

Charles-André Dubreuil
Professeur de droit public
Université Clermont-Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (EA4232)

Les conditions de versement d'une indemnité d'imprévision
Notes sous, CE, 21 octobre 2019, Sté ALLIANCE, n° 419155

La théorie de l'imprévision est semblable à ces comètes dont on peut douter de l'existence véritable tant sont peu nombreuses les occasions de les observer, mais qui, inmanquablement et inlassablement, finissent par reparaître aux cieux du contentieux contractuel.

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 21 octobre dernier, qui permet d'illustrer cette permanence, ne se présente toutefois pas comme une application particulièrement notable ou audacieuse de la théorie inaugurée en 1916. Il ne met pas non plus en exergue le contexte contemporain dans lequel on a vu, en quelques années, l'imprévision inscrite - quoique de manière différente - à l'article 1195 du code civil et, tout récemment, à l'article L. 6 du code de la commande publique. On peut d'ailleurs douter de ce que l'affaire soumise au Conseil d'Etat ait véritablement dû être réglée en application de la théorie séculaire, comme le relevait le rapporteur public dans ses conclusions.

Un bref rappel des faits permet d'en juger. Un contrat de délégation de service public a été conclu en 2004 pour une durée de cinq ans entre l'Etat et la société Alliance, qui avait pour objet la desserte maritime internationale en fret de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. La convention reposant sur des prévisions de trafic mal réalisées, l'entreprise délégataire a vite rencontré de sérieuses difficultés financières s'expliquant par le fait que le tonnage moyen transporté annuellement était inférieur de 16 % à ce que l'Etat avait évalué. Le déficit d'exploitation en résultant a donc conduit le délégataire, malgré deux arrêtés de réquisition adoptés par le préfet et le versement de plusieurs aides exceptionnelles lui ayant permis de poursuivre, pour un temps, l'exécution du contrat, à cesser son activité. Faisant application de

la convention, le représentant de l'Etat a donc prononcé la déchéance de la société délégataire le 16 septembre 2018 au motif que son cocontractant avait unilatéralement cessé de se conformer à ses obligations contractuelles.

Saisi d'un recours dirigé contre cette mesure, le tribunal administratif (TA) de Saint-Pierre-et-Miquelon l'a annulée au motif que le préfet ne l'avait pas fait précéder d'une mise en demeure assortie d'un délai qui aurait permis à l'entreprise de se conformer à ses engagements. Après expertise visant à déterminer les causes exactes du déficit d'exploitation et à vérifier que l'interruption du service public avait procédé d'une cause indépendante, imprévisible et irrésistible il a, dans un second temps, prononcé la résiliation du contrat en retenant l'impossibilité définitive dans laquelle se trouvait la société de poursuivre l'exécution de la délégation de service public. Ce faisant, le tribunal a estimé que le délégataire avait été confronté à un cas de force majeure justifiant qu'il soit mis fin au contrat de manière prématurée. Il a néanmoins refusé de condamner l'Etat à la réparation du préjudice que ce dernier aurait causé à son partenaire du fait de la mauvaise appréciation du tonnage du fret opérée au moment de la conclusion du contrat et du fait de son refus de réviser ses conditions financières.

On notera que, parallèlement à cette affaire, qui nous intéresse, un litige incident avait déjà été tranché par le Conseil d'Etat à qui l'on avait demandé de condamner l'Etat à verser à un établissement bancaire une partie de la compensation forfaitaire prévue au contrat, qui avait fait l'objet d'une cession de créances opérée au moment du prononcé de la déchéance du délégataire.

Ce n'est qu'à l'occasion de l'appel intenté contre le second jugement du TA qu'apparaît, parmi les moyens soulevés devant la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux, l'invocation de la théorie de l'imprévision à l'appui d'une demande indemnitaire visant à obtenir compensation du déficit d'exploitation subi durant la période où la société requérante a poursuivi l'exécution du contrat.

