboutit à une issue positive pour le titulaire n'est pas observable : elle s'opère dans le silence des rapports entre le titulaire et la personne responsable de marché, ou dans celui du comité de règlement amiable des différends ou litiges dans les marchés publics, dont les décisions ne sont < **page 41** > pas publiées, et vraisemblablement pas écrites et motivées. Une recherche antérieure sur un domaine où sont nombreux les aléas et les dépassements de devis – les marchés industriels de la défense nationale – a montré que l'activité des juridictions administratives dans ce domaine tend vers zéro (Kirat, Bayon et Blanc, 2003) ; on peut en pressentir les raisons, à la lecture de la circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, qui recommande que :

« Il est souhaitable d'éviter, autant que possible, que des procédures contentieuses naissent des demandes d'indemnité pour imprévision formulées par un titulaire de marché. A cet effet, et dans des délais aussi courts que possible, l'administration doit s'efforcer de donner une solution amiable aux demandes qui lui paraissent incontestablement justifiées. » (circulaire du 20 nov. 1974, § 3.4).

## RÉFÉRENCES

- American Law Institute, *Restatement of the Law Second. Contracts 2<sup>nd</sup> edition*, 1973, St. Paul, Minn., ALI Publishers.
- Ayres, I. (1998), "Default rules for incomplete contracts", in Peter Newman (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, vol 1, pp. 585-590.
- Ayres, I. et R. Gertner (1989), "Filling Gaps in Incomplete Contracts : an Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal*, n°99, pp.30-41.
- Bazzoli, L. et T. Kirat (2002), "Règles juridiques et coordination économique : confrontation entre l'institutionnalisme réaliste et la théorie des coûts de transaction sur les contrats comme institutions", communication au colloque *Institutionnalismes et évolutionnismes : confrontations autour de perspectives empiriques*, Centre Walras-ISH, Lyon, 2-3 décembre.
- Bouthinon-Dumas, H. (2001), "Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision", *Revue internationale de droit économique*, n°3, pp. 339-373.
- Brousseau, E. (2001), "Did the common law biased the economics of contract... and may it change ?", in B. Deffains et Th. Kirat (dir), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Press-Elsevier.
- Brousseau, E. et J.-M. Glachant (2000), "Economie des contrats et renouvellement de l'analyse économique", *Revue d'économie industrielle*, n°92, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> trimestres.
- Calamari, J.D. et J.M. Perillo (1999), *Contracts*, St. Paul, Minn., West Group, Black Letter Series, 3<sup>ème</sup> édition.
- Cohen, G.M. (2000), "Implied Terms and Interpretation in Contract Law", in B. Bouckaert, G. De Geest (Eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar (<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>)
- Craswell, R. (2000), "Contract Law : General Theories", in B. Bouckaert, G. De Geest (Eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar (<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>)
- Daumard, J. (1963), *Les marchés industriels des départements de la Défense nationale. Contribution à la théorie générale des marchés*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome LII.

De Laubadère, A. (1953), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ.

< page 42 >

Farès, M. et S. Saussier (2002), “Coûts de transaction et contrats incomplets”, *Revue française d'économie*, n°3, vol. XVI, pp. 193-230.

Farnsworth, E.A. et W.F. Young (1995), *Contracts. Cases and Materials*, Westbury-New York, The Foundation Press, 5<sup>ème</sup> édition.

Federal Acquisition Regulation (<http://www.arnet.gov/far/>)

Frison-Roche, M.-A. (2002), “Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administratives, mise en regard de la jurisprudence judiciaire”, in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « droit économique », pp. 45-60.

Kirat, T. avec la collaboration de H. Blanc, D. Bayon, M. Khanchi, *La réglementation et le contrôle des entreprises d'armement. Contrats, contexte organisationnel et instruments de maîtrise des surcoûts des programmes d'armement. Analyse comparée France, Royaume-Uni, Etats-Unis*. Rapport de recherche à l'Observatoire économique de la Défense, convention SGA/DAF/OED/99/008, mars 2001, 386 p (à paraître à la Documentation française, 2003).

Knight, F. (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, 2<sup>ème</sup> édition, Londres, London School of Economics (1933).

Korobkin, R. (2001), “Empirical Scholarship in Contract Law : Possibilities and Pitfalls”, University of California, Los Angeles School of Law, *Research Papers Series, Research Paper No. 01-22* (<http://papers.ssrn.com/abstract=292100>).

Laffont, J.-J. et J. Tirole (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press.