On pourrait s'étonner de ce que cette demande ait été jugée recevable dès l'instant où, le contrat ayant été résilié et la situation d'imprévision ayant cessé, la continuité du service public qui constitue l'un des fondements de la célèbre théorie n'était plus menacée (v., pour

une application de cette idée, CAA Bordeaux, 17 nov. 2015, n° 13BX02189). C'est d'ailleurs en ce sens que jugeait le Conseil d'Etat jusqu'au milieu des années 1970 (par ex., CE 28 nov. 1952, *Société coopérative des ouvriers et techniciens du bâtiment*, Lebon 542). Il a toutefois considéré, par la suite, qu'une demande fondée sur l'imprévision pouvait être admise après que la situation extracontractuelle a cessé ou que le contrat est arrivé à son terme (CE, sect., 12 mars 1976, n° 91471, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, Lebon/ 155 ; AJDA 1976. 552, concl. D. Labetoulle). Il a même admis que le fait qu'un contrat ait été résilié du fait d'une situation de force majeure, autrement dit lorsque la situation d'imprévision est devenue définitive, ne s'oppose pas à ce qu'une indemnité d'imprévision soit sollicitée (CE 10 févr. 2010, n° 301116, *Société Prest'action* ; AJDA 2010. 293 ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou). On peut, en effet, considérer qu'il est équitable et conforme à une certaine loyauté contractuelle que le partenaire de l'administration qui s'est efforcé de poursuivre l'exécution du contrat malgré l'existence d'un déficit d'exploitation ait droit d'obtenir le versement de l'indemnité d'imprévision, y compris après que le contrat a pris fin.

Ainsi, selon la société Alliance, la baisse du volume de trafic a constitué un événement imprévisible au jour de la conclusion du contrat qui, ayant provoqué un bouleversement de son économie, aurait dû conduire l'Etat à accepter de réviser les conditions financières de la délégation et à aider son partenaire à poursuivre son exécution à défaut de quoi, la situation étant devenue définitive, il convenait de la résilier. Elle a, par ailleurs, invoqué les fautes qu'aurait commises l'Etat du fait, notamment, de sa mauvaise appréciation du tonnage du fret lors de la conclusion du contrat.

La CAA de Bordeaux s'est prononcée le 19 décembre 2017 et a rejeté le recours en se fondant non seulement sur l'expertise ordonnée par le TA, mais également sur un rapport de l'inspection générale des finances de 2005 ainsi que sur une expertise sollicitée par le ministre des outre-mer qui, de manière convergente, ont estimé que le déficit d'exploitation subi par la société requérante ne trouvait pas son origine directe et principale dans la diminution du trafic, mais résultait en réalité de fautes partagées des parties contractantes (CAA Bordeaux, 19 déc. 2017, n° 16BX03271).

C'est donc principalement en vue de contester l'appréciation faite par les juges du fond du lien de causalité reliant le bouleversement de l'économie du contrat à la diminution du trafic

de fret que la société Alliance s'est pourvue en cassation. Rejetant le pourvoi, le Conseil d'Etat a repris le raisonnement développé par la cour et a estimé que le déficit subi par le délégataire ne trouvait pas son origine principale dans un fait extérieur et imprévisible, excluant dès lors que la théorie de l'imprévision puisse jouer en sa faveur.

Ce faisant, alors même que la mauvaise appréciation du volume de fret par l'Etat aurait pu conduire le juge à se prononcer sur un autre terrain, le Conseil d'Etat a consacré à la définition de l'imprévision un développement qui, repris d'une décision de 1994 (CE 20 mai 1994, n° 66377, *Société Le gardiennage industriel de la Seine et autres et Syndicat des transports parisiens*, Lebon T. 1038 ; Dr. adm. 1994, n° 397), rappelle « qu'une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat ».

Si l'on peut saluer l'effort de pédagogie produit par le juge, on peut toutefois s'interroger sur la formulation retenue et la manière dont le juge en a fait application aux faits dont il était saisi. En effet, derrière la simplicité apparente de la formule se cachent en réalité des difficultés de mise en oeuvre que les faits de l'espèce ont permis de révéler. Qu'il s'agisse de la manière dont ont été appréciées les conditions d'imprévisibilité, d'extériorité et de bouleversement de l'économie du contrat ou de la manière dont le juge a articulé la théorie de l'imprévision avec le régime de la responsabilité contractuelle, la décision commentée met en lumière le fait que les frontières que la notion d'imprévision partage avec des notions voisines ne sont toujours pas bien tracées.

I - Imprévisibilité et causalité

Il est constamment rappelé que l'événement à l'origine de l'état d'imprévision doit revêtir le caractère d'un fait imprévisible. En règle générale - et de manière logique - la jurisprudence tend alors à reconnaître l'imprévisibilité d'un événement de façon négative ; l'imprévisible étant déterminé au regard de ce qui n'est pas prévisible. Le juge se réfère donc couramment à des indices tels que la fréquence de la réalisation d'événements similaires ou l'existence de précédents. Ainsi, des phénomènes naturels se reproduisant régulièrement peuvent être considérés comme n'étant pas imprévisibles (CE 29 juin 1888, *Delpuch*, Lebon 589). Si en revanche, l'événement n'entre pas dans le cadre de « tous les précédents connus », il peut être

considéré comme imprévisible (CE 27 juill. 1988, n° 50977, *Compagnie marseillaise de Madagascar*, RD publ. 1989. 546).

Appliquée à la théorie de l'imprévision, l'imprévisibilité peut désigner aussi bien la cause que les effets d'un événement donné. Autrement dit, une indemnité d'imprévision peut être sollicitée dès l'instant où soit la cause du bouleversement du contrat soit ses conséquences sont jugées imprévisibles.

Lorsqu'elle caractérise la cause, l'imprévisibilité désigne alors un événement qui ne pouvait raisonnablement être appréhendé au jour de la conclusion du contrat. C'est cette configuration qui a donné lieu au plus grand nombre de décisions ayant fait application de la théorie de l'imprévision, qu'il s'agisse d'un phénomène naturel, d'une guerre ou encore d'une crise économique (CE, sect., 5 nov. 1982, n° 19413, *Société Propétrol*, Levon 381 ; AJDA 1983. 259, concl. D. Labetoulle).

C'est dans ce cadre juridique que la société Alliance a invoqué pour la première fois devant la CAA de Bordeaux le fait que le déficit d'exploitation qu'elle avait subi résultait directement d'un niveau de volume du trafic nettement inférieur à celui qui avait été évalué par l'Etat au jour de la conclusion du contrat et revêtait de ce fait un caractère imprévisible justifiant le versement d'une indemnité d'imprévision. De son côté, l'Etat lui opposait le fait que le niveau de fret sur lequel l'économie du contrat a été construite constitue un risque commercial que l'entreprise devait avoir pris en considération. Ce point est important à souligner, puisque la notion d'imprévisibilité conduit à exclure du champ d'application de la théorie de l'imprévision l'ensemble des aléas inhérents à la vie des affaires, que les opérateurs économiques sont censés devoir raisonnablement prévoir et intégrer à leurs calculs économiques (CE 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*), précisant que « la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ». Aussi le juge est-il particulièrement attentif à la qualité, à l'expérience et aux capacités du partenaire de l'administration afin de déterminer ce qu'il est censé avoir prévu au jour de la conclusion du contrat (par ex., CAA Marseille, 3 avr. 2008, n° 06MA01355 ; CAA Bordeaux, 3 mai 2011, n°