Long, M., P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois (1990), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, collection « Droit Public », 9<sup>ème</sup> édition.

Malaurie, Ph. Et L. Aynès (1990), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Editions Cujas, 2<sup>ème</sup> édition.

Mazeaud, H et L, J. Mazeaud, F. Chabas (1998), *Leçons de droit civil. Tome II/premier volume. Obligations*, 9<sup>ème</sup> édition par François Chabas, Montchrestien.

Ménard, C. (2001), “Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste”, à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*.

Muir-Watt, H. (1999), “Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost”, in : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité du contrat*, LGDJ, pp. 169-179.

Muir Watt, H. (2003), “Analyse économique et perspective solidariste”, in C. Jamin (dir.) *La crise du contrat*, Presses universitaires de Lille, à paraître.

Posner, E. (2002), “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure ?”, *John M. Ohlin Law & Economics Working Paper No. 146 (2d Series)* ([www.uchicago.edu/Lawecon/index.html](http://www.uchicago.edu/Lawecon/index.html)).

Rohwer, C.D. et A.M. Skrori (2000), *Contracts*, St-Paul Minn, West Group, 5<sup>ème</sup> édition.

Schwartz, A. (2000), “Contract Theory and Theories of Contract Regulation”, *Revue d'économie industrielle*, n°92, pp. 101-110.

Serverin, E. (1996) “Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude et de la confiance dans le contrat”, *Sociologie du travail*, n° 4, pp. 607-619

Trianis, G. (2000), “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, in B. Bouckaert, G. De Geest (Eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar (<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>)

Uniform Commercial Code (<http://fatty.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>)

Vidal, L. (1999) “Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'Etat”, *RFD adm.* 15 (6) nov.-déc.

< page 43 >

**LISTE DES ARRETS DU CONSEIL D'ETAT ET DES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL**

- Cour administrative d'appel de Douai. 2ème chambre 27 mars 2001 N° 97DA02335 Société française d'assainissement et de services
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 7ème sous-section M. NAUTRE 6 novembre 2000 N° 212980
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 7ème et 5ème sous-sections réunies Sur le rapport de la 7ème sous-section. COMMUNE DE STAFFELFELDEN 14 juin 2000 N°184722
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 6ème et 4ème sous-sections réunies. Sur le rapport de la 6ème sous-section SOCIETE DES MINES DE SACILOR LORMINES 19 mai 2000 N° 192947, N° 194925
- Cour administrative d'appel de Nantes. 2ème chambre 7 juillet 1999 N° 96NT00793 M. Jean-Jacques NAUTRE
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 3ème et 5ème sous-sections réunies Sur le rapport de la 3ème sous-section 3ème et 5ème sous-sections réunies Sur le rapport de la 3ème sous-section S.A. COMPAGNIE POLYNESIENNE DES TRANSPORTS MARITIMES 30 décembre 1998 N° 176221
- Cour administrative d'appel de Paris. (4ème Chambre) 26 mai 1998. N° 95PA04036 SA SPIE BATIGNOLLES
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 10ème sous-section 10ème sous-section Mlle DRENO 20 mai 1998 N° 183802
- Cour administrative d'appel de Paris. (4ème Chambre) 24 septembre 1996. N° 94PA02385 Mlle DRENO
- Cour administrative d'appel de Paris. (2ème Chambre) 25 octobre 1995. N° 93PA00652 TERRITOIRE DE LA POLYNESIE FRANCAISE
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 4ème et 1ère sous-sections réunies. 4ème et 1ère sous-sections réunies. – société LE GARDIENNAGE INDUSTRIEL DE LA SEINE et autres - SYNDICAT DES TRANSPORTS PARISIENS 20 mai 1994 N° 66.377, N° 66.401 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.
- Cour administrative d'appel de Paris. (2ème Chambre) 4 juin 1992, N° 90PA01065. Cie MARITIME DES ILES-SOUS-LE-VENT.
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 5ème et 3ème sous-sections réunies. 5ème et 3ème sous-sections réunies. SOCIETE ANONYME DRAGAGES ET TRAVAUX PUBLICS et autres 19 février 1992 N° 47.265 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.
- Cour administrative d'appel de Lyon. (2ème chambre), 28 novembre 1991, N° 89LY00454. S.A. S.T.M.B..
- Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 2ème et 6ème sous-sections réunies. 2ème et 6ème sous-sections réunies. ETABLISSEMENT PUBLIC D'AMENAGEMENT DE LA VILLE NOUVELLE DE SAINT QUENTIN-EN-YVELINES 29 mai 1991 N° 92.551 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.
- Cour administrative d'appel de Paris. (2ème Chambre) 30 avril 1991, N° 89PA00691. SARL 'LA MAIN NOIRE'.
- Cour administrative d'appel de Nantes. (2ème chambre) 11 avril 1991, N° 89NT00694. VILLE DU HAVRE c/M. François Géraud.
- Cour administrative d'appel de Bordeaux. (2ème Chambre) 21 mars 1991, N° 89BX01011. SOCIETE AURILLACOISE DE COUVERTURE ALTAYRAC NUMITOR.
- Cour administrative d'appel de Nantes. (2ème chambre) 14 mars 1991, N° 89NT00199, N° 89NT01515. M. Guy BISSON c/ Centre hospitalier de Sable-sur-Sarthe.
- Cour administrative d'appel de Nantes. (1ère Chambre) 20 juin 1990. N° 89NT01000 S.A. CAMPENON-BERNARD-CETRA c/ Département de la Seine-Maritime