10BX01996). De telle sorte que, dans de nombreuses hypothèses, il a exclu que puissent donner lieu au versement d'une indemnité d'imprévision des événements tels qu'une évolution du prix des fournitures ou du montant des salaires (CE 12 juin 1987, n° 30060, *SA Billiard c/ CH de Saint-Denis*), une hausse du coût des matières premières (CE 29 avr. 1981, n° 10170, *Bernard*) ou, comme en l'espèce, une baisse de fréquentation (CE 20 mai 1994, n° 66377, *Société de gardiennage industriel de la Seine et autres*, préc.). Ce n'est donc, pour reprendre les célèbres mots du commissaire du gouvernement Pierre Chardenet, que lorsqu'un cocontractant est confronté à une hausse du prix « hors de proportion avec les conditions économiques normales régulières, une hausse qu'aucune des parties contractantes n'avait pu prévoir au moment de la passation du marché [...] » (concl. P. Chardenet sur CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, préc.) que la théorie de l'imprévision est susceptible d'être utilement invoquée (v. égal., CE 14 juin 2000, n° 184722, *Commune de Staffelfelden* ; RDI 2000. 565, obs. F. Llorens ; BJCP 2000. 434 : « ce coût d'achat a largement dépassé les limites extrêmes de majoration qu'un acteur économique normalement raisonnable pouvait prévoir »). C'est un tel raisonnement qui, à première vue, semble avoir conduit la cour et le Conseil d'Etat, tenus de se prononcer sur le terrain de l'imprévision, à rejeter la requête de la société Alliance et à estimer que la situation invoquée ne revêtait pas le caractère d'un événement imprévisible.

On peut pourtant s'interroger sur la formulation retenue par la haute juridiction, selon laquelle la diminution du fret de 16 % par rapport aux prévisions initiales n'a pas revêtu le caractère d'un événement imprévisible au motif que les déficits d'exploitation en résultant étaient pour partie imputables à la fragilité financière de la société Alliance, « qui n'était ni imprévisible ni extérieur[e] à l'action du cocontractant ». Cette motivation - déjà employée par la CAA de Bordeaux - semble en effet reposer sur un raccourci contestable, puisque, si la théorie de l'imprévision implique bien que l'événement invoqué par le partenaire de l'administration soit la cause directe du déficit d'exploitation qu'il a subi (ce qui implique de rechercher l'ensemble des éléments qui ont concouru à son apparition), l'appréciation de ce lien de causalité ne devrait pas être confondue avec celle du caractère imprévisible de l'événement mis en cause. Cela revient en effet à considérer que, puisque l'entreprise se trouvait dans une situation initialement fragile, la baisse du volume de fret à laquelle elle a été confrontée ne pouvait pas être considérée à son égard comme imprévisible. Autrement dit, puisqu'elle se trouvait dans une situation initiale fragile, elle ne pouvait réclamer d'indemnité

d'imprévision lui permettant de poursuivre l'exécution de son contrat. Si l'on voit parfois dans la théorie initiée en 1916 une marque de loyauté contractuelle, on peut en douter à la lecture de la décision commentée. Et ce d'autant plus qu'il a déjà été jugé, dans le sens inverse, que le fait pour une entreprise d'avoir pu distribuer des dividendes à ses actionnaires n'empêche pas de faire jouer la théorie de l'imprévision (CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*).

La décision rendue semble donc critiquable, dès lors que les diverses expertises rédigées dans cette affaire ont démontré qu'une part du déficit résultait pour partie de fautes commises par l'Etat contractant, ce qui invite alors à s'interroger sur la signification du critère de l'extériorité de la cause de l'état d'imprévision.

II - Extériorité, imprévision et fait du prince

Les remarques qui viennent d'être faites peuvent être renouvelées pour ce qui concerne l'appréciation faite par le juge du caractère extérieur de l'événement ayant conduit à bouleverser l'économie du contrat. En effet, si l'on s'en tient à la formulation retenue par le Conseil d'Etat, il semblerait que l'événement invoqué ne soit pas jugé extérieur à l'entreprise Alliance au motif que le déficit d'exploitation qui en a résulté est partiellement dû à sa fragilité initiale. Or, ici encore, il semble y avoir confusion entre l'appréciation du lien de causalité reliant la baisse du volume de fret et le déficit d'exploitation, d'une part, et l'appréciation de l'extériorité de cette baisse par rapport au cocontractant de l'administration, d'autre part. Si l'absence de causalité justifie que l'indemnité d'imprévision ne soit pas versée, on ne peut pas en induire que la baisse du volume de fret n'est pas extérieure à l'entreprise.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat retient une formule assez peu usitée en matière d'imprévision, lorsqu'il estime que celle-ci n'est susceptible d'entraîner le versement d'une aide financière qu'à la condition que sa cause soit indépendante de l'action du cocontractant de l'administration.