< page 44 >

Cour administrative d'appel de Paris. (2ème chambre). 12 décembre 1989, N° 89PA00249. Centre Hospitalier de Villejuif c/M de VERICOURT.

Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 4ème et 1ère sous-sections. 4ème et 1ère sous-sections. SOCIETE SPIE-BATIGNOLLES et autres - DEPARTEMENT DE LA REUNION 16 juin 1989 Nos 39.242 - 69.579.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 4ème et 1ère sous-sections 4ème et 1ère sous-sections société anonyme Billiard et Jardin c/ Centre Hospitalier de Saint-Denis 12 juin 1987 N° 30.060

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 6ème et 2ème sous-sections 6ème et 2ème sous-sections VILLE DE PARIS c/ Société Sogeparc Paris 27 mars 1987 N° 42.985

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 10ème et 4ème sous-sections 10ème et 4ème sous-sections SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE c/ Ville de Saint-Mandé 14 janvier 1987 N° 49.838

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 10ème et 5ème sous-sections 10ème et 5ème sous-sections Société à responsabilité limitée `patinoire de Vitry-sur-Seine et autres 5 février 1986 N° 48.141

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 2ème et 6ème sous-sections 2ème et 6ème sous-sections Ministre délégué au temps libre, à la jeunesse et aux sports c/ Société Baffrey-Hennebique 5 juin 1985 N° 60.732

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 5ème et 3ème sous-sections 5ème et 3ème sous-sections Entreprise Cottin-Jonneaux 10 octobre 1984 N° 33.873

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 6ème et 2ème sous-sections 6ème et 2ème sous-sections Société auxiliaire d'entreprises Société auxiliaire d'entreprises Rhône-Alpes-Méditerranée 28 octobre 1983 N° 25.859 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 6ème et 2ème sous-sections 6ème et 2ème sous-sections Société Entreprises HARDY Frères 10 juin 1983 N° 28.295

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 10ème et 9ème sous-sections 10ème et 9ème sous-sections S.A. `Pierre RONZAT et Fils` 13 avril 1983 N° 36.969

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 4ème sous-sections 1ère et 4ème sous-sections Société méditerranéenne de bâtiment industrialisé 27 janvier 1982 N° 17.665

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 4ème et 1ère sous-sections 4ème et 1ère sous-sections Société Entreprise Quillery St-Maur 8 janvier 1982 N° 27.028 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 5ème sous-sections 3ème et 5ème sous-sections Société générale d'entreprise 24 juillet 1981 N° 13.519 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.

Conseil d'Etat. Section du Contentieux. 6ème et 2ème sous-sections. 6ème et 2ème sous-sections. Commune de Papeete 17 juin 1981 N° 7.246. Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 6ème et 2ème sous-sections 6ème et 2ème sous-sections M. BERNARD 29 avril 1981 N° 10.170,N° 1.392

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 4ème sous-sections 1ère et 4ème sous-sections Ministre de l'Equipement et de l'Aménagement du Territoire c/ Sté du Port de pêche de Lorient 31 octobre 1980 N° 10.713,N° 10.741,N° 17.210 Cette décision sera publiée au Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 5ème sous-sections 3ème et 5ème sous-sections Sté Entreprise nouvelle de l'Ouest 29 février 1980 N° 10.589 Cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 4ème sous-sections 1ère et 4ème sous-sections Société Dumez-bâtiment 22 février 1980 N° 12.014

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 4ème Sous-Sections 1ère et 4ème Sous-Sections Société anonyme des Sablières modernes d'Aressy 22 février 1980 N° 11.939 Cette décision sera publiée au Recueil LEBON.