On comprend assez aisément, au regard des faits de l'espèce, que la haute juridiction a souhaité rappeler une jurisprudence constante selon laquelle la théorie de l'imprévision ne peut être invoquée par un cocontractant qui serait lui-même à l'origine de l'événement ayant causé son déficit d'exploitation (CAA Marseille, 30 mai 2005, n° 00MA02573). Toutefois, la formule laisserait supposer que l'état d'imprévision pourrait résulter d'un fait de

l'administration contractante, ce qui conduit à s'interroger sur la frontière qui séparerait alors imprévision et fait du prince. Un tour d'horizon de la littérature consacrée à cette question laisse en effet apparaître une divergence de points de vue.

Alors que, pour certains, le fait imprévisible doit être extérieur aux deux parties (par ex., *GAJA*, n° 28 ; G. Jèze, *Les contrats administratifs*, éd. M. Giard, t. 3, 1934, p. 16 et s. ; M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 357 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 1021), pour d'autres, en revanche, l'imprévision doit pouvoir jouer lorsque sa cause trouve son origine dans un fait de l'administration (A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984, t. 2, n° 1354 ; H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 638 ; v. égal., Circ. du 20 nov. 1974, JO du 30 nov. 1974, p. 11971). Si l'on étudie la jurisprudence, on observe que, dans la grande majorité des cas, le juge exige que l'événement invoqué soit extérieur aux parties. Cette exigence est d'ailleurs parfois exprimée de manière très claire, le juge estimant que lorsqu'est en cause une mesure prise par l'administration contractante, c'est le fait du prince et non l'imprévision qui devrait être invoqué (CE 20 oct. 1971, n° 79315, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz c/ Département des Basses-Pyrénées et Ville de Bayonne*). Inversement, c'est parce qu'une situation s'est produite indépendamment de l'administration que la théorie de l'imprévision peut être invoquée (CE 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*, Lebon 358 ; S. 1950. 3. 61, note Mestre ; CE, sect., 5 nov. 1982, n° 19413, *Société Propétrol*, préc.). Un nombre considérable d'arrêts rendus en appel retiennent ainsi de la condition d'extériorité la même conception qu'en matière de sujétions imprévues (CAA Nantes, 11 avr. 1991, n° 89NT00694 ; CAA Marseille, 30 mai 2005, n° 00MA02573 ; CAA Marseille, 17 janv. 2008, n° 05MA00492 ; CAA Marseille, 3 avr. 2008, n° 06MA01355 ; CAA Lyon, 25 nov. 2010, n° 08LY02570 ; CAA Nancy, 27 janv. 2011, n° 10NC00154 ; CAA Bordeaux, 3 mai 2011, n° 10BX01996 ; CAA Marseille, 24 févr. 2014, n° 12MA00109 ; CAA Paris, 13 déc. 2016, n° 15PA03477). Il ressort également de la rédaction de l'article L. 6 du code de la commande publique que l'imprévision n'est appelée à jouer qu'en cas d'événements extérieurs aux parties.

Certes, il a déjà été admis par le passé qu'un fait de l'administration puisse entraîner l'application de la théorie de l'imprévision (par ex., CE 4 mars 1949, *Ville de Toulon*, Lebon 197 ; CE 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*, préc. ; CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc.).

Mais il s'agissait le plus souvent de mesures générales extérieures aux cocontractants susceptibles d'entraîner deux actions distinctes : l'une (fondée sur la responsabilité sans faute) intentée à l'encontre de l'administration dont émane la mesure ; l'autre intentée à l'encontre de l'administration contractante sur le fondement de l'imprévision (v. toutefois, CE 8 déc. 1944, *Société L'énergie industrielle*, RD publ. 1946. 317, concl. Detton et note G. Jèze ; D. 1945. 258, note P. L. J. ; CE 2 mars 1949, *Ministère des travaux publics c/ EDF*, D. 1953. 309, note J. G.).

En tout état de cause, admettre l'invocation de la théorie de l'imprévision du fait d'un agissement de l'administration contractante conduirait à faire rejaillir le sempiternel débat relatif aux frontières exactes du fait du prince (v. M. Ubaud-Bergeron, *Contrat administratif, fait du prince et responsabilité administrative*, AJDA 2019. 2553) et des hypothèses dans lesquelles les deux moyens pourraient concurremment être invoqués devant le juge (L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2019, 11^e éd., n° 533). Or, si du point de vue de la stratégie contentieuse, on pourrait se satisfaire d'une démarche à double détente reposant successivement sur les deux fondements (v., en ce sens, *Traité des contrats administratifs*, préc., n° 1347), celle-ci ne serait pas satisfaisante intellectuellement, dès lors que fait du prince et imprévision relèvent de deux philosophies et de deux causes bien différentes. Ainsi, alors que le premier permet au cocontractant d'obtenir réparation intégrale du préjudice subi (CE, sect., 23 janv. 1963, *Société alcools du Vexin*, Lebon 50), la seconde n'autorise, en cas d'échec de la tentative de renégociation, que le versement d'une aide financière ne couvrant pas l'intégralité des pertes. De même, si le premier autorise l'inclusion de clauses exonératoires de responsabilité (CAA Paris, 25 mai 1993, n° 91PA00863, *Société Renoveco*, Lebon T. 874), il n'est pas possible, en droit administratif, d'évincer la théorie de l'imprévision par une stipulation contractuelle. De telle sorte que, de notre point de vue, il semble peu souhaitable de considérer que la théorie de l'imprévision puisse trouver à s'appliquer à l'hypothèse dans laquelle l'événement imprévisible trouverait son origine dans l'action de l'administration contractante, et ce quel que soit le fondement de celle-ci.

III - Bouleversement de l'économie du contrat et force majeure

La théorie de l'imprévision ne vise pas à compenser le simple renchérissement du coût de l'exécution d'un contrat de service public. Depuis l'origine, elle suppose un véritable déficit d'exploitation (CE 5 nov. 1921, *Compagnie pour l'éclairage des villes*, Lebon 1001) dépassant toutes les prévisions initiales (ce qu'exprime l'expression de « seuil d'imprévision ») et

conduisant au bouleversement de l'économie de la convention, ce qu'illustre parfaitement le recours à l'adjectif « extracontractuel » qui, plus encore que le mot imprévision, caractérise cette théorie dans la jurisprudence administrative. En l'espèce, la société Alliance avait présenté, entre 2005 à 2007, des déficits d'exploitation cumulés d'un montant approximatif d'un million huit cent mille euros, ce qui, malgré le versement d'aides exceptionnelles, l'avait conduite à cesser d'exécuter le contrat à compter du mois de juin 2008.

C'est au regard d'un tel bouleversement que s'opère en principe l'appréciation du lien de causalité qui le relie à un événement imprévisible et extérieur (CE 20 mai 1994, *Société Le gardiennage industriel de la Seine et autres*, préc.). Autrement dit, il appartient au juge de rechercher si le bouleversement trouve sa cause directe et certaine dans le fait invoqué par le partenaire de l'administration ou dans une autre cause. C'est d'ailleurs à ce travail que se sont principalement attelés la cour de Bordeaux et le Conseil d'Etat sur la base des différentes expertises réalisées, qui ont tous deux considéré que le déficit d'exploitation subi par la société Alliance ne trouvait pas sa cause directe dans la diminution du volume du fret, mais dans la conjonction d'autres facteurs tels que la fragilité financière du cocontractant et la mauvaise rédaction du contrat de délégation (du fait notamment de l'Etat lui-même).

Si le raisonnement suivi n'est pas en soi contestable, on peut toutefois se demander dans quelle mesure c'est véritablement sur le fondement de la théorie de l'imprévision que l'affaire en cause aurait dû être réglée.