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 5ème Sous-Sections 3ème et 5ème Sous-Sections Société des Etablissements BILLIARD 26 octobre 1979 N° 5.912

< page 45 >

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 2ème et 6ème Sous-Sections 2ème et 6ème Sous-Sections Société `Routes et travaux publics` aux droits de la Société chimique routière et d'entreprise générale (S.C.R.E.G.) 20 janvier 1978 N° 3.526

Le Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 2ème et 6ème Sous-Sections 2ème et 6ème Sous-Sections Société Leflon et Compagnie et sieur Hoeltgen 2 mars 1977 N° 00.385

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 5ème Sous-Section 3ème et 5ème Sous-Section Société Demongeot 7 juillet 1976 N° 96.554

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 5ème Sous-Sections 3ème et 5ème Sous-Sections Société Dumez 20 février 1974 N° 90.595

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 4ème sous-sections 1ère et 4ème sous-sections Office public d'habitations à loyer modéré de la région parisienne 5 janvier 1973 N° 77.430

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 5ème Sous-Sections 1ère et 5ème Sous-Sections Sieur Desdame 21 avril 1971 N° 68.643

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 3ème et 6ème Sous-Sections 3ème et 6ème Sous-Sections Société des Grands travaux de l'Est 22 avril 1970 N° 70.552

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 2ème et 4ème Sous-Sections 2ème et 4ème Sous-Sections Ville d' Avignon c/ Cie d'éclairage par le gaz de la ville d'Avignon 7 novembre 1969 N° 65.292

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 2ème et 4ème Sous-sections 2ème et 4ème Sous-sections Entreprise Guyot 18 juin 1969 N° 72.661

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 10ème Sous-sections 1ère et 10ème Sous-sections Société `Union française d' entreprise` 10 novembre 1967 N° 64.263

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1ère et 2ème Sous-sections 1ère et 2ème Sous-sections Société alsacienne de constructions mécaniques en Algérie 4 janvier 1967 N° 66.664

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 4ème et 11ème sous-sections 4ème et 11ème sous-sections Etablissements TRUQUIN 13 juillet 1965 N° 59.192

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 4e et 11e sous-sections 4e et 11e sous-sections Etablissements LARDIERE 13 juillet 1965 N° 59.191

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 4e et 11e sous-sections 4e et 11e sous-sections Etablissements BLOTIERE 13 juillet 1965 N° 59.190

Conseil d'Etat, Section du Contentieux. 1e et 2e sous-sections 1e et 2e sous-sections Port Autonome de BORDEAUX 2 décembre 1964 N° 58.945

## Summary

### ***Risk allocation in contracts : from the economics of incomplete contracts to the effective practices in administrative contracts***

*Risk allocation in contracts is an important issue for both economics and law. It questions the theoretical, methodological, empirical foundations of economic and legal analysis. It also offers a valuable ground for comparative legal-economic inquiry.*

*The article aims at providing some insights into that general perspective, and proceeds with an articulation of theoretical and empirical analysis. The paper first offers a critical analysis of some key economic basis hypothesis on law, contract law*



and legal institutions, notably the courts. It concentrates on various components of the New Institutional Economics stream that are something to do with the notion < **page 46** > of contractual incompleteness. The emphasis is put on two central issues : the contract-institutions relations, and the scope of incompleteness as a guide for empirical research into the economic dimensions of contract law.

The second part of the article compares and evaluates the significance of the economic concept of incompleteness and the French legal notion of *imprévision*, which relates to a notion that the administrative courts have set-up to decide cases in which the occurrence of unforeseen events affects the contractual equilibria built *ex ante*. The analysis then moves toward the research of a legal and empirical translation of uncertainty of the future. The article argues that positive legal provisions in contract law enable co-contractors to set-up a framework in which the consequences unforeseen events can be addressed. Legal provisions such as those which relate to conditional duties, aleatory contracts, *force majeure*, fortious events, price revision, hardship, are examples of tools that allow a significant amount of previsibility in contractual relations, particularly long-term contracts. We then offer an empirical analysis of a specific legal notion : the *imprévision*. The analysis is based on legal data, namely the French Conseil d'Etat decisions that deal with a request for compensation by the State of the economic consequences of the occurrence of unforeseen events for the suppliers. A descriptive statistical analysis is associated to a study of the doctrine that the State officials address to contracting officers ; a comparison of price determination provisions under American procurement and French law of "marchés publics" is then made.