En effet, comme il a été rappelé plus haut, le TA avait prononcé la résiliation du contrat au motif que le bouleversement était devenu définitif (CE, ass., 9 déc. 1932, n° 89655, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Lebon 1050), ce qui empêchait l'entreprise délégataire de poursuivre l'exécution du contrat (qu'elle avait d'ailleurs cessé d'exécuter), tout en rejetant les conclusions indemnitaires présentées devant lui. Ceci appelle deux remarques.

La première concerne l'autorité de la chose jugée en première instance par le TA de Saint-Pierre-et-Miquelon. En effet, la société Alliance invoquait le moyen selon lequel la cour aurait méconnu cette autorité en jugeant que le bouleversement de l'économie du contrat qui avait conduit le tribunal à prononcer sa résiliation ne permettait pas de faire jouer la théorie de l'imprévision, dès lors que ce bouleversement ne trouvait pas sa cause directe et certaine dans

un fait imprévisible et extérieur. Le Conseil d'Etat, suivant en cela les conclusions de son rapporteur public, a rejeté le moyen au motif qu'il n'y avait pas d'identité d'objet entre les demandes déposées devant les juges du fond. Ce faisant, il confirme que la théorie de l'imprévision peut être invoquée après que le contrat a cessé d'exister, fût-ce du fait d'une résiliation prononcée par le juge.

La seconde remarque est une interrogation. Si la constatation d'un état de force majeure faisant suite à un état d'imprévision autorise le cocontractant de l'administration à cesser d'exécuter le contrat, ce qui n'empêche pas, dans un second temps, de solliciter une aide couvrant la période déficitaire durant laquelle il a poursuivi l'exécution de ses obligations, qu'en est-il lorsque, avant que ne soit déclaré le caractère définitif du bouleversement, il a cessé de manière unilatérale d'exécuter le contrat, ce qui conduit la personne publique à le résilier pour faute ? La lecture de l'arrêt rendu en appel enseigne en effet que c'est parce que la société Alliance avait cessé d'assurer l'exécution de son contrat que le préfet avait prononcé sa déchéance. Aussi, n'aurait-on pas été en droit d'attendre que cette situation lui soit opposable, comme cela est constamment jugé par le Conseil d'Etat ? Il est en effet de jurisprudence constante que la théorie de l'imprévision, en ce qu'elle a pour objet d'assurer la continuité du service public, suppose que le délégataire poursuive l'exécution du contrat, l'administration devant alors lui venir en aide de manière provisoire, tant que dure le bouleversement de l'économie du contrat. Gaston Jèze, reprenant les conclusions Pierre Chardenet, l'avait très bien exprimé lorsqu'il écrivait que « le contractant doit accomplir les prestations stipulées au contrat, en toutes circonstances, même si des événements économiques exceptionnels, indépendants de la volonté des parties et imprévisibles, se produisent qui bouleversent l'économie du contrat » (G. Jèze, *Les contrats administratifs*, préc.). La jurisprudence est dans le même sens, pour qui « une société concessionnaire ne doit, sous aucun prétexte, interrompre le service public dont elle a la charge, en dehors d'un cas de force majeure entraînant l'impossibilité absolue de continuer le service » (CE 16 févr. 1926, *Société du gaz de La Ciotat*). C'est d'ailleurs pour cette raison que le préfet opposait, devant la CAA, le fait que la société délégataire avait unilatéralement cessé d'exécuter le contrat, excluant qu'une indemnité d'imprévision puisse lui être versée (CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc.) et justifiant que sa responsabilité puisse être engagée.

IV - Imprévision et responsabilité contractuelle

Le dernier point que l'on souhaiterait aborder concerne la nature de la théorie de l'imprévision, notamment la question des rapports qu'elle entretient avec le régime de la responsabilité administrative. La société requérante demandait en effet réparation du préjudice subi durant l'exécution du contrat du fait d'un certain nombre de fautes qu'elle reprochait à l'administration. La cour de Bordeaux avait estimé que, dans le cadre d'une action fondée sur l'imprévision, les fautes commises par l'administration dans la délimitation du périmètre de la délégation ne peuvent être invoquées utilement en vue d'obtenir l'indemnisation des pertes subies. Cette demande soulevait en réalité deux questions : l'une, pratique, relative à la possibilité d'articuler une demande fondée sur l'imprévision avec une demande en responsabilité contractuelle pour faute ; l'autre, plus théorique, relative à la nature exacte de l'indemnité d'imprévision. Le Conseil d'Etat a répondu positivement à la première question et a jugé que, de manière subsidiaire, un requérant peut, après avoir invoqué la théorie de l'imprévision, demander l'indemnisation des pertes subies durant la période d'exécution du contrat sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Une telle solution laisse à penser que, pour le juge administratif, l'indemnité d'imprévision et les dommages et intérêts accordés sur le fondement de la responsabilité contractuelle partagent le même objectif indemnitaire. Elle conduit également à considérer l'imprévision comme une hypothèse particulière de responsabilité contractuelle.

Cette manière de concevoir l'imprévision a déjà été exprimée à plusieurs reprises. En effet, on lit - rarement, mais régulièrement - dans les décisions du juge administratif l'affirmation selon laquelle la théorie de l'imprévision relève d'un mécanisme de responsabilité contractuelle ne reposant pas sur l'exigence d'une faute commise par l'administration (CE 28 juill. 2011, n° 332256 ; CE 11 juill. 2014, n° 359980, Lebon T. 741 ; AJDA 2014. 2342 ; CAA Marseille, 27 mars 2017, n° 15MA00976 ; CAA Bordeaux, 20 déc. 2018, n° 15BX04145 ; v. égal., D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Bibl. de droit public, page ?). Aussi le juge fait-il application de la notion de cause juridique pour considérer que « la responsabilité contractuelle sans faute de la collectivité publique cocontractante au titre de l'imprévision procède d'une cause juridique distincte de la responsabilité contractuelle pour faute ».

On ne partage pas cette analyse qui paraît méconnaître les spécificités et la raison d'être de la théorie de l'imprévision. En effet, comme cela a été démontré (v. J. Bousquet, *Responsabilité*

contractuelle et responsabilité extracontractuelle, LGDJ, Bibl. de droit public, vol. 310, 2019, p. 312 et s.), cette théorie a été conçue dès son origine comme un mécanisme extracontractuel distinct de la responsabilité contractuelle ; ce qui se vérifie si l'on observe que, d'une part, le fait imprévisible n'est en principe pas imputable à l'administration contractante et que, d'autre part, l'indemnité d'imprévision versée n'a pas vocation à réparer intégralement les préjudices subis, mais à aider financièrement et de manière temporaire le partenaire de l'administration afin qu'il puisse poursuivre l'exécution de son contrat. C'est ce qui explique d'ailleurs, comme on l'a dit plus tôt, que le juge n'admette pas que les parties puissent stipuler de clauses exonératoires applicables en cas d'imprévision. Certes, la frontière séparant imprévision et responsabilité peut parfois sembler poreuse, notamment lorsque l'on envisage la faute que pourrait commettre l'administration en refusant obstinément de négocier avec son cocontractant des conditions nouvelles permettant la poursuite du contrat, ce qu'invoquait d'ailleurs la société requérante (préc., p. 320 et CE 11 déc. 1957, *Berthias*, Lebon 671). Mais, en dehors de cette hypothèse, reconnaître une identité de nature entre imprévision et responsabilité contractuelle semble contraire à l'esprit qui animait le Conseil d'Etat en 1916 et qui visait principalement à instituer un mécanisme extracontractuel de solidarité entre les parties en cas de bouleversement imprévisible de son économie au risque du service public. Il s'agissait d'assurer un « *modus vivendi* provisoire destiné à aider le cocontractant à sortir d'un mauvais pas, à franchir une passe difficile » (*Traité des contrats*, t. 2, préc., p. 626), objectif que ne partage pas la responsabilité contractuelle, même sans faute